



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANDRÉ LUIS TABOSA DE OLIVEIRA

A ACUSAÇÃO RESPONSÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

**FORTALEZA
2010**

ANDRÉ LUIS TABOSA DE OLIVEIRA

A ACUSAÇÃO RESPONSÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Professor Orientador: Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima

Professor Co-orientador: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago

FORTALEZA
2010

ANDRÉ LUIS TABOSA DE OLIVEIRA

A ACUSAÇÃO RESPONSÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Dissertação aprovada em: 12 / julho / 2010

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco Gérson Marques de Lima
Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana
Universidade Federal do Ceará

A minha família, Sandra e João,
e aos meus pais, pois sem os
segundos eu não existiria e sem os

primeiros não teria motivo para isso.

AGRADECIMENTOS

A Deus e Nossa Senhora, sempre.

Ao Professor Doutor Francisco Gérson Marques de Lima pelos ensinamentos transmitidos durante o curso de pós-graduação e pelo exemplo de vida e superação de obstáculos para a realização de seus projetos.

Ao Professor Doutor Nestor Eduardo Araruna Santiago, pelo cuidado e atenção com cada um de seus orientandos, sempre acreditando em seus orientandos cujas sugestões foram imprescindíveis ao conteúdo e organização do trabalho.

Ao Professor Doutor Márcio Diniz, exemplo de cultura e ciência, não apenas jurídicas, mas em todas as áreas do conhecimento, cuja presença e inspiração foram inestimáveis para os estudos de pós-graduação.

Aos amigos do Ministério Público do Ceará, em especial Flávia Soares, sempre atenciosos a adquirir alguma obra jurídica no estrangeiro quando em suas viagens, sem os quais muito dessa dissertação ficaria a dever em termos de pesquisa.

Às bibliotecárias da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e da Procuradoria da República do Ceará, sempre atenciosas e gentis em pesquisas e fornecimento de obras imprescindíveis a essa dissertação.

RESUMO

A acusação penal deve respeitar os direitos fundamentais dos acusados, sendo exercida quando estejam presentes requisitos mínimos e razoáveis de existência de um crime e de que o suspeito seja o seu autor. Trata-se de um direito fundamental dos investigados. Isso exige do Ministério Público um controle responsável da atividade policial, garantindo os direitos dos suspeitos, a constitucionalidade na obtenção das provas e, por outro lado, o reconhecimento de uma margem de liberdade quanto ao início da ação penal, em vista dos princípios da oportunidade e proporcionalidade. O processo penal deve ser reservado para fatos que realmente violem bens jurídicos relevantes, numa perspectiva de racionalidade. O núcleo do constitucionalismo moderno é o respeito à dignidade humana. Os investigados em qualquer processo, judicial ou administrativo, ostentam a qualidade de sujeitos de direito e não objeto de trabalho dos órgãos públicos. A persecução penal detém um aspecto negativo, consistente no resguardo da integridade física e espiritual dos envolvidos, e uma nota positiva, o dever de garantir a segurança de valores constitucionalmente relevantes, maximizando os recursos materiais e humanos de que dispõe, concentrando-se em delitos efetivamente lesivos à sociedade estatal. É o que se espera do estado de direito moderno: eficiência e respeito ao ser humano.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Ação penal. Ética. Oportunidade. Ministério Público. Acusação penal.

ABSTRACT

A criminal prosecution must be respect the fundamental rights of the defendant, being exercised only when there are minimum requirements and reasonable existence of a crime and the suspect is the perpetrator. This requires a control of the prosecutor in charge of police activity, ensuring the constitutional rights of suspects and the taking of evidence and, secondly, the recognition of a degree of freedom on the initiation of criminal charge, considering proportion rule and opportunity principle. The prosecution should be reserved for events that actually violate relevant legal interests with a view of rationality. The core of modern constitutionalism is respect for human dignity. The subjects in any proceedings, judicial or administrative proceeding, bearing the quality of legal persons and not the object of work of public bodies. A criminal prosecution requires a downside, consistent in the protection of physical and spiritual integrity of those involved, and a positive note, the duty to guarantee the safety of constitutionally relevant values, maximizing the resources and manpower at its disposal, focusing on crimes state actually harmful to society. It is what is expected of the state of modern law: efficiency and respect for human beings.

Keywords: Fundamental rights. Criminal Prosecution. Ethics. Opportunity. Proportion Rule. Prosecutors.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF -	Constituição Federal
CPI -	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP -	Código de Processual Penal
DETRAN -	Departamento Estadual de Trânsito
FEBEM	Fundação Estadual do Bem Estar do Menor
GVG -	<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i>
LC -	Lei Complementar
LEC-	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>
PLS -	Projeto de Lei do Senado
RS -	Rio Grande do Sul
SP -	São Paulo
SP -	São Paulo
STF -	Superior Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O ESTADO E O DIREITO DE PUNIR.....	13
2.1 Do estado legal ao estado constitucional.....	18
2.2 O estado de direito como princípio estruturante.....	23
2.3 O discurso estatal da punição.....	29
2.4 Os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso à vedação da proteção deficiente.....	36
2.5 Os direitos fundamentais como base do constitucionalismo moderno e a constitucionalização do exercício do poder.....	37
2.6 O balanceamento de interesses e a proporcionalidade: processo dinâmico entre segurança e liberdade – a vedação da proteção deficiente.....	44
3 PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE: O REVISITAR DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA.....	56
3.1 Evolução histórica da discussão legalidade e oportunidade.....	65
3.2 Princípio da oportunidade: direito comparado.....	72
3.2.1 A oportunidade em Espanha.....	74
3.2.2 A oportunidade em Portugal.....	78
3.2.3 A oportunidade na Alemanha.....	84
3.2.4 A oportunidade nos Estados Unidos.....	87
3.2.5 A oportunidade na América Latina.....	92
3.2.6 A oportunidade no Brasil.....	101
3.3 Princípio da legalidade e oportunidade: a compreensão.....	106
4 O AGIR ÉTICO NA DENÚNCIA-CRIME: A ACUSAÇÃO RESPONSÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	108
4.1 Da inexistência de lide no processo penal.....	109
4.2 Críticas ao conceito de lide penal.....	115
4.3 A lide e a composição do conflito.....	120
4.4 O controle da investigação preliminar: o início da prova processualmente válida.....	123

4.4.1 Os sistemas processuais penais.....	124
4.4.2 O controle da investigação policial no Brasil: o “sujeito de direitos”.....	133
4.4.2.1 O acesso ao conteúdo do inquérito policial.....	140
4.4.2.2 A advertência ao autuado sobre os seus direitos constitucionais.....	142
4.4.2.3 O direito à presença de um advogado no interrogatório.....	144
4.5 Conceito de acusação responsável.....	149
4.5.1 A ideia de acusação.....	150
4.5.2 A acusação num processo como situação jurídica: o paradigma de Goldschmidt.....	158
4.5.3 O abuso do poder de acusar.....	169
4.5.3.1 Denúncia genérica e alternativa: extensão e limites.....	175
4.5.4 A acusação responsável: a dialética entre a garantia do respeito aos direitos fundamentais do suspeito e a efetividade do sistema de persecução penal.....	183
4.5.5 O direito fundamental à acusação responsável.....	192
4.5.5.1 Direitos fundamentais: aproximação a um conceito.....	192
4.5.5.2 A acusação responsável como direito fundamental.....	202
5 CONCLUSÃO.....	204
REFERÊNCIAS.....	210

1 INTRODUÇÃO

O direito de punir do Estado é um dos assuntos mais relevantes no constitucionalismo moderno. Envolve conceitos relevantes como democracia, república, isonomia entre as partes, direitos fundamentais e proporcionalidade e relaciona-se diretamente com os mesmos. Conhecer e pesquisar o modo como são investigados e punidos os delitos é ter ciência do nível de respeito aos direitos humanos, assim como as escolhas realizadas por cada nação, além de sua história constitucional pretérita, presente e futura.

O mundo reclama novas respostas na área da persecução penal. Em especial ao se ter presente a transição cultural de um Estado meramente legalista, em que a prisão e instauração de ação penal contra uma pessoa decorria da consumação do delito previsto abstratamente na norma legal e o surgimento de uma era de afirmação da dignidade humana como chave de interpretação de todo o ordenamento jurídico e seu fundamento de validade, reclamando um impostergável respeito aos direitos fundamentais dos investigados.

Respostas simples e escolhas abstratas entre uma ou outra opção não atendem à gama de questões oferecidas ao sistema de persecução penal. Mais do que saber se vige num Estado o princípio da legalidade ou o da oportunidade ou se o órgão acusador tem poder para transigir com o processo penal, com ou sem autorização judicial, insta questionar se o serviço público em questão está no exercício constitucional de suas atribuições. E se a comunidade e o interesse público o legitimam ante seus resultados. O conceito clássico de lide, como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, é revisitado, de modo a averiguar sua prestabilidade para um moderno processo penal sob um viés de respeito à Constituição e aos direitos fundamentais.

O presente trabalho é instaurado sob essa perspectiva. Através de uma pesquisa de direito nacional e internacional, em sede doutrinária e jurisprudencial, inicia pelo questionamento sobre a ideia de punição através do direito e o papel representado pelos direitos fundamentais como seu instrumento de legitimação. Após, aborda o respeito aos direitos individuais do investigado como uma medida imprescindível para a construção de uma prova processualmente válida e idônea em vista da utilidade real do processo. Ainda é realizado o estudo do princípio da oportunidade em alguns Estados e as resistências e incentivos oferecidos à sua implementação em alguns deles. E sem olvidar que há uma conjuntura de escassez de recursos para o atendimento satisfatório dos serviços públicos, o que traz à baila a necessidade de uma racionalização de despesas e receitas, para o melhor atendimento ao interesse público.

Alcança ao final o conceito de acusação responsável como o resultado dialético entre o respeito à pessoa do investigado e seus direitos fundamentais de um lado e, de outro, a necessidade de incentivo quanto à utilização do princípio da oportunidade como instrumento de racionalização do poder punitivo estatal, reservando o processo penal a fatos que atinjam de modo grave bens jurídicos relevantes, fortalecendo os demais subsistemas não estatais, como instâncias legítimas para alcançar um ideal de pacificação social.

2 O ESTADO E O DIREITO DE PUNIR

O Estado é uma forma de poder. Poder para si, imprescindível a sua auto-regulação e desenvolvimento de suas atividades, presentes e futuras, prestando-se à instauração de um marco direcionador valorativo, que constrói, histórica e temporalmente, uma coerência de valores em determinado espaço territorial e conjuntura histórica. Envolve direitos, deveres, planejamento, metas, equilíbrio entre a realização do princípio da soberania popular e o natural respeito à dignidade humana da população que alberga. Além de uma necessária e impostergável zona de convivência entre outros demais Estados, respeitando-se as peculiaridades, costumes e ideologias de cada um.

Assim, ao lado do Estado em sua feição ocidental, com sua gama de valores e princípios, temos Estados marcados por uma feição teológica em sua organização, a exemplo de nações do Oriente Médio. Tal poder, porém, envolve um necessário objetivo: a realização de fins de natureza maior, hauridos do seu momento inicial, e deduzidos do prévio conceito de poder constituinte que, em última análise, firma sua identidade axiológica e estrutural.

Na evolução do conceito de Estado, Miranda¹ expõe suas características gerais e comuns em meio às diversas contingências históricas de sua exteriorização. Haveria uma complexidade em sua organização, com diversos órgãos e serviços, com indivíduos envolvidos em faculdades, prestações e imposições, engastados num núcleo central de poder, o qual se reveste de natureza permanente, ao contrário de seus dirigentes temporários. Nota-se ainda uma coercibilidade, que seria mais do mesmo Estado, que de seu direito, pois se faz necessária a manutenção da respeitabilidade de suas decisões, inclusive como legitimação e respeitabilidade de sua estrutura. Por fim, uma necessária sedentariedade,

¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

pois o poder e a comunidade estariam vinculados a um determinado espaço territorial.

Firmando-se na teoria de Jellinek, ele divide os Estados em estado oriental, predominando o viés teocrático, com a personalização do poder numa figura pretensamente indicada por um poder divino, gerando-se, com tal fato, uma natural desigualdade, ante a fragilidade da demonstração da legitimidade de tal poder e de seus limites, que partem exclusivamente de seus intérpretes humano. Seguindo-se o estado grego, em que a liberdade e existência do humano se materializam dentro dele. Embora conhecida como o berço da democracia, o seu exercício não era disseminado por toda a comunidade, apenas ostentando esse poder uma parcela diminuta da comunidade, no âmbito das “cidades-estado”, afastando-se de um conceito contemporâneo de justiça. Nesse período, todavia, deu-se início questionamento da própria estrutura de poder no sistema ocidental, inclusive com a divisão clássica de formas de governo, desenvolvidas e sistematizadas posteriormente.

Segue-se o Estado Romano, com nítida aproximação da estrutura grega, desenvolvendo, porém, uma maior divisão entre a figura do Estado e dos particulares, a quem seriam autorizados poderes específicos de organização, a exemplo do interior dos núcleos familiares, indicando-se ainda a organização de um regramento vinculado ao direito dos estrangeiros (*jus gentium*). E uma divisão organizada de tarefas públicas, numa estrutura burocrática que serve de base a considerável parcela do Estado moderno.

Na sequencia história, o Estado Medieval, em que se impôs um elemento a mais entre o indivíduo e o poder político, isto é, o poder religioso, advindo do sobrenatural, sendo obscurecida a ideia formal do Estado, ante o regime feudal, sobressaindo as figuras de Agostinho e Tomás de Aquino, que, dentre valiosas contribuições, apresentou a distinção entre lei eterna, lei natural e lei humana, abrindo espaço para a discussão, ainda embrionário, acerca do direito de resistência frente a ordens normativas injustas.

Por fim, o Estado Moderno revigoraria a ideia de unidade de poder político secular, com o absolutismo monárquico e os Estados Nacionais, firmando-se a ideia-base da soberania, como poder máximo, como legitimadora da afirmação de seu poder interno frente à população, e frente aos demais Estados, plasmando-se a ideia de direitos humanos, como inerentes à razão humana, de que seria portadora qualquer pessoa que albergasse a ideia-base de natureza humana.

Dentro do Estado moderno, iniciou-se discussão relevante acerca do fundamento do poder e dos fins desse mesmo Estado. Afinal, como ente portador de soberania urgia que se realizasse a adequada aposição da pessoa humana no seu âmbito. E que fosse discutido se o indivíduo, como portador de direitos inatos, teria o poder de realizar todas as suas vontades e anseios num espectro de liberdade indefinida e meramente pessoal, ou se tal liberdade seria tão mais legítima quanto mais se adequasse aos escopos desse mesmo Estado. Tal embate repercutirá em todo o pensamento moderno e contemporâneo, oscilando entre uma maior ou menor liberdade do cidadão, influenciada por variantes as mais diversas em cada nação, expostas nos valores, formas de manifestação cultural, projetos e anseios de cada Nação, com suas ideologias e caracteres coletivos.

Afinal, o Estado é diretamente influenciado por todas elas, alimentando-se das mesmas, processando-as, e, por sua vez, contribuindo com sua própria identidade, valores, usos e hábitos, para a noção de Estado num contexto mundial. Com isso, embora se pressuponha soberania e poder de autoafirmação política de um Estado oriental, há um núcleo de valores de algum modo universal, que, acaso violado, demanda uma necessária reação por parte dos demais, o que pode assumir a forma de auxílios comunitários, sanções econômicas, comerciais, discutindo-se, inclusive, em casos extremos, intervenções pontuais para o restabelecimento do primado de tais valores. Cresce e ganha força a ideia de um direito internacional dos direitos humanos, com essa pauta mínima de valores. Daí, não mais se tornar possível cogitar de Estados isolados, sem relações imediatas com os demais. O século que se descortina carrega uma nota de cooperação entre

os Estados, como forma, inclusive, de garantir a subsistência do gênero humano no processo histórico.

Cada Estado, como ente soberano, é formado por grupos sociais, agregando pessoas em suas mais diversas finalidades e opções ideológicas. Há igrejas e movimentos religiosos, sindicatos e associações de empregados e empregadores, federações e confederações de esportes, ligas de bairro, agremiações de difusão da cultura popular, com ou sem apoio público, grupos teatrais, os quais ser múltiplos ou restritos, com maior ou menor liberdade de atuação frente ao Estado organizado, a depender de sua configuração política e jurídica e do maior ou menor grau de intervenção no funcionamento desses mesmos grupos. Porém, a junção de todos esses grupos e suas relações com esse mesmo Estado é que plasmam a identidade e os valores de cada nação, transmitida e retransmitida entre as gerações, inserida ou não num Estado ou país. Isso dá um rosto ao Estado perante os demais.

Cada grupo social, ainda que informalmente, possui normas internas de estruturação e repressão a determinadas conduta de seus membros que recalcitram em não seguir os valores que fazem a sua unidade. Seja a advertência informal por parte dos membros ao questionar o motivo dele se engajar se não partilha dos valores comuns, gerando-se um espaço de natural exclusão comunicativa e entrosamento. Seja em grupos de maior burocratização interna a instauração de procedimentos para a exclusão de sócios indesejáveis, assegurando-se, nessa tarefa, que envolve necessariamente um matiz punitivo, um respeito a regras mínimas aplicáveis quando o Estado desempenhasse matiz similar. Nesse momento, há um ponto de interseção entre o direito de punir autônomo do grupo e o que realiza de modo institucional pelo Estado: o respeito aos direitos fundamentais.

Há determinadas agregações sociais as quais o Estado confere um *plus* de maior respeitabilidade às suas normas internas. Autorizando-lhes inclusive, em honra de uma dimensão cultural de maior consistência, o

exercício outorgado de um maior poder punitivo, a exemplo do art. 57 da Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, o Estatuto do Índio, desde que essas penas não se revistam de caráter cruel ou infamante, vedada, de modo absoluto a sanção capital, por injunção do art. 5º, XLVII, “a”, da Constituição Federal de 1988. As penas de reclusão devem ser cumpridas, se possível, em regime de semiliberdade no local de funcionamento do órgão federal de assistência ao índio, mais próximo de sua residência (art. 56, parágrafo único).

Cada Estado passa a identificar quais os valores e dados culturais mais relevantes, aos quais há de conferir maior valor quanto ao seu resguardo e respeito. Para alguns, um símbolo nacional, como uma bandeira, alcança tal valor simbólico que conspurcar sua presença gera repulsa de toda a comunidade. Noutros, a suspensão de jejuns religiosos, o relacionamento de diálogo entre castas de hierarquia diversa, a publicação de obras literárias discutindo o fundamento da religião estatal maculam valores tão ingentes, que reclamam a pronta punição dos responsáveis. Nesse momento, o Estado vai resgatar no âmbito da sociedade e de seus grupos essas notas culturais de maior repulsa. E ainda contribuirá com seus próprios valores e conveniências administrativas para a confecção de um sistema idôneo a reprimir tais focos de desagregação e lesão a bens jurídicos.

O modo de criação de tais normas, o seu conteúdo, a extensão de suas penas, a forma de sua efetivação, os locais de eventual encarceramento, enfim, o modo particular de realização é feito de modo particular no âmbito de cada Estado. Em alguns, pela ausência de cisão clara entre Igreja e Estado, órgãos religiosos passam a reger tais condutas, noutros, a decisão se torna pessoal do monarca ou em sociedades ocidentais, permeadas por valores da Revolução Francesa, há o reconhecimento de que ao povo compete decidir o que se trata de crime, quais serão e as penas respectivas, por meio de representantes eleitos que compõe o Poder Legislativo. Isso ainda é influenciado pelo tipo de Estado, pois, em alguns deles, de natureza unitária, o órgão central de poder traz a

si a incumbência de produzir leis sobre essa matéria. Noutros, com um federalismo mais consolidado, é reconhecido a cada Estado o poder conferido aos cidadãos locais de plasmar essas regras, tributando-se ao Poder Judicial a análise da razoabilidade e pertinência de tais normas em casos em que tal múnus desborde do juridicamente razoável.

2.1 Do estado legal ao estado constitucional

A instauração da legalidade como princípio limitador das atividades do Poder Público foi um dos marcos da evolução do pensamento jurídico. O sistema anterior ligava-se a um juízo de relevante subjetividade quanto a decisões públicas, sendo o reflexo de um tratamento diferenciado entre os destinatários das normas jurídicas. Com o novo regime instaurado pela Revolução Francesa, a lei passava a representar uma garantia de tratamento isonômico àqueles sob seu jugo. Uma pessoa não teria mais direitos que seus semelhantes, nem os tribunais, sob o argumento de uma independência de convencimento, diriam o que fosse correto ou não, fundamentando-se meramente em suas convicções pessoais.

Surge o Estado de legalidade. Haveria um governo de leis e não de homens. Assim, a igualdade era o ponto de partida para a renovação cultural de um novo tempo, com ideais renovados e práticas revisitadas. A segurança era o fulcro para compreender as novas relações, seja sociais, políticas ou econômicas. Um devedor estaria vinculado a pagar suas contas, fosse ele nobre ou camponês e a lei, agora cega e tendo em mãos uma balança em equilíbrio perene, reforçaria a imagem da substituição de uma *voluntas regis* por uma legítima *voluntas legis*.

Ao Juiz não mais se concederia a possibilidade de analisar as peculiaridades de cada caso, pois essa conduta representaria uma traição a todo o sistema democrático, pois a lei foi resultado de uma produção legítima por parte desse mesmo povo, que, por um sistema legítimo, escolheu representantes vocacionados a pelejar por seus direitos. Um

Estado não desobedeceria a si mesmo, o que ocorreria em qualquer atividade interpretativa. A equidade, como esforço de adequação normativo, era um indício de má formação do julgador, além de um marco de desestabilização de expectativas legítimas dos sujeitos envolvidos em qualquer relação. Um comprador sempre recebe o preço por sua mercadoria. Uma das maiores desgraças a pairar sobre um negociante era a vergonha do descumprimento de seus deveres para com os que avalizaram o crédito de seu investimento. Sendo todos iguais perante a lei, as naturais e evidentes distinções entre grupos sociais, como patrões e empregados, deveriam ser relevadas, sendo encaradas pelo Estado como partes de uma mesma relação negocial. É a apoteose do direito civil. O direito como sinônimo de norma legal. Todo o direito cristalizado em linhas escritas, em verdadeiro fetiche do texto, levando a que insignes professores franceses declarassem em sala de aula que não ensinariam direito civil, mas o Código Napoleão. O preço da segurança jurídica era a cegueira legal quanto à realidade concreta subjacente a cada ato jurídico, em qualquer de suas esferas, comercial, civil, de família. Isso foi capaz de gerar uma identificação semântica que perdura até a modernidade, de modo coloquial, no sentido de que “legal” seria sinônimo de acertado, correto e bem ajustado. E ilegal seria tudo que contrariasse as expectativas ordinárias de justiça, pois estaria à margem da mesma lei.

A exacerbação do princípio da legalidade criou uma série de mitos ou símbolos de uma falsa segurança jurídica, como a plenitude do ordenamento jurídico, dando a entender que todos fatos da vida, ainda que não regulados expressamente, estariam abrangidos por alguma norma, ainda que oculta, sendo papel do aplicador não gerar uma nova, mas encontrar, preferencialmente por analogia, a resposta ao caso concreto. Isto é, uma norma aplicável a uma hipótese seria trasladada para outra, ante uma identidade ou similitude de pressupostos de fato, a reclamar tratamento isonômico.

Ainda restou enunciado o princípio da vedação ao *non liquet*, decorrência dos anteriores, a significar a impossibilidade de o Juiz negar a

jurisdição. Ainda se reavivaram brocardos clássicos, de modo a certificar a validade universal de tal princípio, por exemplo, *in claris cessat interpretatio*, a significar que a interpretação apenas seria cabível quando não percebido de imediato o sentido intrínseco e evidente de uma norma, ou ainda a ideia de que “a lei não pressupõe termos inúteis”, a indicar que uma norma teria um conteúdo agregado no momento de sua promulgação, cabendo ao intérprete proceder ao labor de descobrir tal vontade.

O direito passou a ser encarado como uma disciplina absolutamente autônoma frente às demais, embora os seus pressupostos fossem colhidos em outras ciências, como economia, política, filosofia, sociologia e os destinatários vivessem efetivamente no mundo real, e tais disciplinas paralelas auxiliassem na compreensão do fenômeno jurídico. Houve a cisão entre as “coisas do direito” e as demais ciências, com reflexos em toda uma produção intelectual e científica, que se esmerou, e ainda o faz, em busca de uma pureza metodológica, um alheamento científico, indispensável, ao ver desses intérpretes, para o alcance da buscada Justiça. Ocorre que ao se obstar uma maior oxigenação e contribuição das ciências não jurídicas nessa tarefa, plasmou-se uma tarefa jurídica conservadora e apegada a uma tradição por vezes infrutífera, nódoa que findou por se espalhar por setores importantes do ordenamento jurídico.

Assim, grandes questões envolvendo o direito público passaram a ser resolvidos com base em princípios do direito privado. Assim, relevantes questões sobre função social da propriedade foram decididos tendo por base o conceito romano de propriedade como absoluto, ou decisões acerca dos limites do poder executivo foram supedaneadas em um princípio da supremacia do interesse público sobre o do particular, gerando-se uma administração pública, muitas vezes, alheia a uma esperada juridicidade material quanto à sua conduta.

Há de se registrar evento de notável influência na história moderna, que contribuiu para uma reavaliação da cultura em diversos setores, refletindo, por óbvio, na área do direito e demais ciências humanas,

o segundo grande conflito armado mundial. Destaca-se, dentre os efeitos gerados por tal fenômeno, o resgate de uma compreensão valorativa do fazer jurídico. Encerrado o conflito, instaurou-se um Tribunal de composição multinacional para analisar a conduta dos responsáveis diretos por graves crimes, plasmando-se o conceito de delitos contra a humanidade, ante o grau de violação aos bens jurídicos mais básicos para o conceito de dignidade humana. O que foi observado por autores como Arendt², que trouxe à discussão conceitos como a “banalidade do mal”, consistente na burocratização de um sistema administrativo e jurídico, embora formalmente válido, que se alheou por inteiro dos efeitos de suas atitudes, levando à quase dizimação de um povo.

O cumprir o direito, sob uma perspectiva tão-somente formal, foi posto em xeque, gerando-se uma dúvida sobre os limites da racionalidade humana como instância orientadora do homem moderno. A ideia de reconhecimento de direitos humanos assumiu uma dimensão material, trazendo ao centro de discussão, como corolários, o respeito à diversidade cultural de cada nação ou povo, além de uma ideia de garantias universais aos seres humanos, culminando com a fundação da Organização das Nações Unidas e subscrição de uma série de tratados sobre direitos humanos e temas relacionados.

Em forte crítica ao conceito tradicional de legalidade, Zagrebelsky³ diz que a identificação da justiça com legalidade traz um passo forçado, pois será considerado justo um ser humano que apenas sabe obedecer, despido de liberdade e responsabilidade. Nesse caso, há uma negação da dignidade humana, que pode ser do agrado apenas dos planejadores sociais de todas as cores políticas que, de acordo com razões científicas ou vontade arbitrária, pode criar unicamente formigas humanas. Pois, acima da lei estabelecida há algo pressuposto e é justamente aí que se deve buscar a justiça e a fonte de sua obrigatoriedade.

² ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalem**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La exigencia de justicia**. Traducción y presentación de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2006, p. 30.

Com isso, a Constituição passou a ser vista como o documento político de um Estado, que albergaria os valores relevantes por parte de uma nação. Prestando-se, a um só tempo, a uma dimensão estática, ao servir de fundamento axiológico e material a todas as normas inferiores e a uma perspectiva dinâmica, ao indicar a forma como as outras normas do sistema deveriam ser produzidas e dialogando com as mesmas frente às demandas históricas que se lhe apresentassem, assumindo, com isso, uma dimensão cultural, na expressão de Raul Machado Horta. pois o grau de abstração dos valores nela inseridas permite que ela se adapte a demandas sempre novas sem perder seu grau de fundamentalidade.

Transmuda-se, com isso, um Estado de mera legalidade em um Estado Constitucional, como destaca Novais⁴ o que reclama uma nova hermenêutica para essa tarefa, na análise de Bonavides⁵, passando a Constituição a representar uma Carta Aberta de valores, a gizar todo o ordenamento, animando e revitalizando historicamente todas as normas que a integram, num processo de trocas valorativas com a sociedade e seus grupos. Passa a representar a elaboração jurídica do poder político historicamente reconhecível e perceptível, o que se reflete em todas as esferas jurídicas. Tal dimensão cultural é analisada ainda por Häberle⁶ em diversas obras, a pontificar em sua teoria mais recente pela existência uma sociedade aberta de intérpretes, em que cada membro ou grupo deveria contribuir para o alcance da mais adequada solução constitucional ao caso sob apreciação.

Häberle⁷ afirma que a Constituição não é apenas um texto jurídico ou um emaranhado de regras normativas, mas também expressão de uma situação cultural dinâmica, meio de autorrepresentação cultural de um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças. Afinal, a

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 2006.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 488.

⁶ HABÉRLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 181.

⁷ HABÉRLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional. Traducción de Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 46-47.

realidade jurídica do estado constitucional representa somente uma parte da realidade de uma constituição viva que, de modo mais profundo, é de natureza cultural. Segundo o autor, “[...] *los textos constitucionales deben ser literalmente cultivados para que resulte una Constitución.*”

Essa nova ordem de ideias espraia-se em cada norma e ramo jurídico, atingindo, dentre outros, o direito processual penal, que regula o equilíbrio necessário entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade, regrando todo o fazer do Estado nessa área.

2.2 O estado de direito como princípio estruturante

Novais⁸ e Canotilho⁹, ao analisarem o arcabouço constitucional do estado português, apresentam a ideia de princípio estruturante. Para o segundo, são “princípios constitutivos do <<núcleo essencial da Constituição>>”, garantindo a esta uma determinada *identidade e estrutura*.” São portadores de uma dupla dimensão, constitutiva, pois trazem a lume a compreensão global da ordem constitucional em que estão inseridos, e ainda declarativa, eis que muitas vezes assumem a posição de “superconceitos”, coligindo as ideias principais de outros subprincípios e concretizações normativas.

Um dos principais seria o princípio do “Estado de Direito”, que tem como pressupostos materiais subjacentes, a “juridicidade”, no sentido de que as estruturas do poder político e a organização da sociedade estariam guiadas pelo referencial do que seria entendido como “direito”, com uma ordem jurídica global, que ordenaria as atividades do mesmo estado.

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.148.

Em segundo lugar, a exigência de “constitucionalidade”, que, para Canotilho¹⁰ é uma situação que “[...] pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos.” Isso reclamaria, segundo o autor, a ideia de um estado constitucional, a vinculação do legislador e de todos os atos do Estado à Constituição, além de um princípio de “reserva da constituição”, ao exigir que as vedações e óbices a direitos não de estar previstos ou autorizados legalmente, direta ou indiretamente, no próprio texto constitucional.

Outrossim, as funções e competência dos órgãos de emanção do poder político devem estar expressas no próprio texto constitucional, o qual deve estar gizado por uma natural e imprescindível força normativa, capaz de evitar a utilização de argumentos como “altos interesses da nação”, “soberania da nação” com o fito de afastar a ordem constitucional ante conjunturas surgidas no dia a dia das instituições.

E, por derradeiro, um sistema de direitos fundamentais é imprescindível para o que se concebe como Estado de Direito. E não a mera postura de, retoricamente, escolher direitos e catalogá-los no texto constitucional. É praxe a realização de tais expedientes por sistemas de exceção, com o escopo de gerar um simulacro de democracia, em que as pessoas se expõem ao arbítrio de decisões governamentais e inexistente um controle estruturado do poder público de modo eficiente. Como bem destaca Kriele¹¹: “[...] para a eficácia dos direitos fundamentais a independência judicial é mais importante que o catálogo dos direitos fundamentais contidos na constituição” (tradução livre). Ainda com Kriele¹²:

[...] A Inglaterra garantiu os direitos humanos sem necessidade de uma constituição escrita. Por outro lado, um catálogo constitucional de direitos fundamentais é perfeitamente compatível com o absolutismo, com a ditadura e com o totalitarismo. Assim, por exemplo, o art. 127 da Constituição soviética de 1936 garante a

¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. op.cit. 2001, p. 245.

¹¹ KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del estado**. Tradução de Eugenio Bulygin. Buenos Aires: De Palma, 1980, p. 159.

¹² Id. Ibid., 1980, p. 160.

‘inviolabilidade da pessoa’. Isso não impediu que o terror stalinista tivesse alcançado em 1937 seu ponto culminante. A constituição não pode impedir o terror, quando está subordinada ao princípio de soberania, em vez de garantir as condições institucionais da rule of law.

Similar posicionamento pode ser colhido em Hesse¹³, no sentido de que na atualidade é decisiva para uma ampla garantia dos direitos fundamentais a proteção dos tribunais. Analisando a época de Weimar, diz Hesse¹⁴:

El la época de la Constitución del Reich de 1919 había sólo reducidas oportunidades de que llegasen los derechos fundamentales a hacerse efectivos ante los tribunales. Continuó siendo escasa, por tanto, la importancia práctica de aquéllos. Bajo la Ley Fundamental esa efectividad resulta plena e sin fisuras. Tal efectividad ha conseguido que los derechos impregnen no sólo la vida pública, sino toda la vida jurídica – ocasionalmente incluso hasta el detalle.

A atividade de persecução penal é de natureza constitucional e administrativa. Dessa forma, recebe influências diretas da configuração política do poder do estado em que inserida. Será mais ou menos democrática ou autoritária segundo o ideário político então reinante, que serve de paradigma a todos os setores públicos. Assim, numa democracia consolidada há uma exigência natural de respeito a condições mínimas para uma prisão. Isso pode ser visto, a título de exemplo, na exigência de leitura dos direitos a autuados, comunicação aos órgãos do poder judiciário, familiares, exigência de um advogado ou defensor público quando de colheita de prova oral, judicial ou extrajudicialmente, comunicação dos motivos da prisão. Nesses casos, a ideia de “força normativa da constituição” é revelada de modo seguro e presente, pois, não se revela admissível que, sob o argumento de “altos interesses da justiça”, alguém seja convertido em simples objeto de investigação do poder público, com o cerceamento de seus direitos mais básicos.

¹³ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. Traducción de Antonio López Pina. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 112.

¹⁴ Id. Ibid., 1996, p. 112.

Daí, o sistema de direitos fundamentais é basilar para o entendimento adequado do Estado de Direito. Reclamando um judiciário livre para deliberar acerca dos abusos a ele comunicados. E não somente discutir, mas estar imbuído do poder de fazê-los cessar com energia e severidade, jungindo os demais poderes a suas decisões, gerando na sociedade, e em especial na população mais simples, o sentimento de segurança e respeito a seus direitos. E a convicção de que o sistema jurisdicional é idôneo para receber a demanda sobre a violação de seus direitos, processá-la adequadamente e respondê-la de modo satisfatório. Se alguma dessas etapas falhar, surge um déficit de legitimidade do sistema, que mina sua confiabilidade. E frustra as expectativas dos cidadãos, abrindo um espaço para a busca de soluções em sistemas diversos, como o retorno à utilização da violência privada e a autocomposição de conflitos penais.

Como bem ressaltado por Schneider¹⁵, os direitos fundamentais são, em primeiro lugar, fins em si mesmos, e expressão da dignidade humana. É indiscutível que eles participam da Constituição do Estado e as suas possibilidades de realização decidem, de modo essencial, se os princípios estruturantes da Constituição cobram realidade e efetividade no processo político. Ainda segundo Schneider¹⁶: “*Se puede pensar una protección jurídica de los individuos sin Estado de Derecho, pero no al revés, un Estado de Derecho sin protección jurídica.*” São condições impostergáveis para o Estado de Direito Democrático.

Ao lado de um judiciário com poderes para coibir ilegalidade, é imprescindível um Ministério Público consciente de seu papel constitucional e legal. Um dos grandes pilares do sistema de jurisdição, ele deve ser o primeiro a não coonestar um abuso que se lhe apresente em flagrância. Ciente de que, ao contrário de outras grandes e notáveis nações mundiais, no ordenamento jurídico brasileiro não está em liame de subordinação com o Ministério da Justiça, ou outros órgãos. Não recebe ordens específicas de

¹⁵ SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 136.

¹⁶ Id. *ibid.*, 1991, p. 136.

acusação contra qualquer pessoa, nem pode ter avocada uma investigação que esteja a realizar caso contrarie os altos interesses de sua instituição, do Poder Executivo ou de qualquer outro interesse, público ou privado, desde que sua postura esteja pautada pela constitucionalidade de seus atos. É um órgão constitucional plasmado para a defesa dos interesses da sociedade, numa perspectiva de juridicidade material.

Tal independência, porém, reclama grande nota responsabilidade. Não possui no Brasil, à similaridade do Poder Judiciário, legitimidade haurida das urnas, por meio do exercício do sufrágio popular. Torna-se legítimo por meio do exercício regrado e coerente de suas atribuições dentro do sistema do Estado de Direito. Isso é realizado através da publicidade de seus atos, da fundamentação de suas manifestações em sede judicial e extrajudicial, propiciando aos integrantes do sistema de jurisdição o conhecimento dos meios utilizados para o alcance de suas conclusões, isto é, com base em que entendeu que deve ser ou não realizada denúncia contra alguém. De modo a perscrutar e indicar abusos realizados nesse mister.

A instituição não é afirmada pelo número de acusações ou condenações, mas pela demonstração de quem em cada um dos feitos sob a sua incumbência houve o devido e esperado respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos quando de suas manifestações. A postura de mero “estágio de passagem” entre a autoridade policial investigativa e o órgão do Poder Judiciário é incompatível com a feição constitucional do Ministério Público dentro de um Estado de Direito. Fosse apenas essa a sua principal atribuição, não haveria sentido a não-recepção das antigas Portarias judiciais ou da autoridade policial para o início da ação penal, que estavam legitimadas pela anterior ordem constitucional.

A afirmação do art. 129, I, da Constituição Federal de 1988 não atribui a ele a exclusividade na promoção da ação penal apenas como um simples fortalecimento da instituição. Mas, com o escopo declarado de nela concentrar, de modo geral, e em seus integrantes, de modo particular, a

grave missão de compatibilizar esse múnus com o respeito ao sistema democrático e aos direitos fundamentais. Ciente de que, ao contrário de tempos de antanho não saudosos, um exame de corpo de delito falso ou uma declaração mentirosa de testemunhas até inexistentes não podem fazer surgir a denúncia-crime, como meio idôneo de iniciar uma ação penal. E que doravante a independência do Ministério Público será a garantia de legitimidade de uma acusação responsável.

E a legitimação do procedimento acusatório há de ter por base uma nova ideia ética por parte do Ministério Público. Baseada no conceito de dignidade humana, como matriz semântica do novo Estado Constitucional de Direito. Ao tratar sobre ela, Habërle¹⁷ diz:

Hay que partir de la tesis de que el conjunto de los derechos de tipo personal, por um lado, y los deberes, por el outro, le deben permitir al ser humano llegar a ser persona, serlo e y seguir siéndolo. En esta garantía jurídica, específica de los ámbitos vitales, del ser persona, de la identidad encuentra la dignidad humana su lugar central: el cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea "dignidad humana".

Os organismos de persecução penal, dessa forma, assumem as funções que lhe são ínsitas numa perspectiva de atividade excepcional. O Estado de Direito é estado de liberdade. O fenômeno do delito e a instauração do processo penal como estruturação de um sistema para a sua punição não de ser considerados como instrumentos de utilização excepcional na democracia. Sem olvidar que se deve ter em conta, sempre e sempre, que o realizador de uma infração penal deve ser investigado, ouvido e, eventualmente condenado ou absolvido, não pela pessoa que é, ontologicamente considerada, mas pela ação realizada. Seus caracteres pessoais e comportamento em face do delito são relevantes, para análise de sua culpabilidade, como possibilidade de imputação do delito realizado e, em momento posterior, segundo o art. 59 do Código Penal brasileiro, para fins de individualização da pena e aferição do grau de reprovabilidade de seu agir.

¹⁷ HÄBERLE, Peter. op. cit., 2007, p. 290.

Isso é balizado pelo dever de respeito estatal para com a dignidade humana, a qual afirma o cidadão como destinatário de direitos fundamentais inalienáveis. E como valor máximo do sistema constitucional, a dignidade imanta o sistema como um todo, orientando com força vinculante todo e qualquer agir público. E mais ainda na área penal, que lida com os bens mais relevantes ao ser humano, como vida, liberdade e propriedade.

2.3 O discurso estatal da punição

Um dos aspectos mais relevantes do direito público moderno é a atividade punitiva do Estado. E, por estranho que pareça, é daqueles em que a fundamentação científica se revela mais deficiente. O que se revela pela assunção de critérios muitas vezes formais e mecânicos para a realização do juízo de tipicidade e, ao final, pela imposição da pena, balizada, em regra, entre o limite máximo e mínimo em alguns países, a exemplo do Brasil. Quer-se fazer surgir o atuar punitivo quando uma pessoa furta um pedaço de pão com o mesmo silogismo de um desvio de vultosa quantia de patrimônio público. Não se está a discutir a valoração objetiva de tais condutas e sua vigência normativa no ordenamento jurídico, o que ocorreu quando da positivação de suas condutas no âmbito do Poder Legislativo, após cumpridos os requisitos formais e materiais exigidos pela Carta Política de um Estado.

O que ora se questiona é o escopo dessa atividade dentro de uma estrutura de planejamento quanto à regular prestação de serviços públicos pelos órgãos administrativos competentes. Não há um consenso divulgado pelo Estado ou um trabalho de conscientização da população acerca do por que dessa função. Labora-se no reino do pressuposto, como se se tratasse de algo tão óbvio e corriqueiro, que dispensasse maior questionamento e justificativa, o que fatalmente leva a que os destinatários e envolvidos nesse serviço não participem de modo consciente do que está a suceder em relação a seu patrimônio jurídico. Pune-se para que a vítima de um delito

seja vingado por meio de um Estado Paternalista e, dessa forma, abstenha-se de exercer qualquer atitude particular ou coletiva sobre o responsável pelo fato delituoso? Ou se inflige a pena ao final de um processo para que todos os membros do corpo social tenham uma confirmação da seriedade do Estado no que pertine ao rigor estatal no cumprimento de suas próprias normas? Ou se trata de um modo de resguardo de determinados interesses de uma classe socialmente dominante, que se utiliza do sistema normativo para gerar uma zona de isolamento de seus interesses frente a outra menos assistida financeiramente? Será que por fim a pena existe para que o acusado seja conscientizado de seu delito e, por meio dela, seja purificado do mal em que foi envolvido, alcançando um estado de arrependimento a abrir-lhe as portas que lhe foram fechados pelo corpo social quando da realização do fato típico? Ou todos os critérios de modo concomitante são utilizados. Ou critério algum?

Qualquer ordem de ideias e valores devem ser aceitos pelos seus destinatários, como um pressuposto indispensável para o funcionamento regular de um sistema. No início desse novo século não mais se tem a veleidade de acreditar que uma norma será imediatamente eficaz tão só por sua publicação num veículo de imprensa oficial. Em especial porque a figura do Estado, já no fim do século pretérito, era objeto de severas críticas quanto ao seu poder de convencimento e natureza cogente de suas determinações, nos mais diversos setores públicos. Cite-se, por exemplo, a educação, em vista de um contingente reduzido de professores e uma política de incentivos incapaz de igualar em nível de excelência o ensino fundamental frente ao setor privado, por exemplo, o que é visto de forma ainda mais candente quanto à área da saúde, moradia, lazer, e em especial à área da segurança.

Alcançou-se um nível de descrença no Estado como espaço de realização de serviços públicos eficazes que diversos setores da iniciativa privada assumiram serviços de competência clássica do poder público. Empresas de planos de saúde são fundadas ou fortalecidas a cada dia, levando por vezes a que, em casos extremos, o número de seus usuários

quase chegue e inviabilizar um tratamento diferenciado e privativo, aliás, um dos motivos que levou ao abandono do serviço público respectivo. As empresas de segurança privada são uma realidade a recrudescer hodiernamente, de tal modo que se tornou rotineira a figura do segurança privado a determinadas pessoas.

A presença do Estado na área punitiva passa por uma crise de legitimidade social.

A uma porque as funções clássicas que a justificam estão sob forte déficit de realização, em escala mundial, o que pode ser observado, dentre outros, nas obras de Wacquant¹⁸ e Garland¹⁹. Analisa-se a obviedade de que é objetivamente inviável encarcerar todos os responsáveis por delitos, o que era, aliás, um dos postulados clássicos do poder de punir, a exemplo de Kant e Hegel, em que o delito era visto como uma nota de desestabilização num sistema idealmente equilibrado. Daí, a pena surgia como uma resposta de equilíbrio, tonificando a confiabilidade no mesmo, seja por parte do transgressor e da comunidade em geral.

Porém, diuturnamente, veiculam-se graves crimes societários nos meios de imprensa, envolvendo cifras absolutamente inalcançáveis para a grande maioria da população. E tais feitos, seja por déficit de atuação nos órgãos responsáveis pela comprovação satisfatória de sua existência, ou pelo caráter poroso de um sistema repressivo, incapaz de se estruturar para a punição da criminalidade macro, findam, não poucas vezes, em reconhecimento da extinção de punibilidade pelo fenômeno da prescrição, ou em absolvições fundadas em ausência de provas suficientes, ou má interpretação do acervo probatório.

¹⁸ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹⁹ GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na cultura contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

Daí, fixa-se no imaginário da comunidade que o Estado está a se prestar a um caráter simbólico e seletivo de condutas, limitando-se a agir com eficácia compensatória sobre aqueles com menor potencial econômico ou social para construir uma adequada defesa frente ao sistema investigatório. Relegados a uma escala de socialização deficitária, que os torna destinatários de direitos sociais limitados e vítimas preferenciais de encarceramento, não há mais porque se empenhar na recepção de valores relevantes ao corpo social. Daí, ao invés de pensar na frequência ao ensino regular como forma de ascensão social e o alcance de uma melhor situação econômica e social, os membros de tais grupos acabam sendo cooptados por grupos delituosos que os cercam sob as vistas impotentes do Estado oficial, ou, assumem funções ou empregos de mera subsistência sem perspectivas de realização de projetos pessoais ou comunitários de relevância comunitária e social.

A punição se revela como algo a se temer para o cidadão imbuído de um ânimo de agregação social. Para aquele excluído desde a infância e desassistido de valores e amparo do Estado, cujo sustento muitas vezes se debita a parentes ou terceiros ou atividades ilícitas, ela é apenas um fato corriqueiro da vida, uma consequência indesejável e a evitar como um risco aceitável em vista da estrutura de seu modo de vida. Gera-se, destarte, um fosso entre classes no âmbito da mesma sociedade, sem vias de comunicação lícitas, ou quando muito, extremamente precárias entre elas, por meio de programas sociais ou religiosos de atendimento pontual, num labor assistemático e à revelia de políticas públicas organizadas, o que se debita, quase sempre, a uma reconhecida carência de recursos financeiros para investimentos no setor. Gasta-se em atendimentos assistenciais tópicos e satisfatórios, sem uma adequada contrapartida dos beneficiários ou um incentivo para que meios alternativos de geração de renda sejam encetados por eles. O que deveria ser eventual fixa-se como indispensável no orçamento do Estado e dos que recebem tais minguadas verbas.

Num quadro de acefalia estatal na área de segurança pública, estando o cidadão mais humilde relegado a uma marginalização frente a

uma sociedade de consumo a ele inacessível, gera-se uma conjuntura de vulnerabilidade social que, embora não justifique a ocorrência do delito, há de ser levada em conta quando da realização do trabalho judicial sancionatório. Plasmando-se o que Zaffaroni²⁰ e a moderna doutrina nessa área chamam de culpabilidade por vulnerabilidade ou co-culpabilidade, pondo na mesma sala de julgamento a sociedade que contribuiu para a construção do autor do crime. Há uma inserção de mais dados aos que ordinariamente se apresentam quando do protocolo de inquéritos policiais ou ações penais.

Almeja-se maior aproximação científica do conceito contemporâneo de culpabilidade, como juízo de reprovabilidade de uma conduta. A tal fato, ainda se pode acrescentar outra contribuição, como o *miedo insuperable*, inserto no art. 20, n. 4, do Código Penal Espanhol, que prevê a isenção de responsabilidade penal daquele que aja impulsionado por tal sentimento, respondendo pelo ato os que o tiverem causado. Igual excludente resta adotada no Código Penal do Peru. Tome-se, por exemplo, um refugiado de país sob regime de exceção que frauda o passaporte para entrada na Espanha, de modo a construir uma vida nova naquele país. Em vista do temor das consequências geradas pelo seu regresso ao Estado de origem, inclusive com risco à sua própria vida, aceitável tal escusa em processo de contrafação. Há análise de tal escusa legal em artigo de Varona Gómez²¹

Tal conjuntura levou Günter²² a escrever denso artigo criticando o sistema punitivo, em que ao final defende a necessidade da pena, ao menos por três fatores, “proteção social por meio da individualização penal”, o que

²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 610.

²¹ VARONA GOMÉZ, Daniel. **La Eximente de medo insuperable**. Tesis Doctorals en Xarxa. Consorci de Biblioteques Universitàries de Catalunya (CBUC) i el Centre de Supercomputació de Catalunya (CESCA). Catalunya. España. Disponível em: <http://www.tesisexarxa.net/TESES_UdG/AVAILABLE/TDX-0730108-110923//TDVG5de5.pdf>. Acesso em: 21 set. 2009.

²² GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. Tradução de Flávia Portela Püschel. **Revista Direito GV** – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, v. 2, n. 2. P. 187-204, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/suportais/publica%C3A7%C3%B5e/RDGV_04_pp187-204.pdf>. Acesso em: 21 set. 2009.

ocorreria porque os desassistidos socialmente se voltariam contra o autor do delito, eis que ele não estaria conformado com a situação geral de escassez e teria se satisfeito ao contrário deles. Seria, ao ver do autor, um protesto mal dirigido contra um sistema injusto; depois, “pena como recalque psíquico de impulsos desviantes”, ou seja, o ânimo, a intenção de punir existe a partir da comunidade, de modo a conter o próprio ânimo da população quanto à sua própria vontade de delinquir; e por fim a “pena como cura da crença abalada em mundo justo”, isto é, as pessoas acreditariam estar a viver num mundo em que todas as necessidades deveriam ser satisfeitas de modo razoável.

Assim, uma pessoa acredita que apesar de sua pobreza alguém com maior poder econômico deve ser respeitado em seu direito de propriedade. Se alguém, ao revés, discorda dessa postura, e passa a reiteradamente subtrair bens alheios, as pessoas antes conformadas precisam tornar a crer no equilíbrio natural das coisas e isso ocorre pelo apenamento do delinquente.

Do mesmo autor, ainda se pode mencionar relevante artigo, sob o título “Os Cidadãos Mundiais – Entre a Liberdade e a Segurança”²³, em que Günther analisa o evento ocorrido nas torres gêmeas do *World Trade Center*, em Nova York, e discute que o modelo anterior norte-americano do Estado de Bem Estar Social, com o respeito firmado aos direitos individuais estaria em risco, recrudescendo políticas de maior restrição aos direitos fundamentais e um Estado de Segurança, a partir dos Estados Unidos e Inglaterra, o que estaria a representar um risco para o direito numa escala macro, em vista do papel do Estado realizador de um incremento em medidas de segurança que poderiam estar a desbordar de conquistas clássicas quanto aos direitos de liberdade.

²³ GÜNTHER, Klaus. Os cidadãos mundiais entre a liberdade e a segurança. Tradução de Pedro Maia. **Revista Novos Estudos** – CEBRAP, n. 83, p. 11-25, mar. 2009. Disponível em : <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n83/02.pdf>>. Título Original: World citizens between freedom and security.> Acesso em: 21 set. 2009.

Ainda se há de mencionar a contribuição de Schuneman²⁴, que em artigo relevante revisita as teorias da prevenção geral e especial, ante a crise moderna quanto ao conceito da primeira. E traz elementos relevantes, a partir da análise da teoria kantiana. Segundo ele, as teorias da prevenção especial, prevenção geral negativa e prevenção geral integração não poderia carrear a geração de qualquer pena ao acusado que confessa o delito e deseja espontaneamente se ressocializar deseja a pena e a quer e dessa forma reabilita a função da lei aplicável. Ele culmina por concordar com a aplicação da teoria da prevenção geral ameaçadora, não apenas porque pressupõe a vontade de liberdade e culpabilidade do autor, preservando a essência da teoria absoluta, isto é, o princípio da culpabilidade como um princípio de legitimação, a se juntar com o princípio da prevenção, num critério utilitário.

Reclama ainda análise, frente à relevância do tema, o embate entre o garantismo penal e as políticas de Lei e Ordem, cujo embate tem permeado a moderna discussão acerca do princípio punitivo.

Um dos expoentes do garantismo penal, Ferrajoli²⁵ destaca em sua obra a existência de crises no Estado moderno, a saber, uma crise de legalidade, seguida por uma inadequação estrutural das formas de Estado para a garantia dos direitos previstos no *Welfare State* e por fim uma crise do Estado Nacional, com uma debilitação do constitucionalismo, com uma mudança de conceitos acerca da soberania e uma alteração do sistema de fontes do direito, o que pode culminar num crime da própria democracia. Daí, ser imprescindível que o Estado possa efetivamente se organizar de modo racional e estrutural para o resguardo dos direitos humanos.

²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Aporías de la teoría de la pena en la filosofía - Pensamientos sobre Immanuel Kant. In: InDret. **Revista para El Análisis del Derecho**. Disponível em: < <http://www.indret.com/es/index.php>>. Acesso em: 21 set. 2009.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 456; **La Ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004; O estado de direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Pietro e COSTA Pietro. **O estado de direito**. Tradução de Carlo Alberto Datoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Por seu turno, movimentos como os da Lei e da Ordem baseiam-se num postulado de proteção a bens maiores da sociedade num aspecto coletivo. Urge que perfaça uma coexistência entre os direitos individuais e os das demais pessoas quanto à garantia de bem estar e convivência pacífica e ordeira no corpo social. Reclama destaque a conhecida teoria das “janelas quebradas” no direito americano. Funda-se na ideia-base a seguir: se uma criança passa defronte a uma fábrica, lança uma pedra e quebra uma janela e nada é feito contra ela, no dia seguinte outra pode repetir o ato. Daí, o comportamento pode evoluir para um padrão de conduta sem peias, o que porá em risco, numa escala crescente, os direitos de toda a coletividade.

Urge na modernidade que se alcance o que se denomina de garantismo responsável, por meio de uma fusão ideológica entre as ideias acima, respeitando-se, por imprescindível, a dignidade de cada cidadão no azo em que paire sobre ele a suspeita de cometimento de graves delitos. Porém, adotando-se o princípio da proporcionalidade, em casos-limite, seja admissível a flexibilização de alguns postulados clássicos frente à necessidade de punição de delitos que abalam sobremaneira o corpo social.

2.4 Os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso à vedação da proteção deficiente

Pensar sobre direitos fundamentais é pensar como realizá-los num horizonte histórico, político e social no âmbito de determinado Estado. Por meio de uma harmonização responsável entre teoria e prática, o intérprete há de alcançar o ponto ideal em que o interesse de uma pessoa há de ser compatibilizado com o interesse público de todo o corpo social, evitando, de um lado, quaisquer abusos de poder contra o indivíduo, mas, sob outro viés, que posturas inadequadas do mesmo gerem um foco de risco à comunidade. É função do moderno estado constitucional, gizado pelo respeito aos princípios e valores insertos na Carta Política, realizar essa tarefa.

Sarlet²⁶ já adverte acerca da resistência de uma parte da doutrina e dos tribunais quanto a uma aplicação da proporcionalidade como “vedação da proteção deficiente”, a exigir uma fundamentação mais aprofundada por parte do moderno constitucionalismo, ao contrário da vertente tradicional da vedação ao excesso. Destaca, entretanto, que os assim chamados “imperativos de tutela”, isto é, ordem para que o Estado de Direito atue de modo eficaz na defesa de bens jurídicos já conta com desenvolvimento doutrinário e suporte jurisprudencial, em especial na Alemanha, Espanha e Portugal.

2.5 Os direitos fundamentais como base do constitucionalismo moderno e a constitucionalização do exercício do poder

Os direitos fundamentais são a pedra de toque da moderna compreensão do Direito Constitucional. Assim o diz a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu art. 16: onde não há divisão de poderes e a enunciação de direitos fundamentais, inexistente Constituição. Eles representam o evoluir da cultura humana rumo à afirmação de um conteúdo de respeito e dignidade ínsitos ao ser humano ontologicamente considerado. Seus primórdios remontam a um conteúdo religioso, ao postular que Deus haveria feito o ser humano à sua imagem e semelhança²⁷. Portador dessa natural qualidade, haveria o reconhecimento de direitos inalienáveis e impostergáveis oriundos dessa condição. Não se há de olvidar a grande contribuição kantiana, ao afirmar que o homem jamais pode ser convertido em meio para a realização dos interesses de outro homem, sempre devendo ser observado como um “fim em si mesmo”²⁸.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca de superação dos fundamentalismos hermenêuticos. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 116.

²⁷ PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

²⁸ KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Tecnoprint, Coleção Universidade de Bolso, 1996, p. 84; KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Édson Bini, São Paulo: Ícone, 1993; SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

Com o Estado moderno, posteriormente à Revolução Francesa, a ideia de respeito e dignidade do ser humano restou fortalecida. Se antes havia a possibilidade do homem ser vinculado a terra, como nas eras de feudalismo, agora ele é um ser juridicamente merecedor de respeito a seus direitos inalienáveis por parte desse mesmo Estado. Perfez-se uma divisão clara entre ambos, concedendo-se a ele direitos de afirmação de sua individualidade e de uma esfera de patrimônio jurídico individual, numa perspectiva negativa, de *non facere*, por parte do Estado. É a era de ouro dos direitos de primeira dimensão, inscritos no início dos três lemas clássicos do novo ideário, isto é, a “liberdade”, sendo forte a noção de direito subjetivo público e direitos de proteção.

A liberdade foi melhor protegida, com o fortalecimento do *Habeas Corpus*, por exemplo. O cidadão, com isso, pôde melhor resistir a abusos do Poder Público. De modo mais recente, há uma ideia de coletivização de tais provimentos, como o *habeas corpus* e mandado de segurança coletivos²⁹ e ações coletivas na defesa de direitos transindividuais.

Na área penal, essa proteção foi sentida com maior nitidez. A uma ideia do Estado como soberano absoluto, ou intérprete único do interesse público, não mais satisfazia aos reclamos advindos de uma ideia de respeito à dignidade humana. Erros graves marcaram grandes nações, a exemplo da França com o “caso Dreyfus”³⁰, ou o Brasil no início do Século XX, com o

²⁹ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos Constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 224.

³⁰ O Caso Dreyfuss é considerado o maior erro judiciário da França. Em 1894, Madame Bastian, empregada da limpeza na embaixada alemã em Paris, encontrou uma carta suspeita no lixo do adido militar alemão, o tenente-coronel Schwarzkoppen. Entregou-a ao serviço secreto francês, os quais concluíram que havia um traidor entre os oficiais franceses, espionando para a Alemanha. A carta passou a ser conhecida “Le Bordereau”. Alfred Dreyfuss era o único entre os oficiais franceses que poderia ter escrito a carta, sendo investigado e levado a julgamento, sendo o carta usada como instrumento de acusação, sendo condenado a prisão perpétua na Ilha do Diabo, na costa da Guiana Francesa. Em 1898, houve um segundo julgamento. A permanência da sentença anterior indignou o escritor Émile Zola, que publicou célebre carta “J'accuse”, em 13 de janeiro de 1898, ao Presidente da França. O escritor Anatole France ainda defendeu abertamente Dreyfuss. A França ficou dividida entre os dreyfusard (que apoiavam Dreyfuss) e os anti-Dreyfusard. Em 1906, houve uma revisão do processo Dreyfuss, descobrindo-se que Charles-Ferdinand Walsin Esterhazy, outro Oficial francês, era o responsável pela carta e que realizava atividades de espionagem para os alemães. Dreyfuss foi restabelecido no exército, mas o tempo de sua prisão não foi computado para sua carreira, prejudicando grandemente sua carreira, sendo forçado a pedir demissão em 1907. Nunca pediu qualquer indenização pelo erro cometido contra ele.

caso dos “Irmãos Naves”³¹, fatos esses que trouxeram ao Estado moderno a consciência de riscos naturais e graves de um exercício não regrado do poder. Afinal, o exercício anômalo e sem peias de prerrogativas públicas faria pairar uma nuvem de incerteza sobre o próprio conceito de Estado de Direito.

Iniciou-se uma era de identificação do homem com o seu próximo, quando vítima de abusos do Estado. Afinal, em última análise, se alguém foi detido ilegalmente e submetido a tratamentos desumanos e violadores de seus mais básicos direitos, em tese, nada obstaría que isso fosse extensivo a todos, quando expostos a conjunturas similares. Daí, cada erro ou demasia do Estado servia como azo para afirmação histórica de instrumentos de represamento de seu poder. Leis que antes eram apenas nacionais passaram a ser adotadas em outros países, alcançando-se, após, jaez internacional, firmando-se Convenções e Tratados Internacionais para a defesa de Direitos, a exemplo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1984, as Convenções sobre Asilos Diplomático e Territoriais, ambas de 1954, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989.

³¹ O caso dos “Irmãos Naves” é uma das manchas mais graves do sistema penal brasileiro. Durante o Estado Novo, 1937, em Araguari, interior de Minas Gerais, os comerciantes Benedito Pereira Caetano, e os irmãos Sebastião José Naves e Joaquim Rosa Naves compram, em sociedade, um caminhão. O primeiro compra grande quantidade de arroz para vender na alta dos preços. Porém, ante a queda dos preços, ele contrai dívidas e precisa vender a carga, sobrando apenas noventa contos, o lucro da última venda de arroz, o que não basta para cobrir as dívidas. Com isso, ele foge da cidade de madrugada sem comunicar a ninguém. Os irmãos Naves comunicam o fato à polícia. Chega à cidade o Tenente Francisco Vieira dos Santos. Ele imagina que os irmãos poderiam ter matado Benedito para ficar com o dinheiro. Prende-os e, por meses a fio, usa a tortura para forçá-los a confessar, os quais assinam um documento nesse sentido. Também seus familiares, inclusive a genitora, são submetida a torturas. A resistência da mãe deles os inspira a declarar a verdade dos fatos ante o poder judiciário. Houve dois julgamentos em 1938, com a absolvição dos mesmos. O Tribunal do Júri de Minas Gerais, porém, reforma o veredicto, com a condenação a vinte e cinco anos de prisão. Após oito anos e três meses são postos em livramento condicional. Joaquim Naves morre por debilidades causadas pela tortura sofrida. Em 24 de julho de 1952, Benedito retorna à cidade, negando o conhecimento de todo o ocorrido. Em 1953, os Irmãos Naves são declarados inocentes, obtendo indenização após sete anos. O advogado do caso, João Alamy Filho, escreve na década de 60 um livro narrando todo o ocorrido, hoje encontrado com dificuldades para aquisição no mercado editorial brasileiro.

Merece destaque o influxo conferido ao direito internacional e a estruturação e fortalecimento de órgãos supranacionais de resguardo a lesões ao Homem. Por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou o Tribunal Internacional de Direitos Humanos. De igual sorte, as minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas foram objeto de preocupação por parte do Estado, numa perspectiva de reconhecimento a uma individualidade ínsita de que seriam portadoras. Aclarou-se a ideia de que o ser humano, por natureza, é um “ser-em-situação”³², apenas bem compreendido quando inserido num contexto social, histórico e econômico. Fatos como o conflito da Sérvia, a situação dos curdos, ou conflitos raciais na África indicaram a premência de uma regulamentação. Daí, ao direito interessaria um natural cuidado com tais grupos, o que restou expresso na Resolução n.º 47/135 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1992.

Há uma crescente preocupação com o ser humano. Mudou-se, porém, o enfoque hodierno. Antes, ao se coibir um abuso do Estado, cuidava-se de observar um fato local com repercussões isoladas. Hoje, consoante a gravidade das lesões, o próprio gênero humano é atingido, sendo trazido ao debate contemporâneo a ideia de “violência de gênero”, de que seriam vítimas grupos historicamente violados ou espoliados, como os afrobrasileiros, crianças, idosos, mulheres, notando-se uma preocupação em escala mundial quanto a um tratamento condigno a eles, o que pode ser visto na discussão acerca do respeito à mulher em determinados países árabes quando da adoção de práticas como a infibulação e outras. Sem olvidar a atuação do Tribunal Penal Internacional, criado através do Tratado de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998, competente para julgar os crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e agressão³³.

³² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback; Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006.

³³ Sobre a matéria, é de destacar obra de MAZZUOLI, Valério. **Tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Afirmam-se direitos, sendo notada a repercussão de protestos humanitários em casos graves. Tais fatos vêm a demonstrar que o conceito de direitos fundamentais hoje não mais se limita à defesa do homem perante o Estado. A partir do caso Lüth³⁴, na Alemanha, dentre outros julgamentos, viu-se que os mesmos são dotados de uma eficácia irradiante, impondo-se, inclusive, no âmbito de relações de natureza privada³⁵. E que o ser humano não há de ser defendido apenas do outrora grande Leviatã. Mas, ainda, de seu próximo, que pode ocasionar uma violação a seus direitos, por vezes de modo mais grave e relevante, exurgindo o conceito de uma ideia horizontal de direitos fundamentais, a permear todas as relações entre os homens, revelando-se num quadro de progressiva expansão no início do século XXI.

A ideia de repressão por parte do Estado não deve mais ser sustentada num prisma de respeito à mera legalidade. Antes, uma pessoa era condenada por roubar um pedaço de pão, ante a necessidade de respeito à norma como entidade abstrata e dotada de força vinculativa. Qualquer descumprimento da norma, ainda que ínfimo, caso não punido, fragilizaria o sistema como um todo. O simbolismo penal imperava. O sancionamento ocorria não em relação ao fato típico perpetrado, mas sobre o ser humano que estaria a minar a higidez do sistema. Enfim, um direito

³⁴ Um cineasta alemão, Veit Harlan, produziu muitos filmes contra os judeus durante a Alemanha nazista. Após a 2ª Guerra Mundial, ele se propôs a lançar um filme sem temática política, "Amada Imortal". Surgiu um movimento contra a obra encabeçado por Ernst Lüth, conclamando os "alemães decentes" a não assistir ao filme. O cineasta e empresário ajuizaram uma ação contra ele com base na lei civil alemã. Venceu em todas as instâncias. Daí, Lüth apresentou pedido de medida judicial ao Tribunal Constitucional da Alemanha arguindo violação ao direito de liberdade de expressão. Em 15 de Janeiro de 1958, houve decisão clássica, que firmou as bases da ideia moderna de Direitos Fundamentais, por exemplo, dimensão objetiva dos direitos fundamentais, eficácia horizontal, sendo eles aplicáveis em relações jurídicas envolvendo particulares e a necessidade de ponderação de colisão entre eles, assim como interpretação em vista das normas constitucionais. Sobre o caso Lüth ver ainda: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 263.

³⁵ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Organização: Leonardo Martins. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Maria Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Galdes Ferreira. Uruguaí: Fundação Konrad – Adenauer Stiftung, 2005.

penal de autor, não um direito penal dos fatos. Como destaca Roxin³⁶: “o que faz culpável aqui ao autor não é que haja cometido um delito, mas só que o autor seja ‘tal’ se converte em objeto de censura legal.”

Daí, a força e o reconhecimento que detinham no Brasil as antigas “medidas de segurança”, por exemplo, contra ébrios renitentes, ou a própria visão acerca do direito da infância e juventude, em que ao Poder Judiciário era reconhecido o poder de trabalhar por portarias, punindo-se diretamente o menor, como agente de risco à sociedade, olvidando-se, porém, que ele era fruto malformado dessa mesma sociedade, que lhe negou os mais básicos direitos para a sua sobrevivência, sendo a época de ouro de órgãos como a Fundação Estadual do Bem Estar do Menor (FEBEM), acreditando-se que a segregação de adolescentes fatalmente carreariam sua reinserção sadia no meio social. Haveria poderes mágicos na punição, numa visão orgânica de “proteção” às “pessoas de bem”, que não poderiam ter invadida sua esfera de realização individual e social.

Hoje se impõe o atendimento a uma impostergável constitucionalidade e respeito aos direitos humanos como legitimadores do exercício de qualquer poder punitivo. A situação da vítima foi resgatada nesse contexto. Exige-se uma demonstração de que o fato a reprimir tenha uma relevância perante o meio social, e seja reconhecido como tal pelos homens, atingindo valores relevantes a eles, como dignos de tutela. E, ademais, exige-se um “convencimento” da sociedade quanto ao punir, sendo revisitado o conceito de culpabilidade como juízo de reprovabilidade social de uma conduta. A ideia de “punir por punir” está em franco declínio e em desacordo com o senso comum de uma sociedade evoluída, ou que assim se acredita, em especial pelas estatísticas carcerárias a demonstrar que o cárcere tem opção preferencial por classes desfavorecidas socialmente, seja de bens, rendas ou poder social³⁷.

³⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I, Fundamentos, la estructura la teoría del delito. Traducción y notas de la 2 ed. Alemana Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2001, p. 177

³⁷ GARLAND, David. op. cit., 2008.

Uma cultura de repressão ao gueto, como retórica punitiva do pobre passou a não mais ser acatada³⁸. Em especial porque mascara e dissimula uma delinquência de mais alta envergadura, cujos efeitos deletérios assumem uma gravidade não apenas local, mas, por vezes, regional e transnacional, caracterizando o que está a ser conhecida como “Elite do Crime”, ou criminalidade organizada, portadora de uma capilaridade e inserção dentro do Estado Moderno, cuja teia de conexões, por vezes, chega a confundir o crime com esse mesmo Estado, ante o poder de que tais organizações são detentoras³⁹.

Dessa forma, punir é punir de modo justificado e racional, dentro de uma perspectiva de necessidade e finalidade social. E, o que é portador de grande relevo, sob a baliza de uma ideia de proporcionalidade, como balanceamento entre a violação do bem jurídico tutelado por esse mesmo Estado e a infração perpetrada. Todo poder, dessa forma, é e deve ser constitucionalizado.

Pune-se. Mas, pune-se com o respeito aos direitos fundamentais, num reclamo inafastável de eticidade, como fundamento último e legitimador. E isso desde a investigação até a comprovação do fato delituoso e sua autoria. Inclusive na execução da pena ao final implementada. Um poder absoluto e inconsequente hoje é rejeitado pelo mesmo corpo social cujos interesses o Estado visa a resguardar com o sistema penal. Daí, abusos como chacinas e execuções sumárias, antes anotados às margens da imprensa oficial, numa perspectiva de indiferença ou aceitação muda, hoje causam pejo ao Estado, e indicam um déficit no nível de sua juridicidade perante a comunidade internacional e órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos.

³⁸ WACQUANT, Loic. op. cit., 2004.

³⁹ COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. 5. ed. Rio de Janeiro: Manole, 2004.

2.6 O balanceamento de interesses e a proporcionalidade: processo dinâmico entre segurança e liberdade. A vedação da proteção deficiente

Toda pessoa tem o direito de estar e se sentir segura. E de acreditar que ao sair de casa em busca do bem estar e sustento próprio e de sua família voltará ao final do dia tendo resguardada sua incolumidade física e mental, e, de igual forma, seu patrimônio físico e moral. Um Estado que não é capaz de resguardar tais expectativas peca em seus mais primários deveres. Afinal, numa perspectiva clássica, a ideia de monopólio do uso institucional da força e de disciplinamento de condutas individuais em prol do interesse das demais pessoas é um dos apanágios do Estado, e é, inclusive, uma das pedras de base históricas do Estado moderno pós-feudal. Afinal, eis que interessava à burguesia então nascente a garantia de que seus negócios poderiam transcorrer num ambiente de respeito ao pactuado, isso num plano interno e também multinacional, o que pode ser resumido na ideia de “paz externa e interna”.

Num viés clássico, sem a garantia de que o fruto do trabalho seria usufruído por seu realizador inexisteria qualquer incentivo à produção e à livre iniciativa, gerando uma atitude de precarização do sistema de produção capitalista, hoje predominante na comunidade. Hoje as nações não vivem sozinhas. O conceito de soberania como afirmação absoluta de um Estado nacional perante os demais claudica no século XXI. Nenhum deles é inteiramente autossuficiente. Ao contrário. Com a globalização, há uma repartição informal de incumbências produtivas, com nações marcadamente geradoras de matérias-primas e outras produtoras de tecnologia ou comércio. Não sem razão, a tendência à criação de blocos econômicos reclama a democracia como regime de governo, inclusive como afiançadora do cumprimento das avenças negociais.

A segurança é um dos itens básicos a qualquer agenda governamental, sendo uma das maiores preocupações em qualquer planejamento nacional e em muitos casos um dos itens de liderança na

pauta de reivindicações da coletividade, seja em nações desenvolvidas ou emergentes. Porém, esse conceito há de ser redimensionado. Antes, esperava-se um direito repressor com maior incidência contra lesões ao patrimônio, entendido como um dos bens jurídicos mais ingentes. Um dos crimes punidos com maior rigor no Brasil é o roubo do qual advém o resultado morte, cuja pena mínima inicia em vinte anos. Da mesma forma se pode a extorsão mediante sequestro. Mais grave inclusive que o delito de homicídio qualificado, com sanção nitidamente inferior e cuja majoração exige fundamentação suficiente por parte do órgão judicial para a sua sustentação. A prisão e o sistema penal são vistos como a resposta eficiente para a realização de uma paz social e os direitos fundamentais e garantias processuais um mero obstáculo para o alcance desse desiderato. Gerava-se uma catarse social, uma sensação de tranquilidade como se algo tivesse alcançado seu estágio de conclusão e não mais existissem razões para temor.

A população, todavia, surpreendeu-se. Afinal, por mais que dezenas e dezenas de cárceres fossem instalados, ou novos crimes restassem tipificados, ainda que as condenações se amiudassem, a sensação de impotência e temor recrudescia. Como se acuados por um sistema repressivo de maior funcionalidade, os autores de delitos mais se organizavam. E inclusive a criminalidade não organizada era incrementada, ante o ocaso do Estado na realização satisfatória de deveres sociais básicos, como saúde, educação, moradia, previdência e assistência social.

Com isso, o mito da punição como atividade construtora de segurança social foi posto sob suspeita, máxime porque sob um sistema prisional indiferente à individualização da pena, aliado a uma indiferença quanto à sorte do egresso e acompanhamento em seu processo de ressocialização, plasmava-se um círculo vicioso em que o retorno ao cárcere era e é em muitos casos a estrada natural a ser percorrida pelo detento. Os órgãos componentes do sistema de justiça, por vezes, surpreendem-se ante casos de reincidência em crimes graves e não logram compreender como o encarcerado não haveria introjetado um ânimo de

“consertar sua vida” após anos e anos de prisão.

Dentro de tal visão parcial, está ausente a ilação clara de que, em regra, quase nada de bom se acrescentou à formação do recluso desde seu ingresso na penitenciária, um microcosmo de indiferença estatal com normas costumeiras específicas sem qualquer controle por parte do Estado de Direito, com submissão do envolvido a conjunturas de crueldade e aviltamento por parte de outros reclusos.

Isso trouxe um novo dado à discussão: a segurança não pode ou deve ser vista apenas sob o ponto de vista do encarceramento reiterado e cego. Por outro lado, a mera punição de desassistidos socialmente, predominantemente integrantes da classe baixa e média baixa, o que representa a grande maioria dos detentos hoje, não oculta a existência de graves delitos atingindo bens de grande relevância coletiva.

Afinal, organizações criminosas, diuturnamente se esmeram em perpetrar desvios de verbas e rendas públicas, crimes contra o sistema financeiro ou contra a ordem tributária, economia popular, ocasionando danos incalculáveis a nações e Estados ao redor do planeta. Atinge-se não apenas uma pessoa ou um grupo determinado, mas toda uma coletividade.

Em regra, tais delitos têm por autores pessoas com vultosa capacidade financeira, entranhadas dentro do organismo estatal, numa hierarquização e funções e tarefas, gizados por uma notável eficiência, com ramificações dentro do próprio sistema de Justiça criminal, desde a base de investigação processual penal. A conhecida “criminalidade do colarinho branco”, como se tornou conhecida, é um fenômeno trazido à baila e discussão apenas recentemente. E que traz indagações sensíveis ao direito moderno.

Um dos questionamentos envolve a necessidade de revisitar o conceito de princípio da proporcionalidade. Afinal, ele foi gerado em circunstâncias de resistência frente a abusos de direito por parte do Estado,

aproximando-se do conceito de vedação ao excesso e moderação no uso dos meios por parte do poder quando da realização de atividades, isso com o maior enfoque inicial em sede de direito administrativo, com posterior ampliação aos demais ramos jurídicos. Assim, sua gênese esteve presa a um contexto de resistência e de feição negativa por parte do poder público, no afã de adequação de posturas e respeito à dignidade humana.

Sucedo, porém, que a modernidade trouxe a conclusão que abusos são realizados não apenas quando de posturas comissivas ou positivas por parte do poder institucional. Quando existe uma postura de falta de atuação, ou em carência de atitudes direcionadas à real implementação de um direito, a inação passa a reverter numa ação de abuso, mas em sentido inverso. Daí, com o evoluir do constitucionalismo ganhou forças a ideia de um direito a prestações positivas por parte do Estado, numa perspectiva de constitucionalismo dirigente ou material, no escopo de realização de uma justiça material frente a direitos sociais. Com isso, haveria o dever não apenas de se evitar prisões abusivas, mas, ainda, de garantir que cada pessoa tivesse respeitado o seu direito à saúde por parte do poder público, como direito fundamental a prestações, o que poderia inclusive ser perseguido por meio de ordens judiciais específicas contra o órgão constitucionalmente responsável.

Isso pode ser aplicável na área de segurança pública. Afinal, é dever do Estado realizar os direitos fundamentais por meio da administração do sistema de justiça, velando para a inexistência de abusos de direito. Sucedo que tais abusos não vêm apenas do Poder Público, enquanto organização estatal. Há particulares e grupos de poder estruturalmente funcionais, com escopos ilícitos, que produzem danos de grande relevância a toda uma nação. Seja por meio de violação de normas penais relativas ao sistema financeiro nacional, previdência social, sistema de tributação, etc. Dessa forma, incumbe ao Estado laborar no sentido de assumir uma postura de cuidado com o interesse público e com o cidadão, alcançando uma nota de equilíbrio entre os direitos da comunidade quanto a segurança pública de um lado e, por outro, o daqueles que estão numa situação de ilicitude

perante esse mesmo Estado, os quais não perdem seus direitos por se encontrarem em tal situação, em vista do princípio do contraditório e ampla defesa constitucionalmente ressalvados.

O equilíbrio há de ser encontrado com respeito a todas as partes e interesses em discussão. Afinal, sob qualquer hipótese há de ser admitido o sacrifício absoluto de direitos conquistados historicamente, por meio da afirmação de direitos humanos. Há núcleos fortes que não podem ser objeto de discussão, sob pena de sacrificarmos o próprio Estado de Direito no afã de resguardá-lo. A isso não se há de prestar o direito. Pontos como o respeito ao contraditório, o direito à não-autoincriminação, a presença de advogados em atos judiciais e diversos aspectos relacionados à dignidade humana do investigado podem ser suplantados em prol dos interesses públicos, sob pena de instauração de um regime de exceção em seara processual sem justificativas plausíveis.

O que se propõe é apenas a atenção para casos-limite. Hipóteses em que é ferido um senso de justiça do homem médio, ao não se atentar para a relevância de valores em atrito no caso concreto. Há de se ter presente a necessidade de um “garantismo penal integral”. Fato relevante restou observado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a caso de pedofilia, cujo recurso foi levado ao conhecimento daquela Corte. Quando dessa decisão, a prova foi considerada ilícita porque oriunda de um crime contra o patrimônio, pois as fotos teriam sido subtraídas por terceiro que o estaria a extorquir para a referida entrega. Como o expediente não foi acolhido, o fato foi levado ao conhecimento das autoridades. Havia de um lado a presença de relevantes interesses quanto a graves delitos contra crianças indefesas e de outro o direito de uma pessoa que deliberadamente estava numa situação ilícita em sua própria conduta.

O princípio da proporcionalidade, em sua conceituação clássica, reclamaria três subprincípios, máximas ou dimensões: a adequação, isto é, a medida há de ser idônea para o resguardo do objetivo colimado, necessidade, isto é, o dano causado ao bem jurídico em questão há de ser

o mínimo possível, e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, no azo em que há o balanceamento entre os bens jurídicos em peleja, de modo a alcançar a melhor decisão ao caso concreto sob apreciação. A vedação de proteção deficiente está centrada fortemente no aspecto da “adequação”, ou seja, o dever de proporcionalidade estaria a reclamar que uma norma de direito penal estivesse apta a alcançar um adequado e necessário resguardo ao bem jurídico envolvido.

Assim, frente a um grave delito contra a dignidade sexual, por exemplo, o senso de justiça do homem médio estaria severamente ferido se ocorresse uma mera designação de audiência preliminar com a oferta imediata de pena restritiva de direitos a cominação de pena de multa. O equilíbrio entre insatisfação social com a conduta, ou, por outras palavras, um sentimento de justiça, e a repressão a determinado delito, há de manter uma sintonia, sob pena de descrédito do sistema de repressão e a conseqüente assunção de um sistema informal de repressão, por parte de grupos socialmente organizados, paralelamente ao Estado, fato que está a grassar em diversas localidades brasileiras, em que a própria autoridade policial é vista como “invasora”, pois absolutamente alheia à ordem de poderes vigente no núcleo social.

Urge que na linha de Robles⁴⁰ haja uma refundação da ética, sob uma ideia de responsabilidade de uma pessoa frente às demais. Em suas palavras, “devemos substituir, para isso, o princípio da felicidade pelo princípio da responsabilidade”, pois ainda com ele, a dignidade do ser humano não consistiria em que cada um reclamasse os seus direitos e que tudo lhe pareça pouco para afirmação de sua personalidade. Cada um deveria tomar para si os seus deveres como pessoa e cidadão e exigir de si o seu cumprimento diuturno. Complementa:

Os direitos só podem adquirir seu pleno sentido se entendidos em conexão com a ideia de auto-realização pessoal, e essa, por sua vez, não pode ser equiparada a um ‘fazer o que quero’, mas a um “fazer o que devo.”⁴¹

⁴⁰ ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p. 122.

⁴¹ Id. Ibid. 2005, p. 122.

Há um ressurgir moderno da conceituação de “deveres fundamentais”, como correlatos aos clássicos e já conhecidos direitos fundamentais. A fusão e dialética entre eles é uma realidade impostergável para o sadio desenvolvimento de qualquer Estado de Direito.

Em análise quanto à teoria dos deveres fundamentais, Nabais⁴² apresenta um conceito aproximado dos mesmos, delimitando-os como deveres jurídicos do homem e do cidadão com especial significado para a comunidade e que podem ser por esta exigidos. Num âmbito de certo paralelismo com os direitos fundamentais, seriam posições jurídicas passivas, autônomas, subjetivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.

Canotilho⁴³ expõe que o termo “deveres fundamentais” restou envolvido num manto de desconfiança, eis que restou utilizado em períodos históricos como o nazismo e em países sob o comunismo totalitário, caracterizados por uma hipertrofia de tais deveres. Porém, sob ventos democráticos, há um espaço fértil para a rediscussão de tão importante matéria.

Não se faz qualquer sociedade ou Estado organizado apenas com a perspectiva de afirmação irrestrita dos espaços de afirmação de seus componentes. Viver é coexistir. E ter direitos é partilhar direitos, pois a real conceituação do que cada um deles representa somente é alcançada numa perspectiva de partilha de responsabilidades oriundas desses mesmos direitos. Ser proporcional, doravante, não é apenas fazer com o que o Estado se contenha para a afirmação e realização dos direitos do indivíduo. De modo complementar, num espectro de racionalidade, impõe-se que esse mesmo Estado exija, por meio do procedimento adrede previsto, legal e constitucionalmente regrado, que cada um dos membros da sociedade cumpra suas obrigações para com os demais integrantes do corpo político.

⁴² NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra, Almedina, 2004, p.64.

⁴³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. op. cit. 2001, p. 517.

Surge, com isso a vertente do “princípio de vedação da proteção deficiente”. Como destaca Feldens⁴⁴, não se há de atritar direitos e deveres fundamentais, e sim lançar um novo conceito sobre a ideia de liberdade, compreendendo-a não como uma “emancipação anárquica”, mas com a certeza de que o seu exercício pessoal por qualquer cidadão pressupõe coexistência com os direitos dos demais, razão porque envolve e reclama necessariamente uma visão comunitária, no âmbito de uma cidadania responsável. E nesse contexto incumbe ao Estado, como centro da produção normativa estatal positiva, identificar as condutas que efetivamente lesem o corpo social ante a relevância de sua mácula a interesses constitucionalmente resguardáveis e criar os tipos penais cabíveis.

Na linha de pensamento de Streck⁴⁵, em seara penal o Estado pode frustrar o seu dever de proteção, não atuando de modo eficiente na salvaguarda de direitos fundamentais, quando fica aquém de patamares básicos de proteção ou deixando de agir em determinadas áreas relevantes.

A síntese entre ambos os conceitos de proporcionalidade é bem exposta ainda por Feldens⁴⁶. Segundo esse autor, o Estado não deve intervir de modo excessivo nos direitos fundamentais da pessoa afetada, o que seria debelado por meio da vertente tradicional do princípio da proporcionalidade; porém, a Constituição Federal traria deveres de resguardo ao Estado quanto à defesa das liberdades públicas contra o Estado, mas ainda quanto às demais pessoas, físicas e jurídicas, urgindo que a normatização sancionatória não pode ficar abaixo do mínimo que se deveria esperar de um Estado responsável.

⁴⁴ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 205.

⁴⁵ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 104.

⁴⁶ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direito humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 94.

Pulido⁴⁷ expõe, em suas palavras, que o princípio da proteção deficiente se refere a uma estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção.

Seria um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais com cuja aplicação pode ser determinado se um ato estatal causou a vulneração de um dever estatal de proteção. Fischer⁴⁸, em artigo sobre o que ele denomina de “garantismo penal integral”, busca trazer novas luzes às ideias de Ferrajoli⁴⁹ e expõe que:

[...] a tese central do *garantismo* está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e *também* coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. (grifos do autor).

Incumbiria assim ao Estado, quando da aplicação de direitos fundamentais, velar pela necessidade de garantir ao cidadão eficiência e segurança.

No contexto da presente pesquisa, o princípio da proteção deficiente adquire ingente relevância, pois representa importante marco de referência para uma nova visão quanto ao direito de punir, em respeito a uma teoria dos direitos fundamentais. Afinal, o trabalho de persecução penal não deve apenas ser visto tão somente sob o visor negativo de um Estado repressor que restringirá direitos do suspeito na busca de concretização de uma reprimenda anteriormente prevista. Há mais. Existe um interesse público no respeito à ordem normativa e confiabilidade das instituições.

Ao se apurar um delito respeitando os direitos do investigado, os indícios e provas então colhidos mais se aproximarão da necessária

⁴⁷ PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Tradução livre. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 807.

⁴⁸ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (Integral). In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 26-31.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. op. cit., 2004.

idoneidade para a reconstituição histórica dos fatos em análise. Quando há, por exemplo, a comprovação de um ato de tortura para obtenção de declaração de culpa perde diretamente o cidadão. Porém, perde ainda todo o Estado. Eis que presente tal odiosa conduta não se torna possível saber o grau de confiabilidade de qualquer das declarações apresentados, pois não se sabe onde ou quando o abuso foi iniciado. De igual sorte, perde a sentimento de justiça do cidadão, dentro de uma estrutura ética de simbolismo retórico do Estado, pois ao coonestar atitudes desse jaez, transmite-se a clara mensagem de que o direito a imperar naquele Estado vale somente aos administrados. E cria-se um espaço de imunização jurídica para o Estado-Administração, deslegitimando suas atividades nessa área.

O poder não se legitima apenas e tão somente pelas instituições públicas e toda uma estruturação administrativa a lhe apresentar uma realidade social visível, tornando a norma cogente, ainda que contra a vontade de seus destinatários. A ideia de que as normas jurídicas sempre e sempre seriam cumpridas por temor a uma sanção estatal é algo em descompasso com o moderno pensamento de direito.

Há necessidade de uma justificação racional seja para a sua criação, aprovação e eficácia, de modo que o povo traga em si a convicção de sua necessidade e da imposição moral de seu cumprimento. Sem isso, teremos sombras de leis e quimeras de penas, pois, ninguém se disporá sequer a colaborar com os sistemas de apuração delituosa. É por demais conhecida a realidade de pequenas localidades em que suspeitos com ingente poder político ou econômico se envolvem em delitos de natureza grave, ocasião em que há absoluta ausência de testemunhas ou declarantes, quedando-se o Estado na incapacidade de fazer valer uma legítima pretensão acusatória.

A postura ética do Estado no apurar é medida de sua legitimidade e confiabilidade de seus resultados, a ser perseguida pelo Estado no desempenho de seu múnus público. Sabendo que uma prova de natureza

ilícita trará um irrefragável prejuízo a toda a investigação surge a necessidade de uma postura firme e responsável por parte do órgão do Ministério Público: determinar a apuração de eventuais ilegalidades ocorridas, reconhecer o desserviço prestado pelos órgãos administrativos investigatórios e acompanhar de modo mais rigoroso o procedimento apuratório. Basta de um Estado em que abusos se convertem em regra ante a desculpa de falta de aparelhamento técnico dos órgãos administrativos de polícia.

A conduta de aceitar laudos viciados, provas obtidas por interceptações telefônicas sem autorização judicial, ou oriundas de invasão domiciliar sem ordem judicial em crimes de natureza não permanente trouxeram uma marca de abuso ao Estado Policial, tornando-o órfão de uma confiabilidade social por parte das camadas mais humildes da população. Causando ainda uma grave realidade: a aproximação de componentes da autoridade policial a núcleos de poder não estatal, dotados de maior poderio econômico ou político, em detrimento do Estado que lhes contrata.

Apresenta-se, desse modo, o quadro de investigações policiais que caminham com celeridade quando autores e vítimas ostentam determinado interesse social relevante, conjuntura hodiernamente combatida pelos órgãos de controle da atividade policial e pelo próprio Ministério Público no exercício de suas atividades de controle externo da atividade policial.

A necessária eticidade do agir investigatório reclama, dessa forma, a presença de uma proporcionalidade, como vedação à proteção deficiente. Sendo o titular da ação penal, incumbe ao Ministério Público estar adequadamente aparelhado para que seu trabalho seja efetivamente profícuo dentro de uma ideia de eficiência administrativa e idoneidade para a produção de resultados válidos e reconhecíveis dentro do processo penal democrático.

Ao agir de modo abusivo ou negligente com suas atribuições, suas conclusões quando da *opinio delicti* e as provas em que se embasou serão solapadas quando submetidas ao crivo do contraditório e ampla defesa, podendo, em casos extremos de erro de avaliação inescusável, carrear inclusive responsabilidade civil do Estado por Estado. E o mais grave: a reiterada incapacidade de gerar a aplicação do direito penal por meio de um processo pode descredenciar o próprio Estado em sua função de monopólio do uso privado da força. E trazer um recrudescimento da vingança privada, como forma idônea de pacificação social.

3 PRINCÍPIOS DA OPORTUNIDADE: O REVISITAR DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Um dos grandes debates do processo penal no início deste novo século é a sua existência e eficácia. Como serviço público imprescindível a qualquer Estado, seja de que forma ou regime jurídico se encontrar, a jurisdição penal está sendo questionada em pontos básicos, como legitimidade, operacionalidade e custos frente ao gasto estatal despendido para a sua manutenção. Tal questionamento é mais um dos grandes reflexos oriundos da configuração de poder em nível global, em especial na cultura ocidental, que é profícua ao reconhecer a diversidade política e de cultura e a premência de uma racionalização, em busca de resultados.

Havia uma forte presença de um componente simbólico no exercício do direito de punir, pelos mais distintos fundamentos. Seja com o objetivo de prevenção geral, isto é, fazer com que os atuais e futuros delinquentes fossem desencorajados de suas intenções ilícitas ao ver a punição de um malfeitor; seja sob um regime de prevenção particular, em que o realizado do crime deveria receber o sentimento represado de repulsa da comunidade por sua atitude, ou pelos mais variados fundamentos, era valiosa a conclusão de que a um ato previsto em normas de repressão penal, fatalmente corresponderia um agir com igual ou maior poder estatal, como resposta pronta e indiscutível direcionada ao apaziguamento e conforto dos membros respeitáveis e bem engajados do corpo comunitário.

Essa espécie de automatismo foi submetida a profundos questionamentos com o evoluir da ciência penal. Dentre outros, um que se destaca é o fato evidente de que por mais graves e implacáveis fossem as sanções penais infligidas, a criminalidade mais e mais evoluía, passando a envolver um nível de complexidade e sofisticação não encontradas em estágios históricos pretéritos.

Por outro lado, o fenômeno da criminalidade organizada assumiu um vulto notável, em especial ao longo do século XX, penetrando em setores do Estado, com ramificações no núcleo de tomada de decisão de muitos Estados, irradiando-se para a sociedade civil. Desse modo, tornou-se arcaica a ideia do criminoso como simples descuidista de carteiras. Baseados em critérios de distribuição de poder hierárquico, há sociedades ilícitas com um núcleo central de poder de um lado e na outra com pessoas que realizam crimes à primeira vista inofensivos, como pequenos traficantes de drogas, mas cujo proveito, numa escala macro, contribui para a subsistência de todo o edifício organizado. E ainda que pequeno infrator, o organismo final da cadeia, seja detido pelo Estado organizado, certamente não tem conhecimento da sistemática de funcionamento e dos valores relacionados em sua estrutura.

Em tal conjuntura, a ideia-base de prender todo e qualquer criminoso cedeu ante uma realidade multifacetada. Um olhar mais atento trouxe ao lume a constatação de que essa ideologia mascarava um componente seletivo. É dizer: ao usar limitados recursos humanos e de técnica para trabalhar de modo indiscriminado na prisão de todo e qualquer pequeno ladrão que, num momento de astúcia, subtrai uma carteira com parcos trocados, realiza-se uma opção clara por esse tipo de delito.

Toda escolha no âmbito da persecução penal é sempre excludente das outras opções que foram relegadas. Aliás, sempre existe escolha discricionária quanto aos fins de atuação no serviço público. E a escolha pela microcriminalidade foi a maisomezinha por muitas nações no decorrer da história do sistema de persecução penal.

Assim, em muitas cidades o bom administrador seria aquele com um rigor inflexível contra os delitos patrimoniais e os que fossem realizados pela camada mais humilde de sua população. Em verdade, o sistema penal foi sendo firmado por meio do direcionamento de seus canhões para os reconhecidamente desajustados, seja por carência de recursos materiais, divergências políticas para com o poder dominante, ou até mesmo os loucos

de toda espécie, que passaram a sintetizar o modelo do ser humano perigoso para o sistema, em vista de sua imprevisibilidade e insegurança quanto a suas atitudes.

Concentrou-se, com isso, a atividade de persecução nas mãos daqueles que diariamente conviviam com tais pessoas, os responsáveis pelas atividades de polícia e manutenção da conhecida ordem pública. O sistema penal adotou um caráter poroso, guardando em suas malhas acentuadamente quem não detinha poder econômico ou político para evitá-lo.

Essa conjuntura foi refletida nos órgãos do sistema de justiça criminal de muitos Estados, tornando-os imbuídos de uma ideologia que ainda perdura fortemente, transmitindo-se ao longo dos anos, a qual pode ser resumida na seguinte assertiva: aos delitos há de corresponder necessariamente um processo penal, como decorrência lógica e impostergável de sua existência. A existência ou não de um ilícito penal é questão a ser cogitada e decidida pelo Poder Judiciário. A autoridade que se dispõe a investigar preliminares diretas do ocorrido ou o Ministério Público são ritos de passagem, preparatórios, com a função precípua de coligir dados e informações imprescindíveis para a identificação de elementos mínimos do crime.

Embora sedutora à primeira vista, essa linha de atuação vem sendo questionada por diversas nações a partir de dados básicos envolvendo custos e benefícios. Por exemplo, com receitas limitadas, é de se perguntar qual a razão de ocupar o organismo persecutório com a apuração de furtos sem qualquer nota de violência ou ameaça a vítima, quando o dano subjacente gerado pelo crime é inteiramente desproporcional aos gastos com a tramitação normal do processo. Ou ainda nos casos em que a vítima possui interesse direto em apenas realizar uma composição administrativa com o autor do fato, sequer tencionando se dirigir à autoridade policial mais próxima para registrar o ocorrido.

Garapon⁵⁰, ao analisar a figura do juiz e de sua função no moderno estado constitucional, diz que está a surgir uma nova feição do ato de julgar, o qual deve levar em conta a racionalização das escolhas orçamentárias, o que estaria em nítida relação com a crise do estado provedor. Alcançou-se uma fase de “desburocratização” do social e da justiça, que se traduziria na preocupação de restituir parte da soberania à sociedade civil e exigir de órgãos nobres, a exemplo do Ministério Público, contas pelo seu trabalho. Uma nova racionalidade jurídica estaria vocacionada à efetividade e ao realismo, devendo ser mais empírica que racional. É o despertar de uma nova, nas palavras do autor, “economia política da autoridade”, pois não mais existem meios de fazer com que decisões autoritárias e partidas do centro sejam executadas de modo meramente voluntarista.

Sob outro aspecto, nota-se que ao mesmo tempo em que toda uma repartição policial fica empenhada em apurar e identificar a autoria de crimes de menor potencialidade contra o patrimônio, toda uma rede de ilicitudes grassa sob as suas vistas ocupadas. Os órgãos do Ministério Público, então, quedam assoberbados por pilhas e pilhas de inquéritos policiais de valores e relevância pública ínfimos, sendo constrangidos a movimentar o Poder Judiciário que, por sua vez, ocupa todos os dias de uma semana para seguidas audiências em que se confirmam os depoimentos das vítimas, testemunhas e o interrogatório dos suspeitos que, ante a farta prova colhida, não mais fazem que se limitar a um silêncio constitucionalmente garantido ou a uma negativa incapaz de gerar dúvidas ante o material colhido extrajudicialmente, quando não se segue uma confirmação categórica do fato, prevendo o benefício de uma atenuante.

Outro fato assaz encontrado nos sistemas criminais da atualidade: ante o volume de pequenos inquéritos, quase não remanesce à autoridade policial e ao Ministério Público espaço e logística para identificação de delitos idôneos para lesionar toda uma sociedade. É o que se vê em casos

⁵⁰ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 241.

envolvendo crimes contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro, crimes de responsabilidade, enfim, a macrocriminalidade, que passa despercebida para o cidadão assalariado, mas não para o Estado como instituição. Tal indiferença do cidadão comum para esses delitos faz com que os detentores do poder político não se esmerem em dotar os órgãos competentes do material indispensável para o seu acompanhamento, ante a demanda social reduzida por tais investimentos. Isso redundará num círculo vicioso que culmina num quadro de transformação do Estado brasileiro num recanto privilegiado para tais ocorrências.

Isso gera ainda mais um efeito colateral: ante a ausência de material suficiente e sistemas logísticos de investigação a longo prazo muitas iniciais acusatórias são apresentadas e processos criminais instaurados. Mas, a deficiência de material probante revela a incapacidade de se alcançar uma sentença penal condenatória. E, ainda quando ela surge, o prazo para a sua confirmação pelos tribunais e a pleora de recursos gera no cidadão comum um quadro de desânimo e alheamento, minando a confiança em valores éticos básicos. Alimenta-se, com isso, todo um subsistema de criminalidade organizada, de perfil mais expedito e célere, cooptando em especial as camadas mais humildes da população, construindo uma espécie de Estado paralelo, com regras costumeiras e poder de intimidação que rivalizam com o Estado de Direito, que o suplanta em estrutura logística.

Em obra clássica, Coleman⁵¹ analisa a criminalidade organizada, em especial os delitos conhecidos como “crimes do colarinho branco”. Diz que foi realizada uma pesquisa com Promotores distritais da Califórnia em 1987. Eles disseram que apesar de reconhecerem que os delitos em questão estavam sob sua responsabilidade, dedicavam pouquíssimo tempo a eles. Em investigação posterior pelo mesmo grupo de pesquisadores, um quarto dos Promotores Municipais disse que o número de processos havia aumentado. Mas, somente 6% das corporações processadas em matéria

⁵¹ COLEMAN, James William. op. cit., 2005, p. 246.

ambiental estariam entre as quinhentas maiores empresas dos Estados Unidos, embora se estimasse que dois terços delas violassem tais normas. Ainda expõe que um sério entrave na apuração de crime de “colarinho branco” é que os membros do Ministério Público daquele país, a exemplo do Brasil, são avaliados por estatísticas. Daí, é mais interessante levar ao judiciário casos em que a condenação seria garantida e evitar, se possível, contra réus poderosos.

Crescem, dessa forma, num universo meramente simbólico, as estatísticas de produtividade do sistema criminal, apegadas a uma microcriminalidade, e os contribuintes, que o sustentam por meio de uma carga tributária em regra escorchante, não compreendem como apesar de tanto labor dia a dia nos foros mais e mais pessoas são vítimas de crimes e o sistema não responde tais conflitos à altura. Daí, ante o desamparo oferecido pelo Estado organizado, a cadeia de violência se dissemina a partir do cidadão comum, gerando fenômenos da história recente, como a legítima defesa patrimonial em que assaltantes são mortos por suas vítimas, menores são mortos por grupos de extermínio nas grandes capitais.

Essa postura não mais atende aos reclamos de uma pós-modernidade constitucionalmente esclarecida ou em vias de sê-lo. Daí, são vistos diariamente protestos pelo agravamento de sanções penais, contratação de mais profissionais para a persecução penal, cujo reflexo mais claro não é enfrentado diretamente pelos setores responsável pelo sistema de repressão criminal: o esgotamento de um sistema que se propõe a investigar e punir indiscriminadamente qualquer ilícito ocorrido na sociedade, sem eleger escalas de prioridade e direcionamento institucional. Tomando em consideração que a cada dia é maior a escassez de recursos econômicos, assim como o número de pessoas alheias ao mercado de consumo formal e informal, e mínguas as receitas públicas ante o sempre crescente nível de exigências sob o encargo do Estado é forçoso crer na necessidade de repensar o sistema punitivo.

Giacomolli⁵² discorre com profundidade acerca dos fundamentos do princípio da oportunidade, destacando que, por meio dela, haveria um “fortalecimento da dignidade da pessoa humana”, ao se evitar que sobre ela recaísse o estigma da persecução penal por fatos não relevantes para tal escopo, seguindo-se, ainda, um “maior relevo à pessoa da vítima”, eis que ela assumiria um papel de maior destaque no processo penal, viabilizando-se que, por meio de acordos, ou de uma justiça de conciliação, ela alcance a sensação de resgate de seus bens jurídicos aviltados pelo autor do fato ilícito.

Ainda uma “incidência proporcional” do *jus puniendi*, pois, o sistema penal, de caráter sancionatório marcadamente abstrato, em regra, concentra toda a escolha do quantum de pena na figura do magistrado, havendo reduzida margem para uma adequação ao caso específico, o que se torna mais factível por meio da aplicação do sistema de oportunidade, ainda se detectando um “tratamento integrador, restaurativo e preventivo”, eis que já é reconhecido que em muitos delitos sem violência ou grave ameaça, a submissão do autuado a medidas de restrição a seus direitos individuais, conjugadas com o fortalecimento acerca da consciência de seu ilícito e o ensejo de que, cômico dele, haja uma forma de reintegrar-se ao corpo social que abstratamente lesionou com sua atitude, impulsionam-lhe a não mais delinquir.

Garapon⁵³ muito contribui para a questão. E, por fim, uma “adequação à finalística processual”, eis que a lide penal tem, segundo o autor, por um de seus grandes escopos, o alcance da paz social, que restou abalada com a postura delituosa cometida pelo sujeito violando bens jurídicos de reconhecida relevância para a coletividade. Gera-se um quadro de tensão social e exposição da situação do apenado e da vítima. Daí, ao ser capaz de gerar uma resposta rápida e capaz de processar todo o

⁵² GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.79.

⁵³ GARAPON, Antoine. op. cit., 1999, p. 221. Segundo ele, o sofrimento imposto pela só tem sentido dentro da perspectiva de reinscrição do simbólico. Se se quiser ajudar alguém a se reinserir, a primeira coisa é fazer com que ela reconheça o seu desvio.

ocorrido sob uma perspectiva sistêmica, com satisfação, tanto quanto possível, da vítima, do autor e comunidade, o sentimento de paz torna mais celeremente à comunidade.

Fernandes⁵⁴ expõe como uma evidência a admissão de certa discricionariedade quanto à atuação do Ministério Público frente a delitos mais leves ou em casos específicos onde não se apresenta um interesse maior em realizar a punição. Isso decorreria do aumento populacional e o aumento da criminalidade. Perseguir toda e qualquer ilicitude acarretaria um número infindável de juízes e promotores para dar conta da sobrecarga gerada. E expõe que tais fatos dão azo a uma discricionariedade por parte da autoridade policial. Há de se firmar o princípio da obrigatoriedade da ação penal não mais como um ponto de chegada do sistema processual penal. Mas, em verdade, uma linha de partida, em que a ideia abstrata de punição irrefreável e indiscutível é confrontada com um discurso de aplicação gerado por uma realidade fenomenológica deveras mais rica em limitações materiais e humanas.

O eminente autor ainda informa sobre a elaboração do Processo Penal tipo para a América Latina, em que se apresentam sugestões acerca da mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, em nota ao art. 230. Por exemplo, não oferta de acusação penal contra delitos com escassa culpabilidade, reduzido interesse público na persecução penal, em concurso de delitos a análise de casos em que a pena de um deles pode ser prescindida frente à que será aplicada aos demais.

Ibañez⁵⁵ expõe que a técnica da oportunidade, por si, não representaria uma “curasana” dos males do sistema penal. Mais do que imaginar que um ou outro critério forneceria uma solução fácil para o sistema penal, deve ser perscrutado quais as condições materiais de funcionamento do mesmo. Acredita que normas genéricas:

⁵⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 186.

⁵⁵ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Justicia penal, derechos e garantías**. Lima: Palestra Temis, 2007, p. 81.

El empleo de fórmulas legislativas de este género y de otras que seguramente cabría traer a colación, acompañado de una política despenalizadora de infracciones menores y de la adecuada redistribución de los recursos orgánicos, podría traducirse en una consistente mejora de la situación de la justicia penal, que también se vería muy favorecida por una agilización de la justicia civil.

Sobre o assunto, ainda concordamos com Prado⁵⁶, ao expor que a realidade põe o Ministério Público na possibilidade/necessidade de organizar seus recursos e aplicá-los: “na direção de políticas criminais democráticas, definidas com transparência e em documentos discutidos internamente e com representantes na comunidade.”

Essa seria a interpretação mais consentânea do art. 129 da Constituição Federal de 1988, ao permitir que, adotado esse procedimento, a comunidade tivesse conhecimento e se inteirasse de como o *parquet* alcançou o posicionamento acerca da oferta de denúncia-crime quanto a um caso e arquivamento quanto a outro, sempre e sempre, segundo o autor, tendo em vista os princípios da moralidade e impessoalidade. Sem olvidar que a ideia de acusação tem um forte jaez administrativo e, ao se relacionar com a legalidade herda toda uma sistemática pública em sua realização, impregnando-se de sua principiologia constitucional.

Há de se conferir destaque ao posicionamento de Ferrajoli⁵⁷ no sentido de recusar a ideia de que acordos ou transações seriam decorrência do método acusatório ou de um processo de partes, sendo a transposição de um ideário privatístico para dentro do processo penal. A negociação, para o ilustre doutrinador italiano, seria o oposto do contraditório, ínsito ao método acusatório, reclamando: “[...] práticas persuasórias consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição.”

Ele teme que a pactuação em sede de justiça penal produz uma grave perversão burocrática e policialesca e transforme o juízo em uma situação de luxo para os dispostos a arrostar despesas e riscos, reduzindo-

⁵⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 128.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. 2002, p. 600.

o a um jogo de azar, em que o suspeito é posto na situação de escolher entre a condenação com uma pena reduzida e o risco de um processo que pode findar numa absolvição, mas ainda numa pena mais grave.

3.1 Evolução histórica da discussão legalidade e oportunidade

A discussão entre o dever de promover a ação penal como imperativo ante a ocorrência de um crime e o poder de dispor da mesma em casos específicos acompanham a história do direito desde que o Estado tomou para si o poder de usar legitimamente da força de modo institucional.

Marchisio⁵⁸ realiza uma análise histórica da questão, desde a Grécia Clássica, expondo que nessa nação ocorreu a divisão entre delitos públicos e privados, havendo o que se convencionou chamar de acusação popular, pois qualquer cidadão lesionado por um delito público teria a capacidade de iniciar sua persecução. Porém, em certos casos, quando o fato ilícito colocava em risco a cidade, os seis últimos arcontes, chamados *thesmotestas* o denunciavam perante a Assembleia do Povo ou o Senado e estes nomeavam um cidadão para que providenciasse a acusação.

Em Roma, no período antigo, havia forte presença do princípio da legalidade, eis que os magistrados, com *Imperium* tinham sob sua responsabilidade a persecução penal, quando não era exercida diretamente pelo Rei, sob caráter inquisitivo. Na República, houve a conversão ao sistema das ações populares, em que os feitos eram iniciados por meio de “querelas” e eram julgados Centúrias, Assembleias Populares Mistas de patrícios e plebeus, e depois por jurados populares presididos por um Questor. Isto é, o poder de processamento do caso saiu do Estado para os cidadãos.

⁵⁸ MARCHISIO, Adrián. **Principio de oportunidad, ministerio público y politica criminal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 32.

Embora não houvesse penas expressas quando a lide penal não fosse iniciada, estavam previstas sanções para a desistência da que fora iniciada, o que se denominava de “tergiversação”. Ainda existia a *prevaricatio*, quando se dissimulavam ou ocultavam provas, em conluio com o acusado. E, por fim, a *calumnia*, quando ocorria uma decisão absolutória, mas o acusador tinha ciência de que a imputação não era verdadeira. Na Roma Imperial, ante o novo sistema de justiça, o poder de realizar os processos de punição retornou ao Monarca, quando então os cidadãos abandonaram os poderes de representação da comunidade. Surgiram, ainda, funcionários destinados a esse trabalho, surgindo um sistema de persecução penal pública que, após foi reafirmado com a Inquisição.

Segundo Marchisio⁵⁹, a Inquisição, nos seis séculos em que seu poder foi dominante, representou um grande momento histórico de afirmação do princípio da legalidade. Como não possuía uma forma de organização própria, utilizou a do direito romano imperial. Seu objetivo era cristalizar um modo particular de ver o mundo de seu tempo quando a aspectos religiosos e políticos, fortalecendo a monarquia e o papado. Seu início oficial ocorreu sob o Papa Inocêncio III e se destinava a analisar a conduta irregular de religiosos, evoluindo, posteriormente, para todo ser humano, tornando-o, doravante, não mais um sujeito do processo, mas objeto de prova, ante o fortalecimento do uso da tortura como meio de excelência para a construção probatória, pois a busca da verdade histórica tinha por objetivo a expiação do pecado.

Tal busca seria um dever ineludível da Igreja de então, pois a existência de uma grave falta no rebanho de cristãos representaria um foco de desestabilidade a todo o edifício espiritual e político. Reclama destaque a regulação do Tribunal do Santo Ofício, a impor a obrigatoriedade da denúncia ou delação, inclusive entre parentes próximos, punindo-se, inclusive o silêncio.

⁵⁹ MARCHISIO, Adrián. Op. cit. 2008, p. 32.

A utilização da tortura nesses casos, em regra, não tinha por objetivo a busca da verdade material, do fato efetivamente ocorrido, mas tão somente a confirmação de uma versão já construída por parte da investigação inquisitorial. E mesmo em tais casos não se pode olvidar um componente de oportunidade e discricionariedade no exercício de tais procedimentos, porém, não guiado por objetivos de racionalização ou customização de procedimentos. Mas, com o fito de resguardar um sistema de privilégios e garantia da manutenção de respeito para com a autoridade investigante.

Isso pode ser colhido da obra “o Manual dos Inquisidores”, de Pena e Emeric (*apud* MARCHISIO, 2008)⁶⁰, em que há uma advertência expressa no sentido de que não se deveria ser muito zeloso em perseguir a religiosos e sacerdotes, pois o processo a um sacerdote pode ser interpretado como um processo contra todo o clero; prudência também quando se há se perseguir notáveis, poderosos ou personagens ilustres. Cuidado com o perigo que o escândalo pôde causar no procedimento inquisitorial. E, por fim, mais vale não castigar aos inquisidores, pois, como ensina Santo Tomás, pois castigando-os é a instituição inquisitorial que sofre os efeitos e pouco a pouco não seria respeitada, nem temida pelo plebe imbecil.

Com o advento do iluminismo, e conseqüente reação ao sistema de apuração ocorrida no passado, houve repulsa quanto ao uso da tortura como instrumento de colheita de provas. No primeiro momento, buscou-se a introdução de um sistema minimamente acusatório, havendo, porém, muita força histórica do princípio inquisitivo, mantendo-se o primado da legalidade na persecução, o que se vê no Código Penal Austríaco de 1803, o Código Penal Bávaro de 1813 e *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1805.

⁶⁰ PENA, Francisco; EIMERIC, Nicolau. **El manual de los inquisidores**. Tradução do latim por Luis Sala Molins, Barcelona: Muchnik 1996, p. 224, *apud* MARCHISIO, Adrián. op. cit. 2008, p. 41.

Em meados do século XIX, porém, com a introdução do “Fiscal” no sistema judicial alemão, como responsável pela acusação criminal, houve o interesse que ele tivesse a possibilidade de renunciar à querela em casos de pouca transcendência. Desde 1848, nos territórios que haviam acolhido essa instituição, a ela foi cometido o monopólio exclusivo da acusação penal, mas não a obrigação de exercê-la em todos os casos. Todavia, com a introdução da Lei de Enjuiciamiento Criminal de 1877, firmou-se o princípio da legalidade como base do sistema, a fim de evitar que houvesse uma seleção de pessoas sobre as quais pairariam as lides penais, ante um clima de desconfiança gerada pelo critério de seletividade.

Segundo a pesquisa de Marchisio⁶¹, as primeiras críticas ao princípio da legalidade foram realizadas na sessão do *Reichtag*, de 26 de junho de 1875, pelo Deputado Gneist, em que ele afirmou solenemente que a persecução penal de todos os delitos, inclusive os mais insignificantes, em que nenhum interesse há a perseguir, fazem perder grande parte da utilidade do Ministério Público. Destacou que nessa época, por ano, a Prússia deixava de atender cerca de 140.000 casos. Houve crítica por parte de Schwarze e Struckmam, dizendo eles que se a conduta estava com previsão de sanções no Código Penal sempre haveria interesse público em puni-las. Em reforço, o Deputado Völk de Baviera declarou que se haveria em Prússia tantos fatos insignificantes sem adequado tratamento deveria ser modificado o Código Penal, com sua eliminação ou conversão em delitos de ação privada. Até lá, a punição seria impostergável, revelando-se, porém, o caráter polêmico da discussão.

Ao redor de 1888, ante a gravidade das discussões, elaborou-se um projeto para ampliar o rol de delitos de ação penal privada; porém, soçobrou o esforço. Formou-se uma Comissão de expertos em 1903 propondo a abertura ao princípio da oportunidade, mas, no momento da apresentação dos trabalhos no ano de 1909, não houve aceitação. O referido princípio foi inserido na Lei sobre os Tribunais para Jovens, em

⁶¹ MARCHISIO, Adrián, op. cit. 2008, p. 45.

1923. Daí, com as reformas de Emminger, por meio da Ordenação de 04 de Janeiro de 1924, houve a introdução da oportunidade na legislação para maiores através de seu art. 153.

Com o advento do Nazismo, houve uma ampliação de tal princípio, mas com o um escopo distante de uma racionalização procedimental. Por meio de uma legislação de 1942, autorizou-se que ainda nos casos de ação pública, por iniciativa, privada, o Ministério Público se abstinhasse de atuar, ainda que o processo já tivesse sido iniciado, se não existia interesse público na persecução. E para o arquivamento em tais condições seria prescindível a atuação judicial. Após esse período histórico, o primado da legalidade foi restabelecido, mas legislações posteriores trouxeram um novo espaço para o exercício de uma discricionariedade na ação penal, inclusive com incremento de casos de arquivamento sem revisão judicial.

Analisando o direito anglossaxão, notou-se um marcante traço de oportunidade no direito inglês, que privilegia uma atuação da vítima, em sede de processo penal, em direção a um sistema reparatório. O delito, porém, passou a albergar um conceito de ruptura da paz real, afirmando-se o direito da vítima e qualquer cidadão de noticiá-lo e dispor privadamente de sua persecução. Quando havia público em tal persecução, isso ocorria através de um acusador privado, que agia em nome do Rei. Ao contrário de outros países do continente europeu, instituiu-se a figura do “Jurado”, que inicialmente tinha um caráter inquisitivo, com posterior evolução para o quadro hodierno. Em 1879, surgiram os funcionários responsáveis pela acusação em nome do Rei, nascendo a “Oficina do Diretor de Persecução Penal Pública”. Tais funcionários gozavam da possibilidade de desistir da persecução iniciada por eles mesmos, assim como de particulares ante processos inconsistentes. Tal discricionariedade era mais utilizada para dar cabo a processos já iniciados, e não obstar o início de ações penais. Deve ser ressaltado, porém, que poucos casos eram investigados por instância do Fiscal Geral ou Oficina do Diretor Geral de Persecução Penal. Em sua maioria, os delitos eram apurados inicialmente pela autoridade policial ou trazidos a conhecimento por particulares.

O sistema foi trazido para as colônias americanas recém-descobertas. O crime tinha a ideologia de prejuízo direto às vítimas, e não à organização política, daí porque as primeiras é que competiam a incumbência dos custos para tal sistema. Isso trouxe uma ideia de vinculação do órgão encarregado pela persecução penal à comunidade em que exerce suas atribuições, perdendo em importância a dimensão nacional de um sistema de apuração de delitos. Como não há uma regra nacional que imponha a persecução penal de todos os delitos, o Ministério Público Federal norte-americano possui uma estrutura de coerência em suas atribuições por meio do conhecido “Manual do Fiscal Federal” (*United States Attorney,s Manual*). Em tal País, o princípio da oportunidade se apresenta como regra para a persecução penal.

O Poder Judiciário nos Estados Unidos, muitas vezes, limita-se a resguardar os direitos dos investigados e avaliar a prova colhida para o embasamento da ação penal, evitando que o direito de punir do Estado seja orientado para fins de perseguições raciais, religiosos e políticas, o que restou analisado no precedente *Wayte vs. United States*⁶², em que David Alan Wayte foi processado, em 1981, pelo fato de, abertamente, haver se oposto ao sistema de alistamento militar obrigatório nos Estados Unidos. E ainda incentivado a que diversos jovens norte-americanos não atendessem ao chamamento do Governo e se alistassem. Arguiu acusação seletiva, pois milhares de pessoas não foram processadas por tal fato, por conveniência do Governo dos Estados Unidos. Houve absolvição pela Suprema Corte, embora ele tenha sido processado pela ausência de registro, mas não pela conduta de haver politicamente se oposto à medida.

Ainda se vê o repúdio processos criminais quando são utilizados para sancionar quem estaria a exercer seus legítimos direitos, a exemplo do caso *Blackledge vs. Perry*⁶³ (1974), em que um detento na prisão da Carolina do Norte foi acusado de haver agredido outro com uma arma mortal

⁶² Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/470/598/case.html>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

⁶³ Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/417/21/case.html>>. Acesso em: 04 jun. 2010.

e condenado por isso. Na pendência do recurso, com o intuito de agravar a sua situação, o representante do Ministério Público apresentou um *indictment*, denúncia ao Grande Júri, em relação aos mesmos fatos, no sentido de que sua intenção não foi apenas a de agredir, mas de matar a vítima, tornando o delito mais grave. E realizou um acordo com ele. Decidiu-se que essa postura violou o devido processo legal. Em tal caso, a jurisdição haveria sido utilizada como forma de vingança contra alguém que exercera seu direito ao recurso.

Em muitos precedentes, o judiciário norte-americano proscribe a jurisdição penal nos casos de acusação seletiva (*Prosecution Seletive*), por exemplo, *State v. Zaccaro*, *State v. Angelucci*, ou acusação vingativa (*Prosecution Vindictive*), o que se viu, dentre outros, no famoso caso *Bordenkircher v. Hayes*, em que o Promotor ameaçou Hayes de processá-lo por um delito mais grave caso ele não aceitasse o acordo, *plea bargaining*, que lhe estava sendo apresentado. Há uma forte crítica a esse julgado por parte de Garapon e Papadopoulos⁶⁴.

O órgão do Ministério Público afirmou que se Hayes se considerasse culpado de um delito de falsificação de documento receberia uma pena de cinco anos de prisão. Em caso negativo, seria aplicada uma lei para criminosos reincidentes, o que traria a eventualidade de uma prisão perpétua. No momento em que ele se conscientizou que a “ameaça” não seria de responsabilidade do “prosecutor”, mas de uma decorrência de seus próprios antecedentes criminais, a aceitação do *plea bargaining* foi considerada isenta de vícios pela Corte.

Outro grande doutrinador norte-americano que tece fortes críticas à doutrina do *bargaining* é Bibas⁶⁵, o que apresenta à comunidade jurídica a ideia de que há uma efetiva exposição de inocentes a acordos com o

⁶⁴ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *common Law* em uma perspectiva comparada.** Tradução da Professora Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 62.

⁶⁵ BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. **Harvard Law Review**, n.8, v. 117. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=464880>. Acesso em: 7 jul. 2010.

Ministério Público, em que a responsabilidade pelo ilícito não estaria comprovada, gerando fortes questionamentos morais. Nos Estados Unidos, tomando-se por base a questão da responsabilidade do Ministério Público, ainda há o fenômeno do *prosecutorial misconduct*, como instrumento de defesa. Ocorre quando há arguição de um julgamento incorreto, ante violação a legislação, em vista de uma atitude inapropriada ou injusta, quando o órgão de acusação, por exemplo, teria conhecimento de falsidade testemunhal, com a efetiva utilização do meio probatório. Ainda podem ser citados fatos como falsificação de provas, torturas, agressões policiais, abuso sexual, perjúrio, suborno de testemunhas ou autoridades judiciais, etc. Deve ainda ser citado o notável estudo de Fisher⁶⁶ sobre o *bargaining*.

3.2 Princípio da oportunidade: direito comparado

Hoje, os grandes sistemas criminais do mundo podem ser distinguidos entre o maior ou menor poder conferido aos órgãos de acusação quanto à propositura e seguimento das ações penais, sob sua responsabilidade. Alguns deles, em especial os de matriz anglo-saxão admitem uma maior otimização de recursos públicos e caminham para a adoção do princípio da oportunidade. Enquanto outros, sob um perfil mais clássico, firmam-se numa postura de movimentação da máquina judiciária frente a crimes da mais variadas espécie, em homenagem ao princípio da legalidade, minorando sensivelmente os poderes de disposição dos órgãos responsável pela persecução penal.

Nota-se, porém, não mais ser possível realizar um corte nítido entre ambos os sistemas. Segue-se, então, rumo a uma dialética entre ambos, em que os sistemas tradicionalmente gizados pela legalidade estão a admitir a flexibilização da ação penal ante reclamos de agilidade e racionalidade da justiça penal. No caso brasileiro, nota-se o grande influxo ao movimento conciliatório a partir da Lei n.º 9.099/95, que instituiu os

⁶⁶ FISHER, Goerge. **Plea bargaining, s triumph**: a history of plea bargaining in America. Stanford, California: Stanford, University Press, 2003.

Juizados Especiais Cíveis e Criminais, competentes para análise, instrução e julgamento de contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo, inicialmente aqueles punidos com sanção até um ano, sendo tal limite ampliado por meio da Lei n.º 11.313/2006, que expurgou dúvidas de interpretação geradas com a publicação da Lei dos Juizados Especiais Federais, fixando como limite hermenêutico para que se considerassem como delitos de tal espécie aqueles com pena não superior a dois anos e as referidas contravenções. Ainda se pode identificar um tônus de oportunidade com a previsão no art. 89 da Lei n.º 9.099/95 do expediente da suspensão condicional do processo, mediante o sobrestamento do feito a crimes cuja pena mínima fosse igual ou inferior a um ano.

A tendência é o relacionamento material entre o princípio da legalidade e o da oportunidade, rumo a uma justiça efetiva e real nesse início de século, dotando os Estados de condições idôneas para a escolha de delitos que realmente atinjam o organismo social de modo grave, com a preferência por sanções que viabilizem, sempre que possível, a reinserção do envolvido no corpo social, reservando as penas privativas de liberdade a delitos imbuídos de maior periculosidade. E, por seu turno, conferindo uma liberdade responsável aos organismos públicos de persecução penal, com a superação de fronteiras nacionais, num labor conjunto entre os Ministérios Públicos das mais diversas nações. A criminalidade organizada está a assumir muitas vezes um caráter transnacional, sendo fadados ao insucesso qualquer planejamento sério de combate à criminalidade, que não tenha em vista o trabalho conjunto mundial. A Europa traz grandes perspectivas a essa questão.⁶⁷

⁶⁷ Exemplo de tal postura pode ser observado no Tratado de Lisboa, que alterou o Tratado da União Europeia e o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa, em 13 de dezembro de 2007. Ele consolidou diversos tratados e disposições multilaterais referentes ao mencionado bloco político, merecendo destaque o art. 69-E, segundo o qual, de modo a combater as infrações lesivas aos interesses financeiros da União Europeia, o Conselho, por meio de Regulamentos aprovados de acordo com um processo legislativo especial. Podem instituir uma Procuradoria Europeia, a partir do Eurojust. A nova “Fiscalia Europeia” seria competente para investigar, processar judicialmente e levar a julgamento, eventualmente em articulação com a Europol, autores e cúmplices das infrações lesivas aos interesses financeiros da União, exercendo perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros a ação pública referente a tais infrações. Ainda se destaca que o Conselho Europeu pode, em simultâneo ou posteriormente, tornar as atribuições da “Fiscalia Europeia” extensivas ao controle da criminalidade grave, com dimensão transfronteiriça.

Sob esse aspecto, mais do que distinguir entre sistemas de apuração de responsabilidade penal, urge que as mais diversas nações estejam preparadas para trazer à pauta política mecanismos para a construção de um conceito mínimo e acordado quanto à mais adequada forma de compreender esse fenômeno e dar respostas balizadas ao fenômeno criminal, balizadas pelo respeito à dignidade humana numa perspectiva mundial. Urge destacar a importância conferida à criação de tal órgão por parte do Chefe do Ministério Público da Espanha, o Fiscal General de Espanha, Conde Pumpido, em matéria divulgada no Jornal El País, de 03 de março de 2010⁶⁸. Seguindo-se matéria de 07 de maio de 2010⁶⁹, em que o Fiscal Geral afirmou que os ataques especulativos contra o Euro configurariam criminalidade organizada, indicando a necessidade da *Fiscalia Europea* para coibir tais fatos em nível global.

3.2.1 A oportunidade em Espanha

Na Espanha, não existe um espaço institucionalizado para o amplo exercício da oportunidade e do consenso. No âmbito do processo penal, existem institutos em que o réu, de modo unilateral, ou acordado com a acusação, pode manifestar o reconhecimento com a quantidade máxima da pena que é requerida pelo Ministério Público ou reconhecer, ainda na fase preliminar, ante o Juiz de Instrução, os fatos que deram início à investigação criminal e, dessa forma, alcançar um provimento judicial mais célere em relação ao prazo de tramitação normal.

No art. 650 da *Lei de Enjuiciamiento Criminal* da Espanha, de 1882, incumbe ao Ministério Público, ao ter ciência do cometimento de um ilícito penal adequadamente investigado em sua materialidade e autoria, qualificá-lo, limitando-se a determinar, em conclusões precisas e numeradas, os fatos puníveis que resultem do sumário, sua qualificação

⁶⁸ Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/espana/Fiscalia/impulsara/final/investigacion/colaboracion/ETA/FARC/elpepuesp/20100303elpepunac_12/Tes>. Acesso em: 4 jun. 2010.

⁶⁹ Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/economia/Fiscalia/ve/criminalidad/ataques/especulativos/elpepieco/20100507elpepieco_4/Tes>. Acesso em: 4 jun. 2010.

legal, indicando o delito abstratamente previsto na lei, a participação do envolvido ou envolvidos, os fatos agravantes e atenuantes, além de causas que excluam a responsabilidade criminal e as penas em que haja incorrido o indicado, em vista de sua participação no delito. Tal postura circunscreve a ação penal, viabilizando que o Judiciário tenha conhecimento da postulação ofertada em sua integralidade, assim como o acusado e possa adotar a melhor postura a seus interesses.

Daí, quando a acusação apresenta os fatos, seguindo-se a defesa, abre-se a possibilidade para que o responsável pelo delito concorde, juntamente com o seu advogado, com a pena mais grave solicitada, exercendo o que denomina “conformidade”, segundo previsão do art. 655 da precitada lei. Isso ocorre nos casos em que a pena não exceda à prevista para “prisão menor” ou “prisão correccional”, isto é, até seis anos, conforme indicado no art. 30 do Código Penal daquele país, segundo Giacomolli⁷⁰.

Na segunda parte desse artigo, é previsto que sendo desnecessária a prévia ratificação do suspeito, o Tribunal, sem mais trâmites, aplicará a sanção mutuamente acordada entre acusação e defesa, não se admitindo, porém, que seja imposta uma sanção maior que a pactuada. O órgão judicial, porém, pode discordar da qualificação adequada do fato, azo em que imporá a continuação do feito. Se ocorrer aceitação quanto à responsabilidade criminal, mas não a civil, é possível o encerramento da perquirição quanto a ela, ressaltando-se o seguimento do feito quanto à segunda parte.

Em 28 de dezembro de 1988, houve grande alteração no processo penal espanhol com a publicação da Lei Orgânica 7. Em sua justificativa, ela unificou os procedimentos para delitos menos graves previstos na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* e na *Ley Organica del Poder Judicial* (Lei 10/1980). Tal lei, em seu art. 6º, procedeu à mudança no Título III do Livro IV, da *Ley de Enjuiciamiento*, tratando do processo abreviado, indicando em

⁷⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. op. cit. 2006, p. 183.

seu novo art. 791 que ao ser aberto o Juízo Oral, se os acusados não tiverem feito uso de seu direito a nomear advogado, nem houver advogado nomeado, tal fato será saneado. Em seu item 3, há previsão de que no escrito de defesa, o réu, juntamente com seu advogado, poderá manifestar conformidade com os escritos de acusação que contenha pena mais grave. Isso ainda pode ocorrer por meio de petição subscrita conjuntamente com o Ministério Público.

No art. 793, item 3, já na fase do juízo oral, ainda é admitido que antes do início da produção probatória, a acusação e defesa, com a conformidade do réu, podem solicitar ao Juiz que realize, de logo, uma sentença em conformidade com o escrito de acusação que contenha pedido de sanção de maior gravidade, ou com o escrito que se apresenta nesse ato, o qual não pode se relacionar a fato distinto, nem conter qualificação mais grave que a prevista no escrito de acusação. Se a pena não exceder seis anos, o Tribunal sentenciará do modo requerido pelas partes. Porém, se a partir da descrição do fato aceito pelas partes, o Judiciário considerar que o mesmo carece de tipicidade penal ou que haja manifesta concorrência de qualquer circunstância determinante de isenção ou atenuação da pena, realizará sentença de acordo com o procedimento, com prévia audiência das partes realizada no ato.

A Lei n.º 38, de 24 de outubro de 2002, trouxe modificação para o dispositivo da conformidade. Deu nova redação ao Título II, do Livro IV da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, criando o procedimento abreviado para delito com previsão de pena privativa de liberdade até nove anos de prisão. No novo art. 784 da referida norma, que descreve os procedimentos iniciais para o processo de que trata essa lei, há menção no item 3 que no escrito de defesa, subscrito também pelo acusado, a defesa pode manifestar sua conformidade com a acusação nos termos previstos no art. 787 da LEC.

Outra disposição que merece análise, com aproximação ao princípio da oportunidade, é o arquivamento da ação penal. Em sistemas penais em que há maiores poderes ao órgão responsável pela acusação

para a formalização de acordos, tal expediente é o passo subsequente à negociação com o acusado, azo em que é submetido ao órgão judicial. Porém, na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* e na *Ley Orgânica* n.º 7, de 1988, nenhuma previsão específica existe quanto a isso. No art. 637 da *Lei de Enjuiciamiento*, o arquivamento ocorrerá de forma livre quando não haja indícios racionais de haver se realizado um fato que desse motivo à formação da causa, quando tal fato não constitua um delito, quando autores, cúmplices ou “acobertadores” estejam isentos de responsabilidade penal. O arquivamento pode ser provisório, porém, quando não reste devidamente justificada ou provada, a realização do delito que haja dado motivo à formação da causa ou, quando após o sumário, houver a realização de um delito e não hajam sido encontrados motivos suficientes para acusar determinada pessoa.

No art. 642 da *Lei de Enjuiciamiento Criminal*, se o Ministério Público pedir o arquivamento, segundo os arts. 637 e 640, e não haja acusador particular que sustente a acusação, antes de encerrar o feito, o órgão judicial poderá determinar que seja dado conhecimento da intenção do órgão acusador aos interessados no exercício da ação penal para que dentro de termo prudencial que lhes seja assinalado, possam comparecer e defender seus interesses, caso entendam oportuno. Não sendo localizados, haverá a intimação por edital. Superado o prazo sem manifestação, haverá o acatamento do pedido do órgão acusador. Na linha do art. 644, nos casos em que o Tribunal entenda por improcedente o pedido de arquivamento e não haja acusador particular, o pedido pode ser encaminhado ao Fiscal da Audiência Territorial respectiva para análise do requerimento, se se trata de uma audiência criminal, ou ao Fiscal Supremo, se se trata de uma Audiência Territorial. O Fiscal consultado apresentará a resolução ao Tribunal Consultante, com devolução da causa.

Ainda se constata, na Espanha, o instituto do “reconhecimento dos fatos”, segundo o art. 779, item 5, da *Lei de Enjuiciamiento Criminal*. Ele permite que logo quando da ocorrência de delitos, antes da fase do Juízo Oral, o autor do fato e seu advogado compareçam na presença do Juiz da

fase anterior, nos crimes com pena privativa de liberdade de até três anos e reconheçam o fato em questão. Em tais casos, haverá, de logo, a intimação do órgão do Ministério Público e as pessoas interessadas, de modo a consultar se eles formulam uma proposta de acusação em conformidade com o que haja sido apresentado. Se concordar, haverá diligências urgentes para os fins dos arts. 800 e 801 da Lei de *Enjuiciamiento*. Isto é, o *Juzgado de Guardia* analisará o que lhe seja apresentado e, como foi dito, se se tratar de delito com pena até três anos de prisão, ou multa de qualquer quantia, além de pena de distinta natureza cujo máximo não exceda dez anos, haverá a prolação de sentença imediata.

O art. 801, item 2, ainda prevê que o “Juzgado de Guardia” realizará o controle de tal procedimento. E se as partes manifestarem o desejo de não recorrer, ele declarará, oralmente, a “firmeza de la sentencia” e, caso se trata de pena privativa de liberdade, ele, de logo, analisará a suspensão ou substituição da mesma. Segundo Giacomolli⁷¹, o reconhecimento dos fatos é medida pouco utilizada, ante as lacunas legais, sendo o maior atrativo o encerramento rápido do feito.

Na Espanha, não se constata, em verdade, uma autêntica oportunidade na ação penal, mas a aceitação imediata da pena máxima oferecida pelo órgão do Ministério Público, ou o reconhecimento dos fatos antes de uma investigação mais aprofundada, em vista de um rápido encerramento do litígio.

3.2.2 A oportunidade em Portugal

Em Portugal, notamos uma forte presença do Ministério Público na investigação criminal, o que se denota do art. 263 de sua lei processual penal, a qual dita que a direção do inquérito lhe incumbe, assistindo pelos órgãos de polícia criminal, os quais atuam sob sua direta orientação e dependência funcional. O art. 270 enumera atos que podem ser delegados

⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José. op. cit. 2006, p. 248.

aos órgãos de polícia criminal, à exceção daqueles privativos do Juiz de Instrução. Alguns, porém, devem ser efetivados somente pelo Ministério Público: colheita de depoimentos juramentados, ordenar a efetivação de perícias, assistir exame suscetível de ofender o pudor da pessoa, ordenar ou autorizar revistas e buscas e quaisquer outros legalmente identificados sob sua incumbência específica. A delegação de competências é objeto de tratamento cuidadoso por parte da Procuradoria Geral da República, o que pode ser visto, dentre outros instrumentos, na Circular n.º 06/2002⁷².

Calado⁷³ ao analisar as funções do Ministério Público no âmbito dos princípios da oportunidade processual penal, destaca que a assunção da direção material da investigação penal seja entendida como “policarização” desse órgão, pois, segundo ele, nada teria haver com atividade policial a definição do rumo a seguir quanto às investigações dos crimes em causa num determinado processo-crime. Diz, porém ser a polícia judiciária: “[...] quem estará mais habilitada de o fazer da melhor forma, dada a experiência acumulada em todos os anos da sua existência.”

Conclui o autor suscitando uma não adequação legislativa face à realidade, pois a entidade que tem competência para a direção do inquérito não possuiria as ferramentas para se desincumbir desse mister da forma mais adequada. Mas, ao contrário, aquela que detém essas ferramentas não é a que o legislador expressamente conferiu competência, persistindo a dúvida se deverá a legislação prevalecer sobre a realidade ou vice-versa. Ou se deveria ser buscado um meio-termo, sendo o estado em que a situação estaria posta para discussão, no momento.

Portugal, nos últimos anos, tem manifestado um grande interesse na área de mediação de conflitos penais. Não se trata de um fato isolado. Em verdade, há todo o esforço da União Europeia no sentido da busca de meios alternativos para a resolução de conflitos, o que se denota do art. 10

⁷² Disponível em: <http://www.pgr.pt/circulares/textos/02_06.htm>. Acesso em: 14 jun. 2010.

⁷³ CALADO, António Marcos Ferreira. **Legalidade e oportunidade na investigação criminal**. Lisboa: Coimbra, 2009, p. 93.

da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia, Estatuto das Vítimas em Processo Penal, em que se dispôs que:

Os Estados-membros devem procurar promover a mediação nos processos penais para infrações para as quais considerem adequadas esse tipo de medidas e garantir que possam ser tomadas em consideração quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração que sejam obtidos através dessa mediação em processos penais. Inclusive no art. 17 desse texto havia a previsão da data de 22 de março de 2006 para a adoção de providências nesse sentido.⁷⁴

Com base nesse instrumento comunitário, foi publicada a Lei n.º 21, de 12 de junho de 2007, publicada na mesma data, que criou o sistema de mediação em processo penal. Pode ser utilizada em crime cuja iniciativa dependa de queixa ou acusação particular. Ela pode ter lugar em crimes que dependam somente de queixa quando se trate de crimes contra a pessoa ou patrimônio. Não pode, todavia, independentemente da natureza do crime, ser usada quando a pena máxima prevista supere cinco anos, ou em delito contra a liberdade ou autodeterminação sexual, peculato, corrupção ou tráfico de influência, quando o ofendido seja menor de dezesseis anos ou quando seja aplicado o procedimento sumário ou sumaríssimo.

Segundo o art. 11 dessa Lei, nos Juizados de Paz haverá um quadro de serviços de mediação, com uma lista constando o nome de pessoas habilitadas a exercer as funções de mediador penal, com referência a seu domicílio profissional, correio eletrônico, e número de telefone. Tais listas serão organizadas pelo Ministério da Justiça, que as atualizarão, organizarão e tornarão disponíveis ao Ministério Público, além de dispor do modo de sua confecção, sendo disponibilizadas na página oficial, não investindo o mediador na qualidade de agente, nem assegurando qualquer remuneração fixa por parte do Estado, embora o art. 13 mencione uma tabela de pagamento pelo serviço efetivo.

⁷⁴ Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:PT:PDF>> Acesso em: 7 jun. 2010.

O Ministério Público tem relevante papel na mediação. Segundo o art. 3º da Lei, em qualquer momento do inquérito, havendo indícios do delito e de autoria, caso ele entenda que ela atende e responde adequadamente às exigências de prevenção que o caso faça sentir, ele promove a designação de um mediador a partir das listas mencionadas, encaminhando a ele informações essenciais sobre o arguido, a vítima e descrição sumária do objeto do processo. Mas, caso vítima e suspeito apresentem pedido de mediação, o órgão ministerial, analisando se estão presentes os requisitos, designa um mediador, havendo a notificação de ambos acerca do encaminhamento do processo para mediação. Daí, o mediador mantém contato com autor e vítima, perquirindo acerca da presença das condições indispensáveis para essa atividade. Em caso positivo, eles assinam um termo de consentimento, revogável pelas partes a qualquer tempo (art. 4, item 2), com as regras aplicáveis, iniciando-se o processo. Caso não indicada a mediação, há uma comunicação ao Ministério Público, seguindo-se o processo.

Procura-se realizar uma aproximação entre autor e vítima, agindo o mediador nessa empreitada, na busca de um acordo de reparação dos danos causados pelo ilícito, de tal forma que isso contribua para a paz social, podendo ser chamados para a conciliação responsáveis civis e lesados, quando isso se revele útil para a boa resolução do dissenso. Insta destacar que o teor das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser utilizada como prova em sede judicial, nem o mediador pode servir de testemunha em processo relativo à matéria em questão (art. 1º, item 5), ficando o que foi tratada resguardado pelo segredo de justiça. Caso haja interesse das partes, elas podem se fazer acompanhar de advogado, ou advogado estagiário. Não se alcançando acordo algum, ou caso esse não seja ultimado em até três meses, há comunicação ao Ministério Público para seguimento da ação penal. Havendo chance considerável para se alcançar um acordo, o mediador pode solicitar ao Ministério Público a ampliação de tais prazos até dois meses.

Em caso de acordo, ele é subscrito e encaminhado pelo mediador ao Ministério Público, tramitando em caráter de urgência, podendo ser homologados por esse órgão no prazo de cinco dias, comunicando-se aos envolvidos por telefone, fax ou correio eletrônico. A subscrição do acordo carrega para o ofendido a desistência do direito de queixa. Mas, em caso de descumprimento do que haja sido resolvido, no prazo de um mês a queixa poderá ser renovada, com reabertura do inquérito. Quando o acordo restar entendido como inviável, por violação ao art. 6º da lei, será devolvido ao mediados e às partes para correção. Como causas prováveis da não-homologação, podem ser citadas a previsão de sanções privativas de liberdade, ou um cumprimento que possa se prolongar por mais de seis meses.

Houve regulamentação da atividade de mediação por intermédio das Portarias 68-A/2008, Portarias 68-B/2008 e Portarias 68-C/2008, respectivamente sobre modelo de notificação de envio para mediação, seleção de mediadores e Regulamento do sistema de mediação.

Ainda se observam, segundo Teixeira⁷⁵, as seguintes emanações do princípio da oportunidade em Portugal: a suspensão provisória do processo penal, a mais importante emanação do mesmo, em seu entender. Isto é, na linha do art. 281 do Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 78/87, de 17.02, republicado pela Lei n.º 48/2007, de 29.08), se o crime for punível com penal de prisão até cinco anos ou com sanção diversa, o Ministério Público, de ofício ou a pedido do atuado ou assistente, com a anuência do Juiz de Instrução, determina a suspensão do processo, mediante injunções e regras de conduta que não firam a dignidade do envolvido, dentre elas, indenização à vítima e satisfação moral a ela, não acompanhar, receber ou alojar determinadas pessoas, não residir em certos locais ou regiões. Tal decisão não é passível de impugnação (art. 281, 5). Inclusive tal suspensão é admissível nos processos por violência doméstica

⁷⁵ TEIXEIRA, Carlos Aderito. **Princípio da oportunidade**: manifestações em sede processual penal e sua conformidade jurídico-constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 41.

não agravada pelo resultado, quando de ausência de condenação ou suspensão anterior pelo mesmo fato.

O autor ainda menciona a isenção de pena, inserta no art. 74 do Código Penal Português, em que ao delito for aplicável pena não superior a seis meses ou só com multa não superior a 120 dias, o tribunal, se for o caso, pode realizar a sua condenação, não se seguindo, porém, a aplicação da pena, caso a ilicitude do fato ou a culpabilidade do agente forem diminutas, o dano houver sido reparado ou não se opuserem razões de prevenção à dispensa da pena. As normas gerais do art. 74 ainda são aplicáveis a qualquer regra do sistema jurídico que preveja referida a dispensa, a qual deverá respeitar as suas determinações.

Por fim, a instituição do processo sumaríssimo no art. 392 da Lei Processual Penal. É aplicável aos delitos com pena de prisão não superior a cinco anos ou apenas com multa. O Ministério Público, a instâncias do atuado, ou após tê-lo ouvido, entendendo que ao caso deve ser aplicada concretamente pena ou medida de segurança não privativa de liberdade, requer a sua aplicação mediante o procedimento sumaríssimo.

Segundo o art. 394, 2, o requerimento deve terminar com a indicação pelo Ministério Público de sanções concretamente propostas e da quantia exata a atribuir a título de reparação, se não for o caso de aplicação do art. 82, ou seja, a liquidação de sentença para averiguação dos danos. Conforme o art. 396, o arguido é notificado para manifestação no prazo de quinze dias. Sem manifestação tempestiva, o Juiz aplica a sanção, valendo o despacho judicial como sentença condenatória. Teixeira⁷⁶ menciona a existência de discussão sobre uma “pretensa falta do direito de impugnação ou defesa, embora a forma que o arguido dispõe para reagir seja a oposição ou não aceitação do acordo”.

⁷⁶ TEIXEIRA, Carlos Aderito. op. cit. 2006, p. 46.

3.2.3 A oportunidade na Alemanha

Na Alemanha, o Código de Processo Penal (STPO) possui disposição expressa quanto ao dever de atuação por parte do Ministério Público quando haja a presença de elementos indicativos da existência de um delito (§152, 2). E, segundo o §170, que trata do encerramento da investigação criminal, se as mesmas conduzirem a evidências de um delito, o órgão acusador submeterá a acusação a um tribunal competente. É dizer: em princípio, impera a ideia de legalidade da autuação penal, como garantia da manutenção do Estado de Direito.

Os §§ 160 e 161 são ainda mais específicos, ao declararem, segundo Mendroni⁷⁷ que tão logo haja notícia de realização de um delito, a Promotoria de Justiça deverá colher evidências a favor e contra o suspeito e que digam respeito à eventual propositura de ação penal pública. E inclusive tem o poder de exigir informações de todas as autoridades públicas e realizar averiguações de qualquer espécie. Inclusive os órgãos policiais estão obrigados a atender às suas exigências ou solicitações, tão logo realizadas.

Delmas-Marty⁷⁸ expõe que os membros do Ministério Público não ostentam as garantias dos magistrados juízes, nem do Estatuto dos funcionários públicos ordinários, embora pertençam ao Poder Executivo. O art. 146 da *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), a Lei de Organização Judiciária da Alemanha, dispõe que os Promotores de Justiça têm dever de obediência para com os Promotores-Chefe, devendo cumprir as orientações emanadas de seus superiores.

⁷⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, p. 126.

⁷⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12.

Roxin, Arzt e Tiedemann⁷⁹ dispõem que o princípio da legalidade é a complementação do monopólio da acusação, em prol do Ministério Público. Como ele deveria decidir se apresenta ou não uma ação penal contra alguém, ele deveria, por necessário, ser levado a necessariamente investigar, sob o risco de decisões arbitrárias, assegurando a uniformidade na aplicação do direito, garantindo a igualdade de todos perante a lei. Porém, há um leque de aberturas consideráveis para a flexibilização da legalidade estrita por meio do princípio da oportunidade.

Ainda segundo os autores, o princípio da legalidade haveria sido instituído com o Código de Processo Penal de 1877. Afinal, não era tão claro que o Estado devesse tomar a si a responsabilidade pela tutela dos cidadãos contra as agressões a bens jurídicos. Inclusive muitos ordenamentos jurídicos de antanho previam o instituto da autodefesa e de institutos como a rixa eram admitidas pelo Estado. Apenas com a Paz Perpétua de 1945, o Estado haveria exercido o monopólio da jurisdição, com vistas a uma ideia de retribuição pelo ilícito perpetrado. Porém, com o declínio dessa linha de entendimento, e o recrudescimento de uma criminalidade periférica, a flexibilização de uma obrigatoriedade irrestrita da ação penal tornou-se imperiosa.

A afirmação de um dever impostergável de acusação decorre de um componente histórico digno de nota. Como destaca Roxin⁸⁰, o direito penal no período do nacional-socialismo possui um notável componente deletério ao Estado de Direito. Segundo ele, a maioria de tais mudanças se prestaram sobretudo para os fins de destruição do Estado de Direito e sua transformação numa ditadura totalitária, que se pretendia assegurar juridicamente. Um exemplo característico pode ser visto na anulação do princípio clássico da legalidade penal através da Lei de 28 de junho de 1935. Com ela, os delitos deveriam ser punidos não apenas quando houvesse previsão legal típica, mas ainda quando “merece pena segundo a

⁷⁹ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Coord. e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 194.

⁸⁰ ROXIN, Claus. op. cit. 1997, p. 119.

ideia fundamental de uma lei penal e segundo o são sentimento popular”.

Toda a carga política que se espalhou no sistema penal germânico refletiu diretamente sobre o sistema de processo penal, atingindo órgão encarregado da persecução penal, o Ministério Público. Com isso, segundo Marchisio⁸¹, o princípio da legalidade restou abandonado, grassando a oportunidade sem limites claros, não com o escopo de racionalização, mas a título de abuso de poder. Assim, uma Regulamentação de 13 de agosto 1942 autorizou que nos casos de arquivamentos do § 153, item 2, com o feito em curso, restasse prescindível a análise judicial. O autor argentino ainda cita Regulamentação de 13 de dezembro de 1944 praticamente ceifou o princípio da legalidade, ao dizer que o Ministério Público poderia deixar de levar um caso a juízo quando isso não se fizesse necessário na guerra para a proteção do povo. Nesses casos, não mais era necessário recorrer ao conceito de insignificância para o arquivamento em vista de tais circunstâncias. Após o segundo conflito bélico mundial, a oportunidade voltou a ser regramento excepcional.

Ocorre que, em tempos de pós-guerra, houve maior incentivo ao tratamento negociado de questões penais, por influxo de uma visão pragmática do direito penal, em especial para a criminalidade de bagatela e nos casos em que não existe maior interesse público na persecução penal, sem menosprezo ao princípio da legalidade. O que pode ser encontrado nos §§ 153 e 154 da StPO.

Segundo Giacomolli⁸², “o principal paradigma consensual despenalizador, no direito alemão, é a suspensão do processo.”

Para Mendroni⁸³, a oportunidade regrada orienta a atuação do Ministério Público alemão, indicando os casos específicos em que a oportunidade tem incidência.

⁸¹ MARCHISIO, Adrián. op. cit. 2008, p. 45.

⁸² GIACOMOLLI, Nereu José. op. cit. 2006, p. 133.

⁸³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit. 2008, p. 149.

O §153 da StPO⁸⁴ dá conta que a ação pode deixar de ser apresentada em delitos de pequeno potencial ofensivo e sem interesse público. Ou o 153a, em que a acusação pode ser provisoriamente dispensada, através de uma suspensão, nos casos em que se efetivar uma reparação de danos suficiente, um pagamento de importância em favor de uma instituição de interesse público ou outras prestações de interesse comum, além de deveres alimentícios em valor a ser determinado. No art. 153b, indica-se o poder de tornar a ação penal prescindível quando se poderia, em tese, não aplicar a pena ou ainda desistir da ação, desde que até a data da sessão de julgamento. O 153c ainda traz a hipótese de desistência da ação penal nos casos de delitos praticados por estrangeiros.

O 153d traz ao lume hipóteses em que a desistência pode estar relacionada a questões de natureza política, quando o processamento possa gerar um grave prejuízo a República Federativa da Alemanha, ou se outros interesses públicos preponderantes do processo o recomendem. Em tais casos, caso o processo já tenha sido iniciado, o Procurador Geral poderá desistir da ação. E, por fim, segundo o art. 153e da StPO, a acusação pode analisando quanto à sua oportunidade nos casos em que se identifique um arrependimento eficaz do arguido, o que demandará análise do Poder Judiciário.

3.2.4 A oportunidade nos Estados Unidos

Os Estados Unidos representam, juntamente com a Inglaterra, um dos países em que ocorreu maior incentivo ao princípio da oportunidade, através de mecanismos de justiça negociada, conhecidos genericamente sob o nome de *plea bargaining*. Segundo Vogler⁸⁵, a Suprema Corte daquele país reconheceu que o mesmo é um componente essencial para a administração da justiça, o que se deu no julgamento do caso *Santobello v.*

⁸⁴ Texto em inglês da StPO. Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/statites/StPO.htm#151>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

⁸⁵ VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. In: **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 288.

New York, em 1971. Afinal, por seu intermédio o sistema judicial é habilitado para processar decisões mais rápidas, atendendo ao sentimento de justiça dos cidadãos, numa perspectiva de agilidade estatal. Destaca ainda que a justiça consensual representa o “coração da justiça norte-americana”⁸⁶, em que o arguido é visto como um sujeito ativo e não como uma simples peça no organismo repressivo.

Outrossim, respeita a essência do contraditório, pois os acordos refletem uma forte negociação entre o órgão de acusação e o suspeito, incluindo, por vezes, terceiros estranhos ao processo. Os vícios que podem contaminar o sistema ordinário da legalidade absoluta podem ainda estar próximos ao *bargaining*, com uma diferença notória, pois, em não se logrando a realização de um acordo, será retomado o curso de um processo penal com severas penas.

Como expõe Albergaria⁸⁷, há diversas formas de negociação nesse sistema. É tradicional a distinção entre o *charge bargaining* (ou *charge concession*), em que há uma negociação da própria imputação penal, em que o Ministério Público, em busca de uma confissão, compromete-se a pugnar por uma desclassificação para um delito com pena menos grave, o que pode ocorrer, por exemplo, de um *murder*, para *manslaughter* ou de *felony* para *misdeamour*, que é uma espécie de contravenção penal. Ou ainda, desconsiderar alguma acusação dentre as várias detectadas, para fins de construção do consenso.

Como segunda espécie, nota-se a *sentence bargaining* (ou *sentence concession*), em que, mantida a capitulação original, o acordo se realiza diretamente quanto ao montante da pena a ser imposta, a qual é objeto de recomendação pelo Ministério Público à autoridade sentenciante. Ainda existe a perspectiva de um amálgama entre os sistemas anteriores, o que sucede nos casos de uma desconsideração de alguns delitos dentre

⁸⁶ VOGLER, Richard. op. cit. 2002, p. 306.

⁸⁷ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007, p. 22.

uma sequencia e, quanto aos remanescentes, o acertamento quanto à sanção.

O campo de negociação entre acusação e o arguido é sumamente livre. Assim, por exemplo, ainda pode ser concertado que a pena será cumprida numa cadeia local, ao invés de num presídio, o encaminhamento a uma instituição médica para tratamento de dependentes químicos, a prisão preventiva ser descontada na sanção ao final aplicada. Ainda são mencionados o *contingence plea bargaining* e *package plea bargaining*, quando as declarações de um suspeito forem capazes de gerar a condenação de um co-autor no fato, ou quando existe a oferta de benefícios a um ou alguns dos suspeitos, sob a condição de todos confessarem.

Merece destaque a criação naquele país da *United States Sentencing Commission*, uma agência independente, pertencente ao Poder Judiciário Federal do Governo dos Estados Unidos. Incumbe a ela articular diretrizes para julgamentos nas Cortes Federais. Ela procedeu à criação do chamado *United States Federal Sentencing Guidelines*, diretrizes para a prolação de sentenças relacionadas a crimes graves (*felonies*) e às infrações, que, embora leves, assumam uma maior necessidade de repressão, não sendo aplicáveis aos delitos mais leves. A Comissão foi criada no ano de 1984 por meio da *Sentencing Reform Act*, no âmbito do *Comprehensive Crime Control Act*, do mesmo ano⁸⁸.

Em 2005, no julgamento de *United States v. Booker*, foi suscitado que as diretrizes, tais como postas legalmente, feririam a VI Emenda, no que diz respeito ao direito a julgamento pelo Júri, sendo excluídas as previsões que as tinham como cogentes. Quando do julgamento de *Blakely v. Washington*, foi trazido o reconhecimento de que as diretrizes eram apenas indicativas de atuação ao Poder Judiciário. E, ainda assim, as penas alcançadas seriam objeto análise por intermédio do sistema recursal.

⁸⁸ Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Sentencing_Commission>. Acesso em: 14 jun. 2010.

As diretrizes determinam que as sentenças devem estar orientadas, a título de sugestão, basicamente, pelos seguintes fatores: o comportamento associado com o dano, o que é dividido em quarenta e três níveis, além da vida pregressa de seu autor. Há uma tabulação sugestiva de pontos a serem considerados na proposta de sentença.⁸⁹

O sistema de Justiça negociada tem uma forte aplicação nos Estados Unidos, embora haja uma resistência doutrinária considerável quanto à sua aplicação, as quais são objeto de análise por Albergaria⁹⁰, por exemplo, erosão princípio acusatório, pois os fatos delituosos não mais são submetidos à análise e julgamento do Poder Judiciário, assumindo o Ministério Público um papel proeminente no sistema de aplicação penal. Isso recrudescer com as conhecidas *Feeney Amendment*, que tomaram o nome do Republicano que as apresentou, isto é, ocorreu uma limitação do Poder Judiciário para a imposição de penas abaixo das *guidelines*. Ocorre que tais vedações não atingem o poder de negociação autônomo dos órgãos acusadores.⁹¹

Ainda se ventila como óbice ao sistema do *plea bargaining*, a redução dos direitos do investigado, eis que o seu intuito mais notado é a obtenção de uma confissão, com posterior encerramento do caso, havendo a presença de um viés de coerção para a construção de tais acordos. A ideia do acordo compulsório foi afastada de *Bordenkicher v. Hayes*, pois o

⁸⁹ Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Sentencing_Guidelines>. Acesso em: 14 jun. 2010. Para o ano de 2009, as diretrizes podem ser encontradas no site: <http://www.ussc.gov/2009guid/tabcon09_1.htm>.

⁹⁰ ALBERGARIA, Pedro Soares de. Op. cit. 2007 p. 110.

⁹¹ Fato ainda a reforçar essa crítica ocorreu quando do julgamento de *Apprendi v. New Jersey*, no ano de 2000, conforme notícia de Albergaria⁹¹. Em 22 de dezembro de 2004, Charles Apprendi disparou várias vezes na direção da casa de uma família afro-americana que se mudara recentemente para o seu bairro. Confessou o delito, e inclusive declarou que a motivação derivava do fato de seus novos vizinhos serem negros e não desejar que eles ficassem no local. Porém, não se elencou no *indictment*, isto é, no indiciamento perante o *Grand Jury*, a motivação racional. Porém, no atendimento dos pedidos realizados pelo Ministério Público após o reconhecimento de alguns dos delitos no âmbito do acordo, por aplicação do instituto da *Preponderance of evidence*, o Juiz reconheceu na *sentence hearing* a motivação racial e agravou a pena. Houve recurso à Suprema Corte, ante violação ao devido processo legal, o qual restou acolhido. O efeito colateral de tal decisão foi o incremento dos poderes do Ministério Público para a realização de acordos prévios com suspeitos, evitando que os processos sejam encaminhados para julgamento.

vigor de argumentação do órgão de acusação para a realização do consenso foi considerado lícito, ante a presença de reincidência. Ainda são mencionados uma aplicação desigual das sanções penais, eis que o acordo finda por ser adaptado à situação pessoal de cada um dos autuados. Porém, tal falha seria imputável não exclusivamente à atuação do Ministério Público, o que poderia ser detectado quando de sentenças judiciais.

Enfim, uma desconformidade com os fins da pena, pois, sob determinadas circunstâncias, um homicídio pode ser punido mais ou menos gravemente, de acordo com as circunstâncias então reinantes no azo de realização do acordo. Quer dizer: não há um viso claro de retribuição e proporcionalidade com a conduta então realizada. É um fato que efetivamente põe à prova o reconhecimento do sistema de justiça negociada. Porém, as repercussões de tais acordos chegam a atingir que os membros do Ministério Público que os autorizam, os quais assumem os ônus políticos de sua realização.

Para Garapon e Papapoulos⁹², em análise ao sistema de *bargaining*, no processo penal norte-americano não basta o encaixe entre o relato do acusado e o Promotor. Ao contrário do sistema francês, o primordial não é somente a concordância entre os fatos, mas que ela seja acompanhada pela constatação de que se trata de um autêntico ato de vontade a envolver a renúncia a direitos, em especial a um julgamento público. Para os autores, o sistema seria uma ameaça para os inocentes, em vista do risco que se apresenta frente à contingência de um processo onde pode ser aplicada uma pena mais grave, o que atingiria em especial as pessoas não afetadas a uma cultura e vivência de ilicitudes. Ao revés do que se faria presente na mentalidade de criminosos contumazes, que se exporiam à incerteza de uma lide penal.

⁹² GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. op. cit. 2008, p. 54.

Reforçando as críticas ao *bargaining*, ainda se filia Schünemann⁹³. Ele declara que o sistema de negociação é utilizado em 95% dos casos do sistema criminal norte-americano, marchando triunfalmente para sua adesão em todo o mundo. Possui, todavia, consequências trágicas, pois, a persecução penal é encerrada na fase de investigação preparatória, em regra, sem contraditório sobre a prova colhida, em que a posição do suspeito é bem mais fragilizada. O *bargaining* teria surgido de uma confusão entre a perspectiva material e processual, entre norma de conduta e norma de sanção, encobrindo-se a necessidade do Estado inicialmente comprovar a conduta antijurídica e depois cogitar de apenar o envolvido. Daí, o Direito Penal seria levado, com a ajuda de uma ideia de verdade formal e ante a possibilidade de alcançar um acordo sobre a culpabilidade, a uma zona de autonomia privada, com presença marcante de Direito Civil, onde nunca teria estado presente sob qualquer forma.

3.2.5 A oportunidade na América Latina

Em muitos países de América Latina, o princípio da oportunidade tem se afirmado como uma medida de racionalidade no sistema penal acusatório.

A Colômbia é um desses exemplos, o que se vê por meio da Ley 906, de 31 de agosto de 2004, que a inseriu expressamente no Título V de sua Lei Processual Penal, a partir do art. 321, determinando que sua aplicação ocorrerá segundo a política criminal do Estado. É de logo afirmado o dever de legalidade da persecução penal, pois todo o crime deverá ser perseguido segundo a legislação pertinente, exceto quando de sua aplicação, o que pode gerar a suspensão, interrupção ou renúncia da persecução penal, a partir de decisão do Chefe do Ministério Público Nacional (*Fiscalía Geral de La Nación*).

⁹³ SCHÜNEMANN, Bernd. **El propio sistema de la teoría del delito**. SSRN – Social Science Research Network. Date Posted: June 11, 2009. New York. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416769>. Acesso em: 16 jul. 2010.

Por meio da Ley 1.312 de 2009, houve maior especificação desse princípio, com a inserção de um conceito legal no art. 323, especificando que o princípio da oportunidade é a faculdade constitucional que permite ao Ministério Público da Nação, embora haja fundamento para seguir com a persecução penal, suspendê-la, interrompê-la ou renunciar a ela, por razões de política criminal, segundo as causas taxativamente definidas em lei, com a regulamentação expedida pelo Fiscal Geral da Nação e submetido ao controle de sua legalidade perante o Juiz de Garantias. Trata-se de um procedimento submetido à apreciação judicial para a realização plena de seus efeitos.

No art. 324, com as alterações da Ley 1.312/2009, são apresentados os casos legais em que pode ocorrer, o que envolve:

- a) Delitos punidos com pena privativa de liberdade não superior a seis anos, ou com multa, sempre que haja reparação integral a uma vítima conhecida ou individualizada. Isso ainda é aplicado em caso de concurso de delitos, quando, individualmente, sejam cumpridos os limites previstos de pena. Se a reparação não ocorrer, o funcionário responsável poderá fixar uma caução pertinente, a título de reparação, após ouvida do Ministério Público;
- b) Quando pela conduta houver a entrega do suspeito a outro país por meio da extradição e ainda quando, ocorrida extradição, a sanção imposto no estrangeiro, com força de coisa julgada, faça carecer de importância a que seria impositivo na Colômbia;
- c) Quando o acusado, antes de se iniciar a audiência de julgamento, colabore de modo eficaz para que o delito continue ocorrendo, ou que se realizem outros, ou quando forneça informações eficazes para a desarticulação de grupos envolvidos com criminalidade organizada ou quando ele,

também antes do julgamento, comprometa-se a servir como testemunha contra os demais processados, em vista de imunidade total ou parcial. Os efeitos da oportunidade ficam suspensos até o depoimento, podendo ser revogados em caso de ausência do testemunho;

- d) Quando antes da audiência de julgamento haja sofrido, por meio de conduta culposa, dano físico ou moral grave, que torne desproporcional a aplicação de uma sanção ou no caso da mesma violar um sentimento de humanização da penal;
- e) Quando o procedimento seja suspenso em vista do cumprimento de condições com vistas a uma justiça restaurativa e haja cumprimento das medidas;
- f) Quando a realização do procedimento implique ameaça grave à segurança exterior do Estado;
- g) Em violação de bens jurídicos da administração pública ou reta administração da justiça, quando o bem jurídico foi pouco afetado ou quando a infração funcional tenha ou deva ter resposta adequada por meio de respostas institucionais ou medidas disciplinares correspondentes;
- h) Em crimes contra o patrimônio econômico, quando o bem atingido esteja em tão alto grau de deterioração em vista de seu titular, que a proteção genérica da lei faça mais custosa sua persecução penal e traga um reduzido e aleatório benefício;
- i) Em delitos culposos, quando os fatores do delito a qualifiquem como de reduzida significação jurídica ou social;

- j) quando a resposta penal, em vista de um juízo de reprovabilidade em vista da culpabilidade seja de tão secundária consideração que torne a sanção penal desnecessária e sem utilidade social;
- k) Quando se afetem minimamente bens coletivos, sempre e quando se dê reparação integral e se possa dizer que o fato não se repetirá;
- l) Quando a investigação do crime traga problemas sociais mais significativos, sempre e quando exista e se produza uma solução alternativa adequada aos interesses das vítimas. Estão excluídos da aplicação da oportunidade, porém, os chefes, organizações, promotores e financiadores do delito;
- m) Quando o delito tenha ocorrido mediante o excesso numa causa de justificação, se a desproporção significar um menor valor jurídico e social explicável no âmbito da culpabilidade;
- n) Quando quem haja emprestado o seu nome para aquisição ou apossamento de bens derivados da atividade de um grupo organizado à margem da lei ou narcotráfico entregue-os para o Fundo de Reparação das Vítimas, exceto quando se tratar de chefes, organizadores, diretores, promotores ou “cabeças” da organização;
- o) Em caso de grupos armados e organizados, à margem da lei, que hajam sido desmobilizados, e em que haja propósito de reintegrar-se à comunidade com atos inequívocos.

Segundo o art. 324, §2º, o princípio da oportunidade ainda pode ser aplicado a delitos que excedam seis anos, desde que isso se realize por ato do Fiscal Geral da Nação ou por quem receba delegação específica. Não há, porém, aplicação aos casos de graves infrações ao direito

internacional humanitário, crimes de guerra, genocídio, de lesa-humanidade, nem em condutas dolosas quando a vítima tenha menos de dezoito anos. Em redação primitiva, havia menção expressa à submissão dos crimes de genocídio ou crimes de lesa humanidade ao Estatuto de Roma. Porém, a Corte Constitucional determinou esse trecho inconstitucional, por meio da Sentença C-095, de 2007. De igual forma, não pode ser aplicado a suspeitos ou acusados que haja chegado a seus cargos públicos com apoio ou colaboração de grupos à margem da lei ou narcotráfico.

O art. 325 ainda prevê a suspensão do procedimento mediante o cumprimento de período de provas, desde que antes da audiência de julgamento, através de um pedido oral em que se apresente um plano de reparação de danos e condições que ele estaria disposto a cumprir, o que pode ocorrer por meio de mediação com as vítimas, dentro de uma ideia de justiça restaurativa. Apresentado o pedido, de modo individual ou coletivo, o órgão do Ministério Público consultará a vítima e decidirá de imediato, fixando as condições ou aprovando o plano apresentado. O período de prova será fixado pelo órgão ministerial e não pode ser superior a três anos, mediante condições previstas nas alíneas do art. 326, o que pode envolver ainda cooperação ativa para obstar o seguimento do delito.

Haverá o controle judicial, obrigatório e automático do princípio da oportunidade em cinco dias da decisão do Ministério Público, em audiência designada para esse fim, apenas se admitindo acordos dessa natureza, segundo o art. 327 quando haja um “[...] *mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.*”

Na Bolívia, há menção ao princípio da oportunidade no “Código de Procedimiento Penal”, em especial nos seus art. 21, nos casos de escassa relevância social, pela afetação mínima do bem jurídico protegido, quando o imputado haja sofrido um dano físico ou moral mais grave que a pena a ser imposta, quando a pena que se espera em vista de um delito carecer de importância em vista da pena por outro delito, quando seja previsto o perdão judicial, e nos casos em que a pena a ser imposta em processo

careça de interesse frente a outra que seja imposta em processo que tramita no estrangeiro e seja procedente a extradição. Nos casos de perdão judicial, consequências graves com o delito ou escassa relevância social, é imprescindível um acordo com a vítima ou reparação do dano. Os casos de extinção em vista da oportunidade são de natureza pessoal, exceto na hipótese de irrelevância social, em que haverá a extensão a todos os envolvidos. Nos arts. 23 e 24 há previsão de suspensão do processo a pedido das partes.

O art. 23 ainda prevê hipótese de conversão de ações, de pública para privada, a pedido das vítimas, nos casos de delitos patrimoniais ou culposos quando não haja resultado morte, nem haja interesse público gravemente comprometido ou quando a ação penal demandar iniciativa da parte, e nos casos de delitos de escassa relevância social previstos como hipótese de aplicação do princípio da oportunidade quando vítima ou querelante hajam oferecido oposição à aplicação do princípio. Nesse derradeiro caso, a decisão é do Juiz de Instrução, enquanto nos demais incumbe ao Fiscal do Distrito, ou a quem ele delegue a atribuição.

No Chile, conforme a Ley 19.696, de 12 de outubro de 2000, há previsão expressa do princípio da oportunidade em seu art. 170. Segundo ele, os membros do Ministério Público poderão não iniciar a ação penal ou obstar o seguimento da iniciada quando o fato não comprometer gravemente o interesse público, exceto se a pena mínima prevista exceder à prevista para *presidio o reclusión menores em su grado mínimo* ou o crime haja sido realizado por funcionário público no exercício de suas funções. Segundo o art. 56 do Código Penal de La Republica de Chile, em seu art. 56, as penas de “Presidio Menor” ou “Reclusão em Grau Mínimo” seriam de 61 a 540 dias.

Nesses casos, o órgão do Ministério Público profere uma decisão motivada que é encaminhada ao Juiz de Garantias, que, por sua vez, comunica aos intervenientes, caso haja. No prazo de 10 dias, o Juiz, de ofício ou a pedido de qualquer dos intervenientes, pode torná-la sem efeito

quando entender que ele excedeu suas atribuições ou ocorreu violação dos requisitos legais. Também a deixará sem efeito quando, no mesmo prazo, a vítima manifestar, de qualquer modo, o interesse ou início da ação penal. Tal decisão obrigará ao órgão do Ministério Público a proceder à ação. Após o prazo, ou caso o Juiz discorde do pedido, os intervenientes têm dez dias para solicitar providências das autoridades superiores do Ministério Público, que analisam a conduta do órgão ministerial.

Na Argentina, segundo Marchisio⁹⁴, houve grande incentivo ao princípio da oportunidade a partir da publicação da Ley 12.061, que aprovou a Lei do Ministério Público da Província de Buenos Aires, com a concentração das atividades de investigação policial no órgão do Ministério Público. Em seu art. 38, quanto às funções do “Fiscal”, é previsto que ele deve propiciar e promover a utilização de todos os mecanismos de mediação e conciliação que permitam a solução pacífica dos conflitos.

Assim como no art. 174 da Constituição da Província de Buenos Aires, em que se determina que a lei estabelecerá para as causas de menor quantia e similares um procedimento predominantemente oral que garanta a informalidade, celeridade, imediação, acessibilidade e economia processual, procurando-se, preferencialmente, a conciliação. Ainda podem ser lembradas regras sobre delitos sexuais inseridas no art. 132 do Código Penal da Argentina, com base na Ley 25.087, de 07 de maio de 1999 (Delitos contra a Integridade Sexual).

Com isso, nos delitos previstos a vítima pode provocar o início da ação penal pública com o assessoramento ou representação de instituições públicas ou privadas sem fim de lucro de proteção ou ajuda às vítimas. Se ela foi maior de dezesseis anos pode apresentar uma conciliação com o imputado. O Tribunal ainda pode, excepcionalmente, aceitar a proposta que haja sido livremente formulada e em condições de plena igualdade, quando em consideração à especial e comprovada relação afetiva preexistente

⁹⁴ MARCHISIO, Adrián. op. cit. 2008, p. 147.

considere que é um modo mais equitativo de harmonizar o conflito com o melhor resguardo do interesse da vítima. Nesses casos, a ação penal será extinta.

Ainda podem ser mencionadas a *Ley de Protección Integral de la Niñez de La Provincia del Neuquén* (1999), referente à responsabilidade dos menores, a situação dos arrependidos na Ley Antiterrorismo 25.241 (2000), a *Política de Flexibilización em Materia Tributaria* (2001), a *Ley de Mediación da Provincia del Chaco* (2001), em que no art. 4º é prevista a mediação penal para delitos que têm pena máxima de seis anos, culposos em geral e apenas com inabilitação ou multa, assim como contravenções, a proteção favorecida para os arrependidos por delito de sequestro (Ley 25.742/2003), que acrescentou um novo parágrafo ao art. 41 do Código Penal, com a redução de pena de um terço à metade.

Com base na experiência da Província do Chaco, ainda houve a publicação das Ley 3.987/2005, acerca do sistema de mediação para Província de Rio Negro e a Ley 13.433, sancionada em 2005 para a de Buenos Aires, em que a aplicação ficará sob o encargo das *Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos Departamentales*. Elas podem tratar de assuntos de família, causas de conteúdo patrimonial e delitos quando a pena máxima não exceder a seis anos.

Não será aplicada, porém, quando as vítimas forem menores de idade, exceto nos casos de: a) delitos relacionados a descumprimento dos deveres de assistência familiar, por exemplo, pagamento de pensões alimentícias; e b) impedimento de contato de filhos com seus genitores. Também não se aplica o sistema de mediação aos casos de delitos por funcionários públicos no exercício de suas atribuições, assim como em crimes dolosos contra a vida, integridade sexual e roubo, e contra os poderes públicos e a ordem constitucional. Segundo o art. 20 dessa lei, quando houver o pleno cumprimento do acordo pelas partes o órgão do Ministério Público, por si, procederá, mediante despacho simples, ao arquivamento das autuações.

A Guatemala tem uma experiência digna de nota, por meio do art. 26 de sua Lei Processual Penal, como destaca Marchisio⁹⁵. Por esse artigo, as ações penais públicas podem ser transformadas em ações privadas, unicamente exercitáveis pela vítima, sempre que não se produza impacto social, nos casos em que for possível a aplicação do critério de oportunidade, ou quando o delito necessitar de autorização ou pedido da vítima. Neste caso, o Ministério Público deve autorizar a conversão de ritos. E, por derradeiro, em qualquer delito contra o patrimônio, segundo o procedimento previsto para a segunda hipótese, ressaltando-se que havendo uma pluralidade de vítima, cada uma deles há de exercer o direito e não autorização a ação penal, sob pena de sua instauração.

Ainda no âmbito da América Latina, ainda podem ser citados os seguintes países com experiência na aplicação do princípio da oportunidade, segundo levantamento de Marchisio⁹⁶. No Peru, por exemplo, segundo o art. 2º CPP, isso é possível quando o delito é insignificante, salvo quando a pena mínima supere os dois anos ou se for realizado por funcionário público no exercício de suas funções ou quando não afete gravemente o agente, e quando a culpabilidade ou a contribuição do agente for mínima, sendo um dos poucos países em que foi instalado um órgão do Ministério Público com exclusividade para a aplicação do princípio da oportunidade; ainda sendo citada a Ley 26.320, de 1994, sobre o procedimento de *terminación anticipada*, uma espécie de juízo abreviado.

No México, o único indicativo de oportunidade seria a “conciliação”, espécie de acordo entre Ministério Público e acusados, sem necessidade de judicializar o caso. Há ainda menções a esse princípio na Costa Rica (art. 22 de sua Lei Processual Penal), com a suspensão do processo mediante provas e procedimento abreviado; Equador, em que a única emanção do princípio da oportunidade é a conversão da ação pública em privada, limitada aos delitos contra a propriedade e de iniciativa privada (art. 37 da Lei Processual Penal), com a autorização do Ministério Público,

⁹⁵ MARCHISIO, Adrián. op. cit. 2008, p. 498.

⁹⁶ Id. Ibid. 2008, p. 441.

assim como o procedimento abreviado (art. 369 CPP); El Salvador, por meio de sua lei processual penal (art. 20), com a renúncia à acusação, suspensão condicional do procedimento, nos casos em que possível a execução condicional da pena, além de conciliação e procedimento abreviado. Ainda devem ser citados a República Dominicana, Paraguai, Uruguai, e Venezuela.

3.2.6 A oportunidade no Brasil

No Brasil, o princípio da oportunidade se revela de modo ainda tímido e carente de maior especificação. A ideia de obrigatoriedade da ação penal e de persecução criminal submetida a critérios estruturais e de planejamento frente a gastos públicos é matéria que reclama amadurecimento por parte do Ministério Público e demais atores processuais. Insta destacar o posicionamento de Lopes Júnior⁹⁷ no sentido da necessidade de alteração legislativa para que o órgão do *parquet* pudesse pedir o arquivamento da ação penal pública a qualquer tempo.

Houve grande incentivo a essa questão com a publicação da Lei n.º 9.099/95, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, competentes para o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo, isto é, as contravenções penais e crimes a que fosse aplicada pena máxima não superior a um ano (art. 61). Em 2001, houve a publicação da Lei n.º 10.259/2001, relacionada aos Juizados Especiais Federais, em que houve a ampliação do conceito de menor potencial ofensivo para os delitos até dois anos (art. 2º, parágrafo único). Implantou-se a dúvida acerca do que se deveria entender por crime de menor potencial ofensivo. Isso ainda mais se agravou com a publicação da Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que trouxe uma ampliação do quantum máximo da pena privativa de liberdade para quatro anos (art. 94) com vistas aos delitos nela inseridos, surgindo discussão doutrinária acerca da extensão desse conceito para os demais

⁹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 39, p. 103-124, 2002.

delitos. A questão restou pacificada com a publicação da Lei n.º 11.313/2006, que alterou o art. 61 da Lei n.º 9.099/95, positivando o que já era voz corrente nos tribunais brasileiros, isto é, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e crimes a que a lei comine pena máxima de dois anos, cumulada ou não com multa.

Em tais casos, há a aplicação de institutos despenalizadores, como a transação penal, com aplicação imediata de pena não restritiva de liberdade ou multa, cuja proposta fica sob a responsabilidade e iniciativa exclusiva do Ministério Público, segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal⁹⁸.

A Lei n.º 9.099/95 ainda trouxe a previsão da suspensão condicional do processo, aplicável a crimes punidos com pena mínima não superior a um ano ou multa⁹⁹, não sendo a proposta admitida caso a soma de penas exceda o previsto legalmente¹⁰⁰, caso atendidos os requisitos do art. 89, §1º, ou seja, reparação do dano, proibição de frequência a determinados locais, assim como de ausência da comarca sem autorização judicial, e comparecimento mensal e obrigatório a juízo para informação e justificativa acerca das atividades. A titularidade da proposta respectiva, por questão de política criminal, de igual sorte, foi reconhecimento ao Ministério Público, entendimento resultante da súmula 696¹⁰¹.

⁹⁸ A transação penal pressupõe acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público. Precedente. RE 468.191, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e provido. (Supremo Tribunal Federal STF; RE 492.087-5; SP; Primeira Turma; Rel. Min. Carlos Britto; Julg. 19/09/2006; DJU 22/06/2007; p. 40)

⁹⁹ [...] 2. A pena cominada em abstrato para o delito de lesão corporal é superior a 2 (dois) anos, o que inviabiliza a suspensão condicional do processo e a transação penal (artigo 61, Lei nº 9.099/95). Ordem denegada. (Supremo Tribunal Federal STF; HC 98.318; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 04/08/2009; DJE 23/10/2009; p. 118)

¹⁰⁰ 2. Ação penal. Denúncia por crimes cujas penas mínimas cominadas superam 1 (um) ano de reclusão. Suspensão condicional do processo. Inadmissibilidade. Falta de proposta. Nulidade inexistente. HC denegado. Aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Não quadra proposta de suspensão condicional do processo, quando a denúncia imputa crimes cujas penas mínimas cominadas superam 1 (um) ano. (Supremo Tribunal Federal STF; HC 84.450-2; MS; Segunda Turma; Rel. Min. Cezar Peluso; Julg. 11/11/2008; DJE 05/12/2008; p. 87)

¹⁰¹ Súmula 696 “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de Justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

Em casos de não oferecimento da inicial, a Corte Máxima brasileira vem concedendo habeas corpus para que o órgão ministerial analise os demais requisitos do benefício¹⁰². Em recente decisão, a mesma Corte firmou no julgamento do *Habeas Corpus* nº 83.926¹⁰³, o entendimento de que em havendo pena maior que um ano, mas alternativamente prevista sanção de multa, cabível o benefício em comento.

Ainda se notam manifestações esparsas do princípio da oportunidade, por exemplo, nos arts. 126-128 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em que o Ministério Público pode apresentar proposta de remissão a ato infracional mediante a aplicação de medidas sócio-educativas, passível de homologação pela Justiça da Infância e Juventude. Ou os acordos de delação premiada inseridos na Lei n.º 9.807/99, art. 41 da Lei n.º 11.343/2006, art. 8º, parágrafo único da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), art. 159, §4º do Código Penal, art. 25, §2º da Lei n.º 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro), art. 16, parágrafo único da Lei n.º 8.137/90 (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo), art. 1º, §5º da Lei n.º 9.613/98 (Lei de Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores), art. 6º da Lei n.º 9.034/90 (Lei sobre o Crime Organizado).

¹⁰² Suspensão condicional do processo. Admissibilidade. Recusa de proposta pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida. Interpretação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo. (Supremo Tribunal Federal STF; HC 83.926-6; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Cezar Peluso; Julg. 07/08/2007; DJU 14/09/2007; p. 85)

¹⁰³ “[...] Se a lei (art. 89) autoriza a suspensão condicional do processo em caso de pena privativa de liberdade mínima até um ano, *a fortiori*, conclui-se que, quando a pena mínima cominada é a multa, também cabe tal instituto. Pouco importa que a multa seja, no caso, alternativa. Se o legislador previu tal pena como alternativa possível é porque, no seu entender, o delito não é daqueles que necessariamente devam ser punidos com pena de prisão. Se, para os efeitos de prevenção geral, contentou-se a lei, em nível de cominação abstrata, com a multa alternativa, é porque, conforme seu entendimento, não se trata de delito de alta reprovabilidade. Sendo assim, entra no amplo espectro da sua nova política criminal de priorizar a ressocialização do infrator por outras vias, que não a prisional. (Supremo Tribunal Federal STF; HC 83.926; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Cezar Peluso; Julg. 07/08/2007; DJ 14/09/2007; p. 85)

É de ser destacada a posição do Supremo Tribunal Federal que, ainda reconhecendo déficit de fundamentação por parte de órgão jurisdicional que concedeu os benefícios da delação premiada, manteve-a, determinando o saneamento da falha, o que pode ser analisado no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 99736/DF¹⁰⁴ Sobre o tema, ainda merece destaque o julgamento do *Habeas Corpus* n.º 97.509/MG¹⁰⁵, pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se reconheceu o direito do Promotor de Justiça apresentar o pedido de *habeas corpus* diretamente no Superior Tribunal de Justiça, desde que em favor dos interesses do acusado.

O Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 156, traz importantes inovações quanto ao princípio da oportunidade no Brasil, a exemplo do art. 4º, que prevê a estrutura acusatória para o processo penal brasileiro, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e substituição da atuação probatória do Ministério

¹⁰⁴ “[...] 4. A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei n.º 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade. 5. Ordem parcialmente concedida para o fim de determinar que o Juízo processante aplique esse ou aquele percentual de redução, mas de forma fundamentada.” (Supremo Tribunal Federal STF; HC 99.736;DF; Primeira Turma; Rel. Min. Ayres Brito; Julg. 27/04/2010; DJ 21/05/2010; p. 849)

¹⁰⁵ “[...] 2. O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício. 3. A delação premiada, a depender das condicionantes estabelecidas na norma, assume a natureza jurídica de perdão judicial, implicando a extinção da punibilidade, ou de causa de diminuição de pena. 4. A aplicação da delação premiada, muito controversa na doutrina e na jurisprudência, deve ser cuidadosa, tanto pelo perigo da denúncia irresponsável quanto pelas consequências dela advinda para o delator e sua família, no que concerne, especialmente, à segurança. [...] 7. A delação premiada, por implicar traição do corrêu ao comparsa do crime, não pode servir de instrumento a favor do Estado, que tem o dever de produzir provas suficientes para o decreto condenatório. 8. Ao delator deve ser assegurada a incidência do benefício quando da sua efetiva colaboração resulta a apuração da verdade real. 9. Ofende o princípio da motivação, consagrado no art. 93, IX, da CF, a fixação da minorante da delação premiada em patamar mínimo sem a devida fundamentação, ainda que reconhecida pelo juízo monocrático a relevante colaboração do paciente na instrução probatória e na determinação dos autores do fato delituoso. 10. Ordem concedida para aplicar a minorante da delação premiada em seu grau máximo”

Público; a criação da figura do “Juiz das Garantias”, para o resguardo dos interesses do investigado na apuração preliminar; a remessa do inquérito policial ao Ministério Público; a determinação de arquivamento doravante ser uma decisão do *parquet*, comunicando-se a vítima, investigado, autoridade policial e órgão de revisão do próprio Ministério Público, com previsão de recurso interno; possibilidade de início da ação penal por juízo discricionário do Ministério Público nas ações penais condicionais à representação em caso de morte da vítima; conciliação em crimes de falência e delitos patrimoniais, sem violência ou grave ameaça à pessoa, que passaram a ser veiculados por ação penal pública condicionada à representação, sendo casos em que há previsão de desistência da ação pelo Ministério Público.

Há a intenção de maior resguardo do Poder Judiciário quanto ao desenvolvimento da persecução penal, concentrando as atividades respectivas no âmbito do Ministério Público. É uma tendência assumida na maioria dos sistemas processuais penais, citando-se, por exemplo, o exemplo norte-americano, português, e inclusive o francês, com projeto de lei referente à supressão do Juizado de Instrução e assunção das atribuições pelo *parquet* francês. Deve ser apurado se o incremento das atividades ministeriais será acompanhado de um reforço de sua estrutura logística e de recursos humanos, para atender de modo racional e responsável às demandas surgidas com os novos tempos.

Conclui-se que no Brasil a ideia de oportunidade ou está direcionada para a uma criminalidade organizada, envolvendo delitos tributários ou contra o sistema financeiro nacional, ou visa a delitos insignificantes, estando a faltar uma cultura jurídica e previsão legal de sua maior ampliação quanto à negociação de sanções penais quanto a uma média criminalidade. A decisão acerca do quantum a reduzir da pena e se tal deverá ocorrer ainda está sob apreciação judicial, embora seja de relevante peso a manifestação expressa do Ministério Público nesse sentido. Trata-se de questão de prova, como decidiu o Supremo Tribunal

Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 101.436¹⁰⁶. O Superior Tribunal de Justiça vem realizando a aplicação de circunstâncias judicial para a delimitação da quantidade de pena a reduzir, o que se no *Habeas Corpus* n.º 118.655¹⁰⁷.

3.3 Princípio da legalidade e oportunidade: a compreensão

Há de se ter por relevante que não existe, em estado puro, a aplicação dos sistemas de legalidade e oportunidade. Em verdade, há preponderância de um e de outro no sistema de cada Estado, em vista de suas conjunturas históricas, políticas e sociais. Afinal, em regra, todos os delitos, ainda que ínfimos, devem ser objeto de apuração, ainda que sumária, pela autoridade investigante, em especial porque, em caso contrário, a polícia judiciária estaria a exercer formalmente o arquivamento das apurações, o que não se coaduna com o sistema constitucional brasileiro, sequer comunicando aos demais atores estatais competentes. De igual sorte, os recursos públicos são a cada dia mais limitados para o atendimento de reclamos sempre crescentes por parte da comunidade, o que tem levado à inserção de mecanismos de oportunidade na maioria dos textos constitucionais e legais da Europa e América Latina.

¹⁰⁶ 1. Concluir de forma contrária ao entendimento das instâncias ordinárias e do Superior Tribunal de Justiça para assentar que as informações prestadas pelo ora paciente seriam suficientes para garantir-lhe o direito do benefício da delação premiada, demandaria o exame de matéria fática ou valoração dos elementos de prova não comportada pela via estreita do *Harbeas Corpus*. 2. *Harbeas Corpus* denegado. (Supremo Tribunal Federal STF; HC 101.436; SP; Primeira Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; Julg. 09/03/2010; DJE 09/04/2010; p. 17)

¹⁰⁷ “1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. 2. Verificando-se que o Tribunal impetrado aplicou o redutor no quantum mínimo de 1/6 (um sexto), em razão da "grande quantidade de droga apreendida" (fl. 36) - mais de 9 (nove) quilos de cocaína, acondicionada em 14 tabletes escondidos sob a tábua de madeira que servia de apoio para a esteira ergométrica que transportava em sua bagagem -, incorre constrangimento ilegal, visto que, de fato, tal evidencia maior censurabilidade da conduta a justificar a escolha do patamar mínimo previsto para a mitigação. 3. Inviável a redução da reprimenda pela aplicação da delação premiada, quando não preenchidos os requisitos previstos no art. 41 da Lei n.º 11.343/06. 4. Ordem denegada. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 118.655; Proc. 2008/0229186-7; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 09/03/2010; DJE 12/04/2010) LEI 11343, art. 33 CP, art. 59 LEI n.º 11.343, art. 41

Com razão Streck¹⁰⁸, ao afirmar que o direito processual penal não deve ser interpretado sob uma visão liberal-individualista-normativista de produção do direito, com uma perspectiva hobbesiana-ordenadora, mas sob as luzes de um Estado social e democrata de direito, com vistas a uma transformação mediante a atuação do Poder Público. Diz ainda Streck¹⁰⁹:

[...] não se afigura razoável que para os delitos de furto, apropriação indébita, estelionato, somente para citar alguns, a ação penal seja pública incondicionada e, para os delitos de trânsito (lesões corporais), a ação seja de índole incondicionada. Ou seja, para os delitos contra o patrimônio, o Estado, sponte sua, efetua a *persecutio criminis*; para os crimes de lesão grave culposos cometidos no trânsito e para as agressões físicas (lesões leves), o Estado somente inicia a investigação se houver representação por parte da vítima, o que demonstra, à evidência, que o Estado está mais preocupado e atento em perseguir aqueles que colocam em risco o patrimônio das pessoas, do que aqueles que atentam contra a vida e a integridade corporal destas!"=

O que se pode colher do confronto entre esses princípios é o fortalecimento do segundo sem exaurimento do primeiro. E a criação de fatores razoáveis para o discrimine. Vive-se no Brasil um processo penal material e desproporcionalmente seletivo. Afinal, ao se punirem com penas graves delitos contra o patrimônio e contra a liberdade sexual, em contraposição a penas mínimas singelas e quase simbólicas para crimes de responsabilidade de Prefeitos Municipais, por exemplo, nota-se para que direção aponta o leme estatal. Causa ainda estranheza a disparidade sancionatória quando similares ilícitos são realizados por agentes públicos e o quantitativo da pena mínima para o crime de peculato, obstando inclusive institutos despenalizadores, como a suspensão condicional do processo penal, segundo o art. 89 da Lei n.º 9.099/95.

Há de se trabalhar de forma que as escolhas legislativas na área penal e processual penal estejam em harmonia com os escopos de repressão a delitos que atinjam mais gravemente bens jurídicos relevantes, servindo o princípio da legalidade para a apuração real de infrações penais e o da oportunidade para fins de descobrir a quais deles há de ser reservado uma pena mais severa.

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais. 4. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

¹⁰⁹ Id. Ibid. 2001, p. 70.

4 O AGIR ÉTICO NA DENÚNCIA-CRIME: A ACUSAÇÃO RESPONSÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O Estado, numa perspectiva moderna, carece de legitimação diuturna. O respeito dos cidadãos as suas normas legais deriva não de sua especial qualidade de detentor de soberania. Isso carrega um valor politicamente simbólico que seria suficiente para uma cultura política e uma esfera de poder não habituada à democracia e respeito aos cidadãos. O reflexo de um tempo em que o administrador não apenas geria a coisa pública em nome do povo. Mas, ao contrário, era, pessoalmente, o fundamento da legitimidade do poder.

Assim, a democracia serviria apenas de fachada e simulacro para relações de poder carentes de discussão de argumentação quanto as suas premissas, realizações e conclusões. Cada palavra de discordância não seria vista como oportunidade para engrandecimento do projeto de governo, mas como reflexo de uma luta indireta pela subversão do poder então reinante. O titular do governo seria o árbitro da hora e momento em que se deveriam mudar os rumos do Estado.

A intenção de uma ordem constitucional sobre um Estado que se pode chamar efetivamente “Estado de Direito”, mais do que criar regras e exigir obediência de súditos, é propiciar um espaço, uma arena de livre circulação de ideias, valores, estando fértil a ideias arejadas e compatíveis com uma modernidade dinâmica e sempre em estado de renovação. Dessa forma, tem por pressuposto o respeito a liberdades públicas como pedra angular onde se constrói o respeito à cidadania. O que se reflete sob diversos aspectos, por exemplo, respeito à livre discussão de ideias, exercício de cargos e funções, incentivo ao associativismo, de tal forma, que esse espírito se irradia por todo o sistema normativo, permitindo que ele renove sua legitimidade perante os próprios membros que o compõe.

Dessa forma, é gerado um espaço de respeito e comunicação dentro da sociedade, reconhecendo a existência de grupos sociais, religiosos, políticos, econômicos, que se inter-relacionam, disputam espaços, influência, projetos, no afã de angariar simpatias e interesse de cada membro da população, aumentando ou reduzindo o grau de pressão sobre o poder político então em exercício naquele momento histórico. A liberdade é a regra no Estado de Direito. Isso o caracteriza.

4.1 Da inexistência de lide no processo penal

A questão da lide no processo penal não é um assunto de natureza meramente acadêmica. Diz de perto com toda a compreensão do sistema de jurisdição penal, envolvendo os órgãos do Judiciário, do Ministério Público e de defesa, seja pública ou privada. O modo como é entendida e vivenciada pelos atores processuais revela a natureza democrática ou autoritária do Estado em que inserida, com atenção à perspectiva dos direitos fundamentais. Desse tema, decorrem questionamentos como: a possibilidade do órgão ministerial poder ou não decidir discricionariamente sobre a propositura de uma ação penal; se ao longo do processo ele é ou não incumbido da missão de pugnar pela condenação do envolvido ainda que diante provas razoável de sua inocência; ou se o processo penal deve culminar com uma sentença condenatória nos casos em que ele apresente um pedido de absolvição em suas alegações finais e qual a atitude legal do órgão judicial; ou se existe óbice processual para apresentação de recurso no caso de um órgão ministerial pedir e obter a condenação e outro apresentar recurso contra essa mesma decisão.

Ideias como conflito de bens jurídicos, pretensão, resistência e lide acompanham o conceito abstrato de direito. E da mesma forma o de processo. No século passado, um dos maiores estudiosos do direito em geral, e do processo em particular, foi o responsável pelo resgate e sistematização dessas categorias. Analisando o que elas representam para

o fenômeno jurídico, e expondo-se a diversas críticas, acertadas ou não, possuindo a altitude de pensamento para analisá-las com notável espírito crítico e, em meio a tais embates, conduzindo a ciência do direito processual a uma nova perspectiva de evolução doutrinária e prática: Carnelutti.

Em sua obra *Teoria Geral do Direito*, Carnelutti¹¹⁰ afirma que em qualquer dos fenômenos comuns ao direito, em regra, não encontramos os homens em situação de indiferença, mas de amizade ou inimizade, sendo esse fato causado por algo que os une ou divide, recebendo tal coisa o nome de interesse. As necessidades humanas podem ser objeto de satisfação espontânea pelos demais, o que pode ser desenvolver numa perspectiva de solidariedade. Ocasionalmente há, todavia, em que a posição favorável a uma satisfação pode levar à exclusão da satisfação quanto a uma posição favorável de outra pessoa, instaurando-se um conflito. Como, em regra, no horizonte histórico e econômico, os bens são de natureza limitada urge saber como deve ser resolvido o dissídio oriundo do conflito envolvendo o interesse de duas ou mais pessoas. Isso pode ser resolvido por meio da utilização da força, prevalecendo aquele que tem a possibilidade de sua pronta utilização ou efetivamente a faz valer no âmbito de um entrevero. Caso levado a proporções macro, pode ser alcançada a guerra e destruição da sociedade.

Porém, felizmente, nem todos os conflitos alcançam esse nível. Havendo casos, mais comuns, em que se alcança uma resolução econômica do conflito, de modo consensual, o que é chamado pelo autor de “posse”. Um dos interessados é capaz de fazer com que o outro tolere o seu apossamento quanto ao interesse em conflito. Porém, tal situação é, por natureza, precária. Afinal, se foi gerada por superioridade de forças, é natural que o vencido procure se armar e fortalecer, a fim de alcançar meios idôneos para resgatar o que entenda ser seu de direito.

¹¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva, 1942, p. 78-95.

De modo a garantir, dentro de certos limites, a tranquilidade realizada pela “posse” há a intervenção do direito. À sociedade, todavia, interessa mais a “paz”, do que a mera tranquilidade. E a “paz” é realizada nos casos em que os interessados alcançam a composição do conflito pela utilização de um princípio de convencimento próprio, ou, de uma ideia de ética. Segundo Carnelutti¹¹¹, apenas através da ética, em última análise, a política pode obter “resultados definitivos na reacção contra a acção dissolvente dos conflitos de interesses.” Porém, a ética, por natureza, é despida de força, a necessitar do Direito para se fazer valer.

Daí, a ciência processual, para Carnelutti¹¹² elaborou os conceitos de “pretensão” e “resistência”, como “exigência da prevalência de um interesse próprio sobre um interesse alheio, e como oposição a tal exigência.” E expôs o seu conceito clássico de lide, como “[...] o oposto da posse. Posse é o conflito de interesses que se compõe por si; lide é conflito que deflagra um contraste de vontades.”¹¹³ Em outra obra, Carnelutti¹¹⁴ expõe que a lide é um desacordo, do qual é elemento essencial um conflito de interesses, de tal forma que ao ser satisfeito o interesse de um, não se o faz em relação ao outro e vice-versa. Sob esse elemento essencial, há outro de natureza formal, o comportamento correlativo dos dois interessados, pois um deles propõe ser tolerado pelo outro e exige a satisfação de seu interesse, o que se chama “pretensão”. Mas, o outro se oporia a tal situação.

Após reflexões sobre as críticas realizadas ao seu conceito de lide, ainda Carnelutti¹¹⁵ expôs que a ideia de lide não estava consolidada, pois, antes que se propusesse o seu uso com significado científico preciso, era usada com mais de um sentido, tanto para indicar o conflito de interesses para cuja composição opera o processo, como para indicar o

¹¹¹ CARNELUTTI, Francesco. op. cit. 1942, p. 91.

¹¹² Id. Ibid. 1942, p. 96.

¹¹³ Id. Ibid. 1942, p. 96.

¹¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hebe Caletti Marengo. Campinas: Minelli. 2004, p. 34.

¹¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Soero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.77.

próprio processo. Ele ainda reconhece parte das críticas lançadas, afirmando que: “[...] as resistências à adoção do uso proposto têm sido justificadas em parte por certas imperfeições ou exageros inevitáveis nas primeiras investigações sobre a função do processo [...]”¹¹⁶

Na mesma obra, ele descreve a pretensão como a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio, sendo a resistência a “[...] não adaptação à subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio, e se distingue em *contestação* (não tenho que subordinar meu interesse ao alheio) e *lesão* (não o subordinado) da pretensão.”¹¹⁷

Ainda nessa obra, ele explora a distinção entre processos penais e civis. Carnelutti¹¹⁸ diz que o processo penal ocupa uma posição intermediária entre o processo contencioso e o voluntário. A função do processo penal teria relação com a ideia original de pretensão, pois, quando a alguém é imputado um delito, isso quer dizer que outro alguém almeja que lhe seja submetida a pena. Haveria um conflito entre o seu interesse e um interesse contrário (público), que é o interesse na atuação da sanção, sem o qual a sanção não se prestaria para imposição do preceito. Nesse conflito alguém faria valer uma exigência à subordinação do interesse oposto ao interesse do Estado, o que seria uma “pretensão”, uma pretensão penal ou punitiva.

Já meditando sobre críticas recebidas, Carnelutti¹¹⁹ afirma a distinção entre “parte do processo “ e “parte do delito”. Partes em sentido substancial seria o causador do dano e o sofredor do dano. Com ambos são partes do delito, não são partes do processo, ou podem chegar a não sê-lo, porque se o processo é realizado para saber se houve ou não um delito, o que pode redundar numa situação negativa, pode ocorrer que as pessoas que nele estão como partes não sejam parte do delito.

¹¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. op. cit.2000, p. 78.

¹¹⁷ Id. Ibid. 2000, p. 78.

¹¹⁸ Id. Ibid. 2000, p. 104.

¹¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 175.

Daí, não se pode exigir que partes do processo sejam parte do delito. Partes em “sentido substancial” seriam as pessoas sobre as quais deverá pairar a investigação se integram ou não o delito. Possuem uma natureza indeterminada. E, sob esse aspecto, estariam diferenciadas, das partes em “sentido formal”. A argumentação do grande mestre italiano chega, por vezes, a gerar dificuldades em sua compreensão, ao afirmar que: “partes em sentido substancial, tanto ativas, como passivas, são sempre mais de uma, inclusive são muitas, e mesmo não se consegue nunca saber quantas possam ser.”¹²⁰

Segue o autor afirmando que a pessoa que sofreu o dano é a parte substancial passiva, ou seja, qualquer pessoa que sofreu um dano. E tal dano pode ser estendido, em sua compreensão para toda a sociedade que, ainda indiretamente, padece os efeitos do delito. Causador do dano seria a parte substancia ativa. Para Carnelutti, haveria ainda uma margem de indeterminabilidade para se saber quem seria o efetivo causador do dano, que, em último caso, seria a própria sociedade. As partes em sentido formal são, no ensinamento de Carnelutti¹²¹:

Os sujeitos dos interesses imediatamente comprometidos no conflito do qual surge o delito; o lesionador e o lesionado, o ladrão e o furtado, o injuriador e o injuriado, em suma o ofensor e o ofendido.

Com isso, haveria partes formais ativa e passiva.

Seguindo o seu pensamento, o autor¹²² as partes formais acessórias, secundárias ou mediatas, se diferenciam das partes principais, em primeiro lugar do imputado, porque por elas ou em face delas se formula não a pretensão penal, mas a civil. Ao ver do autor, isso poderia ser compreendido quando da observação de que a pretensão penal não corresponde a quem se apresenta como ofendido pelo delito, mas a um terceiro, que é o Ministério Público e que se transmuda, em seu ofício numa

¹²⁰ CARNELUTTI, Francesco. op. cit. 2004, p. 176.

¹²¹ Id. Ibid. 2004, p. 181.

¹²² Id. Ibid. 2004, p. 194.

“parte em sentido instrumental.”

Porém, sensível às críticas realizadas, ele afirma que, em relação à sanção penal, a função do processo é distinta da função de composição da lide, pois, não se trata efetivamente de uma lide a ser composta, mas da verificação da pretensão penal ou punitiva, a qual deve ser realizada ainda que não se encontre resistência. A existência de tal pretensão aproximaria o processo penal mais do processo contencioso que do voluntário, mas tal impressão mais à superfície do que ao fundo. Isso porque no processo penal, frente ao acusado está o Ministério Público, que não ocupa frente a ela uma posição similar à existente na seara civil. Com isso, o processo penal teria apenas uma única “parte em sentido material”, o que o aproximaria mais do processo voluntário que do contencioso.

A partir desse ponto, a ideia de Carnelutti¹²³ recebe consideráveis críticas. Porque, ao seguir em sua fundamentação, ele relaciona a pretensão penal com a pena, de natureza preventiva e repressiva, consistindo, em primeiro lugar, na liberação do réu do mal que cometeu e poderia ainda cometer. Essa liberação seria, segundo o autor, o “supremo interesse do réu”, pois, em suas palavras: “a pretensão penal [...] visa subordinar um interesse do imputado, não a um interesse alheio, e sim a outro e superior interesse dele próprio.”¹²⁴

Com isso, o conteúdo seria mais um negócio do que uma lide, pois o conceito de “negócio” não deveria estar limitado a interesses econômicos. O processo penal estaria ligado, dessa forma, a uma condição do homem que deveria ser modificada, pois, havendo certeza do delito, e de uma anomalia dentro da estrutura moral de quem o cometeu, seria tal anomalia extirpada.

¹²³ CARNELUTTI, Francesco. op. cit. 2004, p. 106.

¹²⁴ Op. cit., p. 107.

Em obra posterior, Carnelutti¹²⁵ reafirma esse posicionamento, ao expor posicionamento contrário à coisa julgada penal. Recorda discussões acerca do conceito de lide, afirmando:

[...] o processo penal serve para estabelecer se uma coisa é minha ou tua. Não porque eu tenha o mau gosto de invocar minha autoridade, mas porque a história de meu pensamento se prestar a aclarar isso, recordo que a intuição dessa verdade me induziu, num primeiro tempo, a estender também ao processo penal a teoria da lide (conferir minha polêmica com Calamandrei, com Paoli e com Invrea). Eu tinha e ao mesmo tempo não tinha razão. Tinha enquanto todo o processo penal contém um processo civil contencioso sobre o tema da obrigação de ressarcimento ou de reparação a cargo imputado; não tinha no fato de não advertir que esse não era o conteúdo do processo penal puro [...].

Tais categorias, embora plasmadas no âmbito de uma teoria geral do direito, foram e são de larga utilização na ciência processual clássica, embora o avanço da ciência processual as esteja submetendo a uma rediscussão ante necessidades sempre crescentes de uma sociedade plural.

A intenção do autor era trazer para a Ciência do Direito e, por certo, para a dogmática do processo categorias de larga utilização e capazes de solver indefinições científicas e práticas quanto à sua fundamentação e legitimidade. Envolvendo conflitos de natureza pública, privada, civil, administrativa, por exemplo. Para conflitos de interesse de jaez civil, a conceituação carnelutiano de “lide” e controvérsia prestou-se de modo satisfatório. E atendeu aos reclamos de uma ciência processual então centrada em casos de natureza privatística.

Porém, quanto aos feitos de natureza penal, desde cedo foram acesas fundadas críticas à sua utilização reiterada.

4.2 Críticas ao conceito de lide penal

Logo após a exposição doutrinária do conceito de lide por Carnelutti, grandes autores de seu tempo ofertaram à comunidade científica

¹²⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960, p.

críticas severas quanto à sua aplicação na área penal, levando-o em alguns casos a esclarecer pontos nebulosos e incertos. E, em outros, a declarar a sua inadequação, como bem expõe Coutinho.¹²⁶ Ele destaca que, segundo Calamandrei¹²⁷, a jurisdição atua para viabilizar um controle da pretensão estatal de aplicação de pena que é inviável na esfera administrativa, por ordem legal. Daí, sob uma visão objetiva da jurisdição, é indiferente à atuação jurisdicional qualquer postura das partes quanto à composição de interesses, pois, com ou sem conflito, o processo penal decidirá acerca da aplicação ou não da ação penal. E para se alcançar esse objetivo seria inadequado inserir questões referentes a um possível conflito de interesses para fundamentar o conteúdo do processo penal, pois não se está a cogitar de desacordo entre acusador e acusado quanto ao fato e quantidade da pena.

Manzini¹²⁸, por seu turno, foi um dos grandes sustentáculos da crítica de Calamandrei. Expõe que a finalidade do processo penal é a de comprovar o fundamento da pretensão punitiva do Estado no caso concreto, e não de fazê-la realizável a qualquer custo. É natural que junto aos meios encaminhados para os fins de declarar a certeza da culpabilidade se disponham, segundo o autor, outros para evitar o erro e a arbitrariedade e que, por esse caminho, ao lado do interesse punitivo, haja tutela, junto ao estado livre, o interesse, eventualmente em perigo, da liberdade individual. Em formulação clássica, diz: “[...] *el proceso penal queda doblemente caracterizado, como medio de tutela del interés social de represión de la delinquência, y como medio de tutela del interes individual y social de libertad.*”

Em respostas às críticas, Carnelutti destaca a existência de um conflito no âmbito do processo penal. Mas, isso ocorreria entre o autor do

¹²⁶ COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 42.

¹²⁷ CALAMADREI, Piero. Il Concetto di “lite” Nel pensiero di Francesco Carnelutti. **Rivista di diritto processuale civile**. Padova, Cedam, 1928, p. 3-22. In: COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 42.

¹²⁸ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. T. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1951, p. 252.

crime e a vítima. O posicionamento, na visão de Coutinho¹²⁹, seria criticável, porque no âmbito do processo penal, na grande maioria dos casos, o interesse das vítimas não assume determinação para se alcançar o objeto do processo penal.

Outra grande polêmica foi encetada com Paoli¹³⁰, o qual expôs suas críticas em três grandes questões: se a lide fosse encontrada no processo penal, deveria existir entre Ministério Público e imputado; mas, nenhuma lide surge entre eles, nem entre imputado e vítima. Eventual lide não seria entre os sujeitos da ação, mas entre os sujeitos da relação de direito material (verdadeira ou presumida). O Ministério Público estaria a representar o Estado, lesado em seus interesses com a prática do crime, sendo, com isso, um “sujeito da relação”. Daí, a relação processual não poderia envolver “interesses lesados”, porque em certos casos a vítima direta e objetivamente atingida poderia não existir. Quer dizer: a relação processual penal seria estabelecida entre um “mero representante e o autor do fato”.

Há mais: se a lide caracterizasse o processo civil e o penal da mesma forma, como conceito único, vê-se que no primeiro deles o interesse de uma das partes deve ser sacrificado em prol do outro. Porém, no segundo, o Ministério Público não tem interesse na condenação do réu, mas na do culpado. E, se o entender inocente, deve pugnar pela absolvição. Com isso, o Estado nunca “perderia”, porque se o réu fosse condenado, haveria justiça e, se absolvido, seu interesse estaria de acordo com o do inocente absolvido. Por fim, o acusado pode, por razões religiosas ou morais, reconhecer a ocorrência do delito, e, ainda assim, haveria a imposição do dever estatal de seguir o processo ao final, mesmo sem a existência de qualquer conflito de interesses. E, em especial nos processos por delitos mais graves, a conciliação entre autor e vítima seria indiferente para o processo.

¹²⁹ COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda. Op. cit. 1998, p. 50.

¹³⁰ PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. Rivista di diritto processuale civile. Padova, Cedam, 1930, p. 63-74. In: COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 56.

A terceira grande crítica à noção carnelutiana foi trazida por Invrea¹³¹. Ele centra sua exposição no conceito de pretensão, entendida como afirmação concreta de um direito que se quer reconhecido pelo adversário, e, com isso, pressuposto para o direito de ação. Isso ocorre nos casos de delitos graves em que um acusado realize um homicídio a alguém que se encontra dormindo sem qualquer testemunha. Depois, tomado pelo remorso, apresenta-se ao Poder Judiciário, confessa o crime e pede a aplicação da pena máxima. Além de não se encontrar o interesse contraposto contra o autor do fato, a sentença não vem a compor qualquer conflito entre partes. Ainda assim, ela subsiste como sentença. Segundo ele, a pessoa atingida entre no processo penal na qualidade de vítima, ou parte civil, para uma satisfação de seus direitos de parte lesada. Daí, não se poderia falar de pretensão, seja por parte do Ministério Público, o qual tem o poder, inclusive, de se opor à condenação caso não sejam encontrados elementos suficientes para tal, mas, de igual sorte não existiria por parte da vítima, cujo interesse de limitaria ao ressarcimento.

Em resposta, Carnelutti concluiu com a pergunta: se não se põe a lide dentro do processo penal, para que ela serviria e qual o seu conteúdo? Ao que Invrea, em réplica, dá conta que o processo penal existe sem qualquer pretensão, sustentando que: “[...] o processo se faz para acertar se se deve ou não impor ao imputado a servidão (autoridade) do julgado, reconhecendo o direito (ou poder) do Estado aplicar uma pena determinada.”¹³²

Prosseguindo nas críticas acerca do conteúdo do processo penal e da lide, é de se destacar o posicionamento de Marques¹³³. Segundo ele, a prática de uma infração penal faz surgir uma lide de igual natureza entre o direito de punir do Estado e o de liberdade do réu. A pretensão punitiva

¹³¹ INVREA, Francesco. Il torto e l'azione. Rivista del diritto commerciale. Milano, Vallardi, 1930, Parte Prima, p. 155-18; INVREA, Francesco. La servitù del giudicato. Rivista di diritto processuale civile. Padova, Cedam, 1930, p. 223-244. In: COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 67.

¹³² COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda. op. cit. 1998, p. 77.

¹³³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 25.

encontra no direito de liberdade a resistência para nominar esse conflito de litígio, porque o Estado não pode impor, a seu próprio talante, o seu direito de punir. Afinal, a pena só poderia ser aplicada no âmbito do processo penal respectivo.

Grinover¹³⁴ expõe que o processo penal não deve ser entendido apenas como instrumento de persecução do acusado, mas, de modo preponderante para a sua garantia. Sendo, após a superação do período de autocomposição de conflitos, o único instrumento permitido para a satisfação da lide penal. Em nota de rodapé, ela sustenta que o processo penal é um processo de partes em que existe lide e em que a jurisdição opera, isto é, uma lide entre o Estado e o réu, com a pretensão punitiva de um lado e a do acusado de outro.

Ao analisar as características da jurisdição em outra obra¹³⁵, ela, da mesma forma, diz que em casos de lide envolvendo o Estado-Administração, o Estado-Juiz substituiu com suas atividades, as dos sujeitos envolvidos, o que gera aplicação no processo penal. Segundo ela, os que admitirem a ideia de lide pena pontificam que ela se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito a liberdade. E que a situação litigiosa pode deixar de existir ao longo do processo penal, a exemplo dos casos em que o Ministério Público pede absolvição ou recorre em benefício do acusado. Com isso, o processo penal segue até o final da decisão judicial, embora lide penal não mais exista. Segundo ela, melhor do que lide penal seria mais conveniente chamá-la controvérsia penal.

Tornaghi¹³⁶ partilha do entendimento de que: “a lide é aquela parte do litígio entre duas ou mais pessoas, regulado pelo Direito Substantivo, e que é levada à decisão do juiz por uma das partes.” Para ele, a controvérsia jurídica, o litígio é anterior ao processo e pode não ser em tempo algum

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 20.

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 134.

¹³⁶ TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 243.

levado a juízo. Se apresentado, torna-se controvérsia judiciária, ou lide, cuja extensão pode ser maior ou menor que a do litígio, se apenas uma parte dele for levada ao judiciário.

Ele partilha da distinção de Carnelutti entre partes em sentido material e em sentido formal, pois as primeiras participariam da controvérsia de direito material, mas poderiam não integrar a ação. Aborda a controvérsia entre Carnelutti e Calamandrei, assumindo o partido do primeiro, ao concordar com a ideia de que a ação é o direito de movimentar o processo, enquanto a lide é o objeto do processo, expondo o exemplo do grande professor de Roma no sentido de que no caso de delito de roubo a controvérsia se estabelece entre ladrão e ofendido e não entre ladrão e Ministério Público, sendo esse último o sujeito da ação, mas não sujeito da lide. Tornaghi¹³⁷ aproveita-se de comparação do mestre italiano e afirma que a ação seria a pólvora que faz o fuzil disparar, não a bala arremessada.

4.3 A lide e a composição do conflito

Sob esse aspecto, é de se esclarecer que a doutrina constitucionalmente adequada em área processual penal discorda do conceito de lide no processo penal. O Ministério Público não tem uma pretensão juridicamente prevista de punir o réu. Ao contrário, ele apresenta ao Estado-Juiz fatos relevantes e indicativos de que uma pessoa teria realizado uma conduta típica e que, preliminarmente, não haveria a presença de causas que excluíssem a antijuridicidade e a culpabilidade. Mas, ao final do processo, caso elas estejam presentes ou haja dúvida razoável quanto aos elementos que compõe o tipo penal, o próprio órgão deflagrador da ação penal há de ser o primeiro a pugnar pelo encerramento do feito.

Essa atitude é imposta pela altitude de suas funções. E ainda obsta o aviltamento de sua beca com o sentimento reprovável do acusador

¹³⁷ TORNAGHI, Hélio. op. cit. 1987, p. 244

inconsequente, movido não por justiça, mas por vaidade cínica. Fazzalari¹³⁸ expõe o conceito de situação jurídica substancial, composta pela ideia de um dever e seu inadimplemento, ou seja, por um ilícito. Isso constituiria o pressuposto substancial do processo.

Mas, na jurisdição penal, não seria posta a questão do interesse da vítima em conexão com a titularidade da ação penal, pois ela (ação) não caberia a ela, e sim ao Estado, e, portanto ao Ministério Público. Sobre o mesmo Fazzalari¹³⁹, ainda há de ser mencionada a distinção realizada pelo autor entre “procedimento” e “processo”. Em seu entender, apenas se poderia falar em processo quando na sequência dos fatos é franqueada a participação não apenas do autor, mas dos destinatários de seus efeitos, sob uma ideia de contraditório real, com o desenvolvimento de suas atividades regulares.

Nessa linha, ainda se pode mencionar as produções de Cordeiro Leal¹⁴⁰ e Nascimento¹⁴¹ que procuram envolver a ideia de processo e jurisdição numa perspectiva contemporânea e discursiva, com necessária participação dos envolvidos. Assim, jurisdição não mais seria apenas a clássica função do Juiz “dizer o direito”. Far-se-ia a jurisdição tão mais efetiva quanto maior a participação de todos os envolvidos no processo, seguindo a linha de Leal¹⁴².

Ainda sobre a relação entre lide e processo penal, merece destaque a análise de Tucci¹⁴³, secundada por Oliveira¹⁴⁴, Carnelutti¹⁴⁵,

¹³⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 357.

¹³⁹ Id. Ibid. 2006, p. 109

¹⁴⁰ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

¹⁴¹ NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais penais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

¹⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

¹⁴³ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 36.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 97.

¹⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. op. cit. 2004; CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Luis Fernando Lobão de Moraes. São Paulo: Edicamp, 2001; CARNELUTTI, Francesco. op. cit. 1950.

Menezes, Fernandes e Oliveira¹⁴⁶, e Cernicchiaro, quando do julgamento do Recurso Especial n.º 13.375-RJ, de 17 de fevereiro de 1992, e 11.722-0-SP, de 19 de outubro de 1992. Do segundo acórdão, lê-se:

No processo penal não há lide, no sentido de conflito de interesses. Substancialmente, Ministério Público e réu conjugam esforços para a verificação de infração penal, com todas as suas circunstâncias.

Sobre a questão, Manzini¹⁴⁷, ao analisar o objeto do processo penal, declara que esse ramo do direito de tutela particularmente o interesse público da liberdade individual no sentido de que o indivíduo não pode sofrer restrições em seus direitos de liberdade, que não sejam estritamente necessárias. O processo penal não serviria para comprovar a inocência do suspeito, mas para resguardar o interesse público na manutenção dessa liberdade. Discorda ainda o autor da compreensão do princípio da presunção de inocência quando da apuração penal. Nada seria mais absurdamente paradoxal e irracional. Afinal, se assim o fosse, nada poderia ser feito contra ele, sequer a decretação de uma custódia provisória.

Lima¹⁴⁸, ao analisar o direito constitucional de ação, indica o necessário caráter dialético do processo, a exigir a cooperação das partes, de modo ativo, com o labor do magistrado com vistas ao alcance da melhor solução ao caso. Despontando, como essencial, a paridade de armas entre os contendores, o que mais alcança relevo na área processual penal, ante a nota impostergável do contraditório como garantia do Estado de Direito Democrático, em sua feição material e substantiva.

¹⁴⁶ MENEZES, Bruno Seligman; FERNANDES, Daniel Barbosa; OLIVEIRA, Eduardo Turra. A questão da lide no processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre: Magiester, n. 21, p. 55, dez./jan. 2008.

¹⁴⁷ MANZINI, Vincenzo. op. cit. 1951, p. 257.

¹⁴⁸ LIMA, Francisco Meton Marques de. O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>. Fortaleza: ABC, 2001, p. 52.

Sobre a existência de lide no processo penal, o posicionamento de Badaró¹⁴⁹ é relevante. Diz ele que não existe a lide em sede processual penal, o que seria fruto da intenção de trazer um instituto do direito privado para a seara pública, isto é, o inadimplemento contratual como fundamento para o exercício do poder de punir. Porém, ainda que não haja lide, por certo, remanesce o conflito de interesses entre a intenção punitiva e o direito de liberdade.

Porém, tomando por base o conceito do Ministério Público como “parte artificial”, Badaró¹⁵⁰ expõe que houve a criação de uma relação jurídica e de um contraditório artificiais, ante a necessidade de contrapor os interesses e alcançar uma verdade quanto à existência ou não do crime para fins de realização do processo penal.

Em obra diversa, Badaró¹⁵¹ expõe que o fato de não haver lide no processo penal não significa a existência de uma jurisdição voluntária, pois o juiz exerceria a vontade concreta da lei nessa espécie de feito, havendo um caráter de substitutividade do magistrado, embora este de modo primário, pois inexistente possibilidade de atuação espontânea pelas partes.

4.4 O controle da investigação preliminar: o início da prova processualmente válida

A investigação preliminar é o contato primário e imediato do Estado investigador com o delito. É o momento em que a lei penal, como previsão de ilicitudes, restou concretizada pelo autor da infração penal. Assume especial relevância para toda a persecução penal, pois nela se concentram provas que, se não forem adequadamente colhidas e resguardadas, comprometem a busca de uma verdade processualmente válida. Assim, logo ao primeiro contato com um suspeito, se a autoridade,

¹⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 87.

¹⁵⁰ Id. Ibid. 2009, p. 95.

¹⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 206.

ao invés de resguardar o local do crime, identificar possíveis testemunhas ou colher exames técnicos, concentrar seus esforços em levá-lo a uma confissão direta, sem a presença de um advogado, ou respeito a seus direitos fundamentais, o processo pode ser gravemente comprometido.

Exercer o controle externo da atividade de polícia é função constitucional do Ministério Público (art. 129, VII, da Constituição Federal). Isso não deve estar limitado a uma postura repressiva por parte da instituição contra agentes públicos que abusaram de seus poderes durante o processo apuratório. Para um funcionamento mais eficaz, urge que sejam adotadas posturas preventivas, através de orientação e acompanhamento de todo o processo de produção de elementos de convicção, por meio de instrumentos como a Recomendação Ministerial (art. 6º, XX, da Lei Complementar n.º 75/93), indicando o que seria de interesse efetivo e real para o processo.

Como titular da ação penal (art. 129, I, da Constituição Federal), impõe-se-lhe o dever de cuidado para com sua construção material no mundo dos fatos. Uma ação processual penal responsável, em verdade, é iniciada logo após a consumação do delito. A atividade ministerial perde muito de sua eficácia quando o seu titular mantém contato com um delito muito tempo depois de sua ocorrência. Dúvidas basilares podem ficar sem resposta, com um grave prejuízo ao sistema de persecução penal, como atividade direcionada a uma eficiência administrativa.

A forma como se desenvolve a apuração do ilícito penal é diversa, conforme o regime político adotado e o respeito pelos direitos fundamentais do suspeito, gerando o conceito de sistemas processuais penais.

4.4.1 Os sistemas processuais penais

O delito é uma ruptura de expectativas de comportamentos. Não se vive sozinho em comunidade. Convive-se. O Outro representa um ponto

de reconhecimento de nossa própria individualidade. Ao reconhecê-lo, estamos a voltar os olhos para nossa própria vida e nós mesmos. Notando a passagem do tempo nas pessoas de nosso relacionamento, em verdade estamos nos situando num determinado momento histórico e social. E assim urdimos nossa vida, sonhos e perspectivas. Não temos controle sobre as vontades e desejos das demais pessoas. Temos, ao contrário, expectativas socialmente razoáveis. Confiamos. Aguardamos que os membros da comunidade onde estamos inseridos utilizem sua liberdade de modo responsável. E respeitem nossas próprias visões de mundo.

Nesse contexto, surgem normas de organização de conduta trazendo uma indicação do que deveria, licitamente, ser esperando dos demais seres humanos. Assim, ao escolhermos um produto e pagarmos por ele, é natural que sobre ele exerçamos um direito de livre disposição, dentro de um horizonte de utilização racional e socialmente relevante.

Algumas expectativas atingem bens de relevância ímpar para a sadia convivência comunitária. Não faria sentido sair de casa tendo por possível a contingência de não mais voltarmos. Ou de que o resultado financeiro de nosso trabalho possa ser usurpado, violentamente ou não, por terceiros desconhecidos. Por outro lado, há de se ter por valioso que a vida em comunidade traz riscos que devem ser avaliados, previstos, e aceitos, dentro de um planejamento. E apenas interessarão ao Estado, sob uma perspectiva de direito penal, quando atingirem um grau de lesão idôneo a bens jurídicos relevantes para a comunidade.

Para Roxin¹⁵², o direito penal há de ser compreendido como uma “proteção subsidiária de bens jurídicos”. A lesão a esses bens é o pressuposto da punibilidade, com a exclusão, por exemplo, de imoralidades ou contravenções. A Constituição se presta a fundamentar a adequada compreensão dos mesmos para fins penais.

¹⁵² ROXIN, Claus. op. cit. 1997, p. 51.

Nesse ponto, Roxin¹⁵³ fornece a sua conceituação acerca deles, afirmando que:

[...] son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para ele funcionamiento del propio sistema.

Sob um visão diversa, para Jakobs¹⁵⁴, a missão da pena, assume viés mais sistêmico, como: “[...] *el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente ao cuestionamento de la norma.*”

Até alcançarem um ponto de relevância penal, outros subsistemas sociais, não estatais, estão encarregados de acolhê-los e entendê-los a partir de suas diretrizes, reprimendas e valores. Assim, quando um vizinho nos trata de maneira não educada, ou um amigo assume um estilo de vida discordante de nossos padrões morais, o Direito há de ensejar uma margem de liberdade para isso, inserindo-as dentro do ideal de licitude.

Uma sociedade, porém, não sobrevive de modo sadio quando bens de relevante gravidade são objeto de aviltamento e o Estado não se revela capaz de reagir à altura de tal gravame. Ao saber da morte de um parente, não apenas os familiares, mas os amigos e, em última análise, qualquer pessoa que mantenha laços sociais com o falecido almejam saber o que será feito para investigar o caso e punir os responsáveis. Quando a expectativa de aplicação da lei e punição dos culpados é frustrada, ou quando o silêncio público se faz sentir, eclode uma sensação de desamparo institucional. Desapegados de uma expectativa segura de resguardo público, as pessoas que tomaram conhecimento do fato geram uma forma de proteção a si mesmas e aos seus, inaugurando-se meios de violência

¹⁵³ ROXIN, Claus. op. cit. 1997, p. 56.

¹⁵⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 14.

não institucional, à margem de qualquer controle público. Isso traz ao lume a relevância da segurança no Estado de Direito. E do valor social que ela assume para a sua subsistência e, em especial, para sua legitimidade perante a população.

Cada Estado tem sua configuração particular ao tratar da criminalidade. Mas, em geral, nos Estados de Direito é impostergável que seja encontrado um procedimento capaz de apurar o que efetivamente ocorreu, como e em que circunstâncias isso se deu. Após o início da atuação penal por parte do órgão encarregado da acusação respectiva, a pessoa suspeita de haver realizado a infração deve ter assegurada a oportunidade real e efetiva para oferecer sua versão do ocorrido, por meio de uma autodefesa ou com a presença de terceiros para auxiliá-la nesse mister. Nos sistemas acusatórios democráticos, a reação não deve ser apenas facultada, mas efetivamente exercida, com os recursos materiais e humanos, sob pena de inexistência de um real contraditório, formal e material.

Isso ocorre em espaços físicos simbólicos, que transmitem uma sensação de respeito para a comunidade. Seja em fóruns ou casas de justiça, ou, nos Estados confessionais, talvez perante assembleias religiosas. Ao serem colhidas todas as provas, surge a sanção, como uma resposta socialmente legitimada ao ato perpetrado. Dotada de valor real e palpável ao realizador do ato, de modo imediato. E, de modo mediato, a toda a comunidade, indicando o desvalor do caso e a potencialidade de que todo o ritual simbólico seja movimentado contra quem seguir o mesmo caminho.

Surgem, com isso, os sistemas processuais penais.

Alguns de natureza inquisitiva, em que a autoridade responsável pelo julgamento, isto é, conhecimento integral do fato e formação de um juízo sobre a culpabilidade ou não do suspeito e aplicação da pena é a mesma que procede à sua investigação. É o chamado princípio inquisitivo.

De feição tradicional e ortodoxa, é o símbolo de um tempo em que os direitos fundamentais do suspeito de delitos estavam em formação, sendo os mesmos ainda considerados como objeto do processo, isto é, uma peça a mais a compor o quadro a ser engendrado para a descoberta do delito. Uma época em que o crime tinha a potencialidade de desagregar toda a comunidade, de modo grave.

Em tal conjuntura, a apuração não ocorria para a descoberta da “verdade material”. Mas, em grande parte dos casos, para a confirmação de um veredicto plasmado na mente dos julgadores. Quadro em que a confissão assumia o papel principal no feito e em que a tortura era um método apuratório por excelência. A vontade do inquisidor era extrair não a verdade, mas o que deveria ser ofertado à população como verdade. E em que a pena era uma reafirmação da unidade do Estado e de sua perpetuação. A noção de “sujeito de direitos” não era relevante, à época.

Tal sistema, por si, tem se revelado como não desejável para um padrão de democracia nesse início de século. Cordero¹⁵⁵, nesse sentido, plasmou a expressão “quadros mentais paranóicos”, tratando sobre as autoridades julgadoras que têm a seu encargo o contato direto com os fatos que julgarão depois.

Ainda se recorda Altavilla¹⁵⁶, ao mencionar que o contato direto com a criminalidade torna o Ministério Público vítima de uma “sedução”, que lhe obscurece as vistas para quaisquer provas que venham em benefício do realizador, em tese, do delito.

Por outro lado, ao se distinguirem as funções de investigar e julgar surgiu um órgão estatal com a atribuição de tomar contato com os delitos em seu nascedouro. E, ao realizar as primeiras investigações, em geral com o auxílio de órgãos policiais, formar uma convicção preliminar e suficiente

¹⁵⁵ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 51.

¹⁵⁶ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1982, p. 492.

para desencadear um processo ante esse mesmo Estado. Trata-se do Ministério Público. Isto é, em suas origens, esse órgão nasceu de dentro do Estado para garantir um exercício mais legítimo do poder de punir desse mesmo Estado. Havia um sentimento, ainda que incipiente, de alguma imparcialidade e de justificativa do porquê da punição, quando da escolha entre as versão factuais que lhe eram apresentadas.

Segundo Bettiol¹⁵⁷, em concreto, nenhum sistema se apresenta em sua modalidade pura. O próprio sistema norte-americano, considerado um paradigma do modelo acusatório, traz o instituto do *indictment*, a acusação penal, como formulado perante o *Grand Jury*, logo após um processo sem garantias plenas de defesa. Como destaca ainda Bettiol¹⁵⁸: “[...] o processo é feito não somente de normas abstratas, mas de praxes concretas.” Há um nexos entre a forma de estado e a de processo, eis que:

[...] onde prevaleça a ideia de Estado de Direito, onde o cidadão é exatamente tal, fornecido de direitos subjetivos invioláveis, o processo tende à ampliação das garantias defensivas e, portanto, ao rito acusatório. Onde a relação Estado-cidadão está desequilibrada em favor exclusivo do primeiro, as garantias defensivas são enfraquecidas e eliminadas e o processo tende a ser inquisitório.¹⁵⁹

Tal relação, porém, não é automática. Afinal, ainda com o entendimento de Bettiol¹⁶⁰: “[...] o código mais garantista aplicado com ótica não liberal pode tornar vãs de fato as garantias ditadas em favor do imputado, em nome da defesa social a qualquer custo.”

Estudando a evolução do direito processual, Radbruch¹⁶¹ afirma que duas alavancas foram decisivas para o desenvolvimento do processo penal: a premência de maior proteção do Estado contra os culpados levou o processo penal medieval para o inquisitório. Mas, a necessidade de maior

¹⁵⁷ BETTIOL, Rodolfo; BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução de Amilcare Carletti. 7. ed. Campinas: Pillares, 2008, p. 165.

¹⁵⁸ Id. Ibid. 2008, p. 165.

¹⁵⁹ Id. Ibid. 2008, p. 165.

¹⁶⁰ Id. Ibid. 2008, p. 165.

¹⁶¹ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 154.

proteção dos inocentes contra esse mesmo Estado levou, por volta do ano de 1848, do processo inquisitório ao processo penal hodierno. O sistema medieval se baseava na queixa particular de quem se sentisse lesado, já o inquisitório trazia a figura do juiz a perseguir o suposto realizador de um ato violador a toda a ordem jurídica. Num estágio moderno, segundo Radbruch¹⁶²:

O processo penal atual retira do processo inquisitório o princípio da persecução do criminoso pelo poder público, oficial (*princípio da oficiosidade*), mas faz uso, simultaneamente, do princípio medieval – onde não há querelante, não há juiz (*princípio da acusação*) – e unindo-os chega ao princípio da acusação pelo acusador público: o promotor público, importado da França para a Alemanha juntamente com o princípio da acusação pública. Ele opõe à teoria probatória legal do processo inquisitório o princípio da livre *apreciação probatória*. Por fim, recorre à *oralidade e a publicidade* do processo penal medieval. (grifos do autor).

Prossegue Radbruch¹⁶³ indicando que apenas com a abolição da teoria probatória legal o acusado se transmudou de alguém obrigado a produzir provas contra si mesmo para alguém merecedor de direitos no âmbito do sistema, isto é, um sujeito do processo. De tal princípio das partes, a acusação penal passou a ser realizada por um órgão vocacionado para isso, sem a presença direta dos órgãos judiciais. Com isso, a acusação é preparada por ele, a defesa por um advogado, incumbindo ao juiz a condução dos debates e ao final a decisão.

Havia, porém, um traço marcadamente inquisitorial ainda no início do século XXI no sistema acusatório brasileiro, consistente no dever do Juiz em inquirir diretamente as testemunhas indicadas pelas partes, e, somente num segundo momento, acusação e defesa complementariam as informações com o que fosse de seu interesse.

Esse método de colheita de depoimento possuiu seus efeitos minorados, com a introdução no sistema de ritos penais do princípio da inquirição direta das testemunhas pelas partes respectivas, restando ao juiz

¹⁶² RADBRUCH, Gustav. Op. cit. 1999, p. 154.

¹⁶³ Id. Ibid. 1999, p. 157

apenas a atividade de garantir a regularidade do ato processual e velar pelos direitos individuais do investigado e do exercício regular do direito de ação. Isso ocorreu com a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal, por meio da Lei n.º 11.690, de 09 de junho de 2008, em que se lê: “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha [...]”.

Ainda se nota, porém, alguma resistência da jurisprudência brasileira quanto aos efeitos do descumprimento desse artigo, existindo julgados que primam pela anulação da instrução processual ante *error in procedendo*, como se vê no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 150.662¹⁶⁴, o mais adequado ao atendimento do devido processo penal. De outro lado, no mesmo órgão, mas em turma diversa, há entendimento acerca de uma mera anulabilidade do ato procedimento, consoante o julgamento do *Habeas Corpus* n.º 137.094¹⁶⁵. Adotando o segundo posicionamento, há ainda acórdãos recentes¹⁶⁶.

¹⁶⁴ [...] 5. Se o Tribunal de origem admite que houve a inversão na inquirição, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, patente o constrangimento, sanável pela via do *Harbeas Corpus*, por ofensa ao devido processo legal. 6. Ordem parcialmente concedida para anular a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo. Mantida a situação processual do paciente. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 150.662; Proc. 2009/0201973-9; GO; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 04/02/2010; DJE 15/03/2010).

¹⁶⁵ 4. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes. 5. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. 6. *Harbeas Corpus* denegado, cassando-se a liminar anteriormente deferida. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 137.094; Proc. 2009/0099197-7; DF; Sexta Turma; Rel. Min. Og Fernandes; Julg. 18/02/2010; DJE 08/03/2010).

¹⁶⁶ STJ; HC 121.215; Proc. 2008/0255940-8; DF; Sexta Turma; Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura; Julg. 01/12/2009; DJE 22/02/2010;

Analisando a estrutura do sistema acusatório, Canotilho e Moreira¹⁶⁷ afirmam que a “densificação semântica” da estrutura do sistema acusatório é realizada pela articulação entre uma dimensão material, ou seja, fases do processo, com uma dimensão orgânico-subjetiva (entidades componentes). Segundo eles a estrutura acusatória:

[...] significa, no plano material, a distinção entre instrução, acusação e julgamento; no plano subjetivo, significa a diferenciação entre juiz de instrução [...] e juiz julgador [...] e entre ambos e o órgão acusador.

Em especial nos países ocidentais, tem-se um sistema em que a apuração inicial dos delitos é confiada a autoridades policiais, dotados de uma estrutura logística, técnica e humana, idônea a coligir provas técnicas e orais sobre a realização do fato ilícito, indicando sua responsabilidade, ao menos em fase preliminar. Nota-se o quadro em países como o Brasil, Portugal e Alemanha, por exemplo. Há outros sistemas em que, ao contrário, um órgão judicial fica incumbido de apreciar o ocorrido de modo preliminar, com posterior encaminhamento para que a polícia complemente seus trabalhos, o que se constata, hodiernamente, na França, com a presença cultural e marcante do Juizado de Instrução. Embora, frise-se, haja forte projeto de alteração legislativa, tornando a investigação atribuição do Ministério Público, seguindo o exemplo de outros países.

Há, porém, sistemas de natureza mista, em que uma parte do labor persecutório fica sob o encargo de um órgão administrativo, enquanto o outro é assumido pelo órgão jurisdicional.

Nos sistemas acusatórios inseridos em Estados de Direito, em que a presença do Ministério Público se faz sentir num horizonte de liberdades e respeito às instituições, surge questão relevante: o controle que o mesmo deve exercer sobre a atividade investigatória preliminar, inclusive como atividade de legitimação do sistema persecutório penal como um todo.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007, p. 522.

4.4.2 O controle da investigação policial no Brasil: o “sujeito de direitos”

No Brasil, há a presença do sistema inquisitivo na fase preliminar de apuração penal. O capítulo III da Constituição Federal de 1988, a partir do art. 144 trata da segurança pública, tratando das incumbências da Polícia Federal (§1º) e Civil (§4º). Nos parágrafos 2º e 3º ainda se faz menção às Polícias Rodoviária e Ferroviária Federal e no parágrafo 5º às Polícias Militares.

Segundo o art. 4º do Código de Processo Penal, polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais dentro de suas respectivas circunscrições. Incumbendo-lhe, segundo o art. 6º, dirigir-se ao local em que haja suspeita da ocorrência de um delito, a fim de preservar o local do crime, apreender os objetos que tenham relação com o fato, ouvir o ofendido, suspeito, determinar a realização de perícias, simulações, etc.

Enfim, a ela incumbe o primeiro contato direto com o fato ocorrido, sem menção expressa a qualquer outro órgão. Incumbe a Polícia, porém, comunicar a prisão de qualquer pessoa à autoridade judicial, ao Ministério Público e à Defensoria Pública ou advogado regularmente nomeado, além de estar sujeita aos ditames do art. 5º da Constituição, em relação aos direitos fundamentais do suspeito de um delito, sob pena de desnaturação do ato constritivo de sua liberdade.

No art. 129, VII, houve ordem expressa, no sentido de que ao Ministério Público incumbe o exercício do controle externo da atividade policial. Vê-se que não é criado um estado de subordinação hierárquica entre esses órgãos, ante clara vinculação administrativa da polícia ao Poder Executivo, Estadual e Federal. O trabalho incide, a priori, sobre a “atividade policial”, como atividade-fim, obstando-se a aplicação de medidas administrativas sancionatórias diretas contra o servidor responsável pelo policiamento. Tal posicionamento inclusive foi objeto de entendimento do

Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁸.

A análise realizada por Hassemer¹⁶⁹ sobre a relação entre polícia e estado de direito merece destaque. Segundo ele, desde que a polícia cresceu de um estado onírico de uma sociedade bem organizada para uma instituição armada no monopólio repressivo estatal; desde que se compreendeu que o Estado está disposto e autorizado a utilizar a violência, o Leviatã deve ser colocado em consonância com os limites do Estado de Direito e, com isso, as tarefas da polícia tornaram-se um dos temas principais da teoria do Estado. É dizer: a polícia atua no campo das tensões entre a garantia dos direitos fundamentais e a limitação a eles.

Ainda segundo Hassemer¹⁷⁰, a polícia deve ser capaz de desenvolver uma “capacidade de integração” com os demais órgãos públicos, assim como com setores da sociedade civil. Isso reclama a formação de um espaço saudável de convivência. Afinal, para um desenvolvimento responsável, ela deve estar socialmente integrada e numa relação satisfatória com o Ministério Público. Isso seria, inclusive, de grande interesse para a própria polícia, eis que essa “capacidade de integração” se realiza em sua teoria e prática, refletindo no que o *parquet* faz ou não faz. Em suas palavras, “[...] uma concorrência ruinosa com o Ministério Público só pode ser danosa para a polícia.”¹⁷¹ Inclusive porque ela tem o contato primário e imediato com o fato delituoso e com a própria sociedade, trazendo todo o conflito para o inquérito policial.

Isso não impede, porém, o reconhecimento da relevância dos serviços de atividade policial para a regularidade do Estado de Direito, inclusive no que refere à sua legitimação e submissão a regras constitucionais e legais aplicáveis. O que traz por resultado não apenas o já

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de *Harbeas Corpus* n.º 7640/SP, 6. Turma. Brasília, DF, 13 de outubro de 1998. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800356991&dt_publicacao=13-10-1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 17 jul. 2010.

¹⁶⁹ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 161-163 e 182.

¹⁷⁰ Id. Ibid. 2007, p. 182.

¹⁷¹ Id. Ibid. 2007, p. 182.

tradicional e imprescindível respeito à dignidade do investigado. Mas, indica um segundo tópico de ingente relevância: a validade e importância dos elementos de informação então colhidos na investigação para a regularidade e utilidade da jurisdição penal, enquanto serviço prestado pelo Estado.

Isso é mais do que um dever institucional para o Ministério Público. Antes, é uma garantia de que sua tarefa investigativa está lastreada num material realmente confiável e idôneo a espelhar, do modo mais fidedigno possível, o ocorrido. E, o que alcança maior relevância, aferir se houve o respeito aos direitos fundamentais do autuado. As primeiras declarações e impressões demonstram especial relevância ao apuratório. Não raras vezes, detalhes findam por ser perdidos ou não observados, ou, sob outra visão, o envolvido se encontra em situação de especial vulnerabilidade, e passível de sugestões e orientações inadequadas por parte de autoridades policiais civis e militares, que o abordam.

É a assunção de um novo paradigma de atividade do *parquet* quanto ao processo penal. Urge que ele assuma quanto a ele uma postura ainda mais ativa, efetiva e de real controle. Desde a investigação preliminar, que não mais deve ser vista como um simples rito de passagem para o desencadear da ação penal subsequente. A formação de *opinio delicti* deve ser um momento de especial relevância para o direito de punir. É o momento em que um fato social, político e econômico vai ser valorado como contrário ao sistema normativo penal. Sujeitando uma pessoa, física ou jurídica, a uma série de restrições a seus mais básicos direitos. O caso assume cores mais graves quando o envolvido se encontra custodiado à disposição da Justiça, quando ainda mais diminuto é o prazo para o desencadear do feito penal, gerando no órgão ministerial a premência de uma decisão em que ele há de alcançar um adequado sopesamento do que sejam indícios, materialidade e autoria, como conceitos genéricos e indeterminados, em cotejo com um quadro probatório diminuto e exposto a limitações técnicas notórias. E, mais ainda, tendo a guiar sua decisão um entendimento de obrigatoriedade da ação penal.

Recaem sobre o órgão ministerial, por vezes, exigências alheias às suas atribuições. Assim, quando é deficiente o sistema de segurança pública em determinada comarca, e grave a periculosidade de que é portador o suspeito, um pedido de retorno para diligências complementares mais aprofundadas pode gerar um duplo efeito: a concessão de relaxamento de prisão por excesso de prazo e a possibilidade, real e concreta, que toda a apuração judicial dos fatos reste comprometida, pois o Estado-Administração não possui condições materiais de resguardar satisfatoriamente a vítima de tais fatos.

Ao lado disso, é patente que a leniência e passividade da instituição parquetiana quanto à profundidade das investigações policiais gerou um efeito deletério ao Estado de Direito: a superficialidade na colheita dos indícios, a ausência de incentivo a um aperfeiçoamento técnico e criminalístico por parte do Estado, concentrando as apurações criminais na indefinição e vagueza das provas orais, que, por sua natureza, mais se destinariam à confirmação de provas de natureza real e científica.

Em tais casos, a sociedade exige do Ministério Público o empenho por condenação num quadro de limitação probatória franciscana. Ao invés de assumir uma atitude de efetivo controle da atividade policial, e pugnar pela concessão de liberdade provisória ou relaxamento de prisão dos envolvidos, por vezes, cedem à pressão das vítimas, familiares e da comunidade em geral por uma resposta penal, e desencadeiam um processo sem perspectivas reais e verossímeis de êxito como instrumentos de busca de uma verdade processualmente válida.

E o sacrifício de direitos fundamentais do suspeito se protraí temporalmente, com todos os danos a seu patrimônio jurídico até o momento em que a carência de elementos suficientes para a condenação seja reconhecido por meio de uma sentença absolutória. Provimento judicial esse, cujo conteúdo poderia ser, em muitos casos, perfeitamente deslocado para o azo do recebimento da inicial acusatória, inadmitindo-a.

O processo penal, em verdade, é uma pena. Carnelutti¹⁷² já o mencionava:

Quando recai sobre um homem a suspeita de haver cometido um delito, ele é entregue *ad bestias*, como se dizia no tempo em que os condenados eram oferecidos como pasto às feras. A fera, a indomável, a insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que produz a ilusão de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro artigo, que sanciona a liberdade de imprensa. Tão logo surge a suspeita, o acusado, sua família, sua casa, seu trabalho, são inquiridos, examinados, desnudados, na presença de todo mundo. Assim, se converte em pedaços o indivíduo que a civilidade deveria salvar.

Goldschmidt¹⁷³ já destacava que os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa senão os segmentos de sua política estatal em geral. E que a estrutura do processo penal respectivo nada mais é que o termômetro dos elementos corporativos ou voluntários de sua constituição.

Analisando os requisitos da prisão preventiva em cotejo com o status de constitucionalidade de determinada nação, Roxin¹⁷⁴ assevera:

A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário.

O autor de crimes, muitas vezes, é um homem comum, sem qualquer conhecimento legal, ainda que básico. Possui uma natural pré-

¹⁷² CARNELUTTI, Francesco. op. cit. 2001, p. 49.

¹⁷³ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 71.

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. 2 reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p. 258

compreensão do mundo jurídico haurida de experiências boas ou más ocorridas com ele ou pessoas conhecidas. Figuras sociais como o Policial Militar, Delegado de Polícia, Juiz, Ministério Público e Advogados são partes de programas televisivos, que, amiúde, revelam práticas indevidas de desrespeito a postulados básicos de cidadania e direitos fundamentais de infratores. Ao cometer o delito, ele ingressa numa esfera estranha, com limites e garantias desconhecidas. Não tem ideia de contingências como o respeito a seu direito de não-autoincriminação, ao silêncio constitucional, comunicação a familiares, presença de advogado ou Defensor Público, por exemplo.

Os direitos fundamentais de um suspeito no cotidiano policial, forçoso é dizer, máxime em casos de pessoas menos favorecidas socialmente, é um ideário distante, seja na capital ou nos rincões mais distantes de pequenas cidades do interior, agravado por algum despreparo das autoridades envolvidas nos segundo caso, em especial as militares, fato imputável a alguns Estados não envolvidos diretamente com tais providências, e sob as vistas complacentes do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Nesse contexto, fatos como a confissão relatada a policiais em viaturas a caminho de Delegacias, sem qualquer advertência de que ele teria o direito a apenas se manifestar com a presença de advogados ou Defensores Públicos; comunicações tardias a familiares, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria, apenas realizadas quando há “colaboração” do investigado, muitas vezes ameaçado ou efetivamente agredido de forma a não restarem marcas para perícias de legistas que comprovassem tais fatos.

Tais circunstâncias levam a uma constatação: a atividade acusatória se inicia claudicante, frágil, a acentuar a incompletude dos indícios e provas então apurados. Em casos com esse, o Estado age impulsionado pelo alcance do que considera verdade, procurando, antes de explicações razoáveis e satisfatórias, um culpado.

Em um sistema que prima pela descoberta do autor do delito e não pelas circunstâncias do delito, há uma nota características: o primado do interrogatório, como elemento por excelência do acervo probatório. Retorna-se a um aparelhamento investigatório simplificado, em que a prova deve ser “extraída” do acusado, ainda que contra a sua vontade. Sobre a questão, Suannes¹⁷⁵ desenvolve teoria acerca de fundamentos éticos do processo penal e do processo penal justo.

Em tais circunstâncias, incumbe ao órgão ministerial dentro de uma experiência de responsabilidade ética ser o primeiro a inquirir do suspeito acerca do respeito a seus direitos pelos órgãos de investigação preliminar, adotando as medidas cabíveis contra quaisquer abusos porventura verificados. E não deve coonestar arbitrariedades e ilegalidades, com o argumento de que isso culminou com a produção de provas utilizáveis para a condenação dos suspeitos. Sem questionar ou perscrutar com seriedade, a origem de tais meios de convicção, muitas vezes permeados por graves danos à intangibilidade corporal, honra, imagem e privacidade dos investigados. Em verdade, o Estado, como organização política, torna-se tão ou mais delituoso que o suspeito. O serviço público de segurança pública e investigação peca onde mais deveria ser consolidado o respeito a um constitucionalismo garantista.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem assumindo um maior controle sobre a atividade policial, flexibilizando posturas sedimentadas na práxis investigativa. Antes visto como uma parte do processo, hoje surge claro o *status* jurídico dos investigados como “sujeitos de direitos”, titulares de garantias impostergáveis e que não podem ser objeto de olvido pelo Estado.

Isso pode ser analisado, dentre outros julgados, no *Habeas Corpus* nº 73.271 – SP, primeira Turma, Relator Ministro Celso de Mello, em que se lê que o indicado é titular de garantias, em nível legal e

¹⁷⁵ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 146.

constitucional. A inobservância das mesmas, “[...] além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.”

Isso ainda pode ser observado na Reclamação n.º 8.225, Relator Ministro Celso de Mello, decisão publicada em 01.06.2009; *Habeas Corpus* n.º 94.404, Relator Ministro Celso de Mello, decisão publicada em 26.08.2008; Extradução 986, Rel. Ministro Gilmar Mendes, decisão pendente de publicação.

4.4.2.1 O acesso ao conteúdo do inquérito policial

Um ponto que merece destaque na modernidade é o acesso do suspeito ao material colhido antes de sua oitiva. Até data recente, as investigações eram iniciadas contra alguém de modo absolutamente oculto, seja por meio de interceptações telefônicas, requisição de documentos, exames periciais e contábeis, elaborando-se todo um quadro de informações, relevantes ou não, sobre o suspeito. Quando esses dados alcançavam determinado amadurecimento e consistência, emitia-se um comunicado ou notificação, em poucas linhas, de modo que ela comparecesse à presença da autoridade para “esclarecimentos”. Não era comum a cientificação do que se tratava ou do que seria inquirido. O assunto, em alguns casos, era algo nebuloso ou incerto, ou apenas sugerido.

Era comum o quadro a seguir nas investigações, por vezes em Comissões Parlamentares de Inquérito: o suspeito se apresentava para prestar informações. Eram-lhe trazidos fatos, indicados documentos e assinaturas, cheques, bilhetes, extratos bancários, notas promissórias, exigindo-se uma resposta pronta. Qualquer hesitação ou dúvida era logo confrontada com um documento até o momento desconhecido da pessoa, não se ofertando tempo razoável para análise.

Houve abundância de ações penais de *habeas corpus* contra essas posturas, o que culminou com a publicação da Súmula Vinculante n.º 14 pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷⁶. Ela diz ser direito dos defensores, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Assim, o ato de trazer para fins de investigação uma pessoa reclama do agente público investigador a postura de oferecer-lhe, com a antecedência devida, meios para que ele tenha ciência das provas até então coligidas. Isso traz a luz uma dupla perspectiva: material, pois, ela deve saber quem foram as pessoas que deram azo à instauração do procedimento, o que disseram, quando e em que circunstâncias, o conteúdo dos documentos que formaram a conclusão indiciária, enfim, o que há contra as mesmas; e formal idem, que é o acompanhamento da regularidade de todo o mecanismo da investigação. Por exemplo, saber se a autoridade detinha atribuição específica para aquilo, se os prazos foram cumpridos, se o modo de obtenção foi lícito.

Um tópico deve ser ressaltado, porém. E revela a aplicação de um princípio de racionalidade e ponderação quanto à aplicação da mencionada súmula vinculante: o acesso ao material investigativo deve ser amplo. Porém, é limitado ao que já esteja encartado nos autos investigatórios até a data do acesso requerido. A matéria é relevante, porque, a toda evidência, seria destituída de qualquer senso prático a situação de o investigado ter ciência de que há uma interceptação telefônica sobre os seus meios de comunicação logo no início da apuração de fatos relevantes.

¹⁷⁶ A Súmula Vinculante 14 foi gerada a partir de provocação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da Proposta de Súmula Vinculante nº 1/2009, em 05.08.2008, com julgamento em 02.02.2009 e publicação do acórdão em 27.03.2009. Por sua vez, a decisão sobre a propositura adveio de decisão do pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 09.06.2008, apreciar a propositura n.º 2008.19.02013-01. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2649327>> Acesso em: 04 jun. 2010.

A questão foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 96.511-3-PE¹⁷⁷:

Não está caracterizado cerceamento de defesa decorrente da negativa de acesso aos autos suplementares, porque a própria redação da Súmula vinculante nº 14/STF, prevê que o advogado poderá ter acesso aos autos do procedimento investigatório sigiloso somente após a documentação das diligências realizadas.

Isso é extensível ainda a investigações criminais realizadas pelo Ministério Público ou quaisquer outras autoridades com tal incumbência.

Tal prerrogativa, por óbvio, é extensiva aos agentes da Defensoria Pública, que podem resguardar os seus clientes de declarações precipitadas antes os órgãos policiais investigatórios. Isso traduz um elemento relevante para a validade das declarações prestadas pelo investigado, eis que estarão a refletir um maior indicativo de veracidade em tais apurações, contribuindo para uma investigação constitucionalmente adequada e disseminando um espaço de respeito aos direitos fundamentais.

Incumbe dessa forma ao Ministério Público, numa perspectiva de acusação responsável, velar por todo o inquérito policial, tornando os indícios e provas mais concretos para a formação hígida do processo penal respectivo.

4.4.2.2 A advertência ao atuado sobre os seus direitos constitucionais

Os Estados Unidos foram pioneiros no respeito aos direitos civis dos suspeitos quando de sua apreensão pela polícia. Período de grande relevância institucional ocorreu quando a sua Suprema Corte esteve sob a Presidência de Earl Warren, sendo conhecida como “Corte Warren”. Nesse período, mais especificamente no ano de 1966, foi realizado um julgamento que orientou, e ainda o faz, toda a atividade policial, seja estadual, ou

¹⁷⁷ STF - HC 96.511-3; PE; Primeira Turma; Rel. Min. Menezes Direito; Julg. 28/04/2009; DJE 29/05/2009; p. 53

federal: o caso *Miranda v. Arizona*. Carlos Souto¹⁷⁸ informa que, ao lado de *Mapp v. Ohio*, de 1961, sobre os limites de aceitação a buscas e apreensões e *Gideon v. Wainright*, de 1963, representa a grande trilogia da referida Corte.

Em *Miranda*, houve o estabelecimento de um código de conduta para a atividade policial, plasmando-se o que ainda hoje se conhece como *Miranda Warnings*. Assim, toda a pessoa presa teria o direito de permanecer em silêncio (*remain silent*) e qualquer declaração emitida poderia ser utilizada contra ele. Ainda devendo ele ser advertido do direito de contactar um advogado. Isso ocorreu com a prisão de Ernesto Miranda, que, a ser ouvido pela autoridade policial, realizou uma confissão sem o atendimento daqueles pressupostos, o que feriu a V Emenda à Constituição dos Estados Unidos, referente à proibição de não-autoincriminação.

Rodrigues¹⁷⁹ menciona o caso *Escobedo v. Illinois*, de 1964, quando a Suprema Corte americana declarou a inconstitucionalidade de um interrogatório em que ao suspeito foi negada autorização para se consultar com o seu advogado. Segundo Warren, o autuado poderia desistir desses direitos desde que isso resultasse de um ato voluntário, permeado por ciência e inteligência. Porém, se a qualquer momento ele se recusar a falar sem a presença de um advogado, não poderá ocorrer o seu interrogatório. Desde o julgamento de *Chambers v. Florida*, a Suprema Corte havia decidido que a coação aos suspeitos tanto pode ser física, quanto jurídica, e que o sangue do acusado não é o único indicativo de uma inquisição violadora a seus direitos constitucionais. Tais postulados restaram trazidos para a experiência constitucional brasileira, o que pode ser visto em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 80837 MC/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, em 06.04.2001, havendo menção ao caso “Miranda”, reiterando-se o precedente no julgamento do HC 83648- MC – DF, em outubro do ano de 2003.

¹⁷⁸ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 131.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Leda Boechat. **A corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 203.

Hall e Ely Jr.¹⁸⁰, analisando o caso “*Miranda*”, trazem a notícia de dois julgados sob a mesma temática, “*Michigan v. Tucker*”, em 1974, quando a Corte, pelo Ministro William Rehnquist, viu nas advertências de “*Miranda*” não direitos protegidos pela Constituição por si mesmos. Mas, somente “parâmetros preventivos”, designados para resguardar ou reforçar o privilégio contra a não-autoincriminação. Uma década depois, em “*New York v. Quarles*”, em 1984, reconheceu-se uma exceção de segurança Pública em “*Miranda*”. E em 1985, no julgamento “*Oregon v. Elstead*”, decidiu-se que uma primeira confissão não pode ser considerada inválida de inconstitucional se ainda não tinha havido a leitura das advertências de *Miranda*, caso num segundo momento o arguido tenha decidido novamente confessar o delito, após declarar que não o faria.

O caso envolveu Michael James Elstad, o qual era suspeito de roubo. Houve a expedição de um mandado de prisão. Em seu cumprimento, antes de receber as advertências de “*Miranda*”, ele confessou que estava no local do crime. Foi levado à polícia e submetido a um segundo interrogatório, onde assinou uma confissão regularmente. Ao ser condenado, recorreu arguindo a ilegalidade de sua primeira confissão, pois realizada antes das advertências. O pedido não foi atendido, ante a voluntariedade do primeiro depoimento. A decisão é analisada por Champion¹⁸¹.

4.4.2.3 O direito à presença de um advogado no interrogatório

A presença de um profissional da advocacia durante o interrogatório policial é medida das mais salutares no âmbito de uma investigação. Por seu perfil inquisitivo, não se está exigindo, como condição para a validade do ato na polícia, a sua presença. Embora o art. 306 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n.º 11.449/2007, haja

¹⁸⁰ HALL, Kermit L; ELY JR., James. **The Oxford Guide to United States Supreme Court decisions**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 227.

¹⁸¹ CHAMPION, Dean John. **The american dictionary of criminal justice: key, terms, and major court cases**. 3 rd editions. Maryland: Roxbury Publishing Company, 2005, p. 395.

condicionado a regularidade do auto de prisão em flagrante à comunicação em 24 horas para o advogado indicado pelo suspeito, ou, quando não, remessa de cópias integrais para a Defensoria Pública. Sob uma visão constitucionalmente adequada, a comunicação a esse órgão estatal teria um objetivo melhor alcançado caso fosse possível que um de seus membros estivesse a acompanhar cada autuado em flagrante quando de suas declarações. Porém, ante a falta de condições estruturais, por ora isso não está a ser realizado. O que está a levar diversos tribunais a flexibilizar tal ordem legal.¹⁸²

Tal direito representa um dos grandes marcos no respeito aos direitos fundamentais. Rodrigues¹⁸³ ao analisar o reconhecimento dessa direito na época da Corte Warren, nos Estados Unidos, diz que o caso que foi um divisor de águas na questão foi *Gideon v. Wainright*, em 1963. Clarence Gideon, um detento muito pobre, de 51 anos, num Presídio da Flórida usou lápis e papel e dirigiu uma petição à Suprema Corte. Disse haver entrado num pequeno salão de bilhar com o intuito de praticar um roubo, sendo preso e processado. Solicitou ao Juiz que durante a fase de

¹⁸² “I. Não se conhece de pedido de nulidade do auto de prisão em flagrante, em virtude da comunicação tardia da custódia ao órgão da defensoria pública, que configura mera reiteração de impetração anterior, quanto aos dois pacientes. II. Os pressupostos legitimadores da prisão provisória dos pacientes estão devidamente demonstrados no Decreto prisional, tornando imperativa a custódia, para garantia da ordem pública, em face do *modus operandi* do ato delituoso, com o emprego de arma de fogo, colocando em risco a vida de diversas pessoas que se encontravam na agência dos correios. [...] (TRF 01 R.; HC 2009.01.00.074524-7; MG; Terceira Turma; Rel Des Fed. Assusete Dumont Reis Magalhães; Julg. 25/01/2010; DJF1 05/02/2010; Pág. 125); “I. A comunicação tardia da prisão em flagrante, na forma do art. 306, § 1º, do CPP, ao órgão da defensoria pública. Mas concretizada dentro dos limites da razoabilidade -, constitui mera irregularidade, que não tem o condão de relaxar a prisão cautelar. II. Na linha de precedentes desta corte, não há que se falar em vício formal na lavratura do auto de prisão em flagrante se sua comunicação, mesmo tendo ocorrida a destempo da regra prevista no art. 306, § 1º, do código de processo penal, foi feita em lapso temporal que está dentro dos limites da razoabilidade (precedentes). (STJ, RHC 25.633/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5 turma, unânime, dje de 14/09/2009). III. Ausente efetivo prejuízo aos pacientes. Que tiveram assegurados todos os direitos inerentes aos presos, previstos no art. 5º da Constituição Federal -, não há nulidade do flagrante, incidindo, pois, na espécie, o princípio *pas de nullité sans grief*. IV. Ordem denegada. (TRF 01 R.; HC 2009.01.00.070675-2; MG; Terceira Turma; Rel Des Fed. Assusete Dumont Reis Magalhães; Julg. 25/01/2010; DJF1 05/02/2010; Pág. 125);” “A exigência contida no art. 185 do código de processo penal, introduzida pela Lei nº 10.792/03, de que o réu seja interrogado, em juízo, na presença de seu defensor, não se estende à oitiva do indiciado na fase inquisitiva, a qual permanece regida pelo disposto no art. 6º, inciso V, do código de processo penal. Inexistindo possibilidade de nulidade do próprio auto de prisão em flagrante nestas circunstâncias. 2. Ordem denegada. (TJ-AM; HC 2009.003678-9; Manaus; Segunda Câmara Criminal; Rel Des Marinildes Costeira de Mendonça Lima; DJAM 30/11/2009; p. 1)”

¹⁸³ RODRIGUES, Leda Boechat. op. cit. 2001, p. 188

instrução lhe nomeasse um Defensor, mas lhe foi negado o pedido. Ainda insistiu dizendo que a Suprema Corte havia decidido que todos os cidadãos acusados de um crime têm direito a um advogado. Negou-se o pedido e ocorreu a condenação a cinco anos de prisão.

O pedido chegou a Suprema Corte em 08 de janeiro de 1962. Vinte anos antes houve o julgamento do caso *Betts v. Brady*, em que a Corte decidira que a 14 Emenda não garantia a presença de advogados nos feitos criminais processados perante a justiça estadual. O humilde pedido foi recebido como “Certiorari”, quando se determinou que sua defesa fosse realizada por Abe Fortas, conhecido advogado do período macartista. A causa foi debatida em 15 de janeiro de 1963, azo em que o Ministro Hugo Black, como Relator, determinou a superação do precedente “*Betts v. Brady*”, afirmando, segundo Rodrigues¹⁸⁴ que:

[...] a razão e a reflexão nos obrigam a reconhecer que nenhuma pessoa arrastada a um tribunal [...] poderá ter um julgamento justo se for tão pobre que não possa contratar advogado, salvo se lhe for dado defensor.

A autora prossegue afirmando que o *Chief Justice Warren* afirmou na Conferência dos Conselhos Judiciais que o caso Gideon iria produzir uma revolução em alguns Estados e que a representação dos indigentes era uma responsabilidade pública. A seguir, o Estado da Flórida aprovou, a pedido do Governador, uma lei criando Defensores Públicos em todos os circuitos judiciais. A norma foi aplicada retroativamente e janeiro de 1964 haviam sido libertados 976 prisioneiros, pois o Estado não tinha condições de condená-los num segundo julgamento.

Tal presença não deve ser apenas figurativa ou silenciosa. O Supremo Tribunal Federal entende que o patrono judicial pode e tem o dever de orientar e advertir o seu cliente acerca de declarações prestadas no âmbito de uma investigação policial, em especial quanto a seu direito de não-autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). No *Habeas Corpus* n.º

¹⁸⁴ RODRIGUES, Leda Boechat. op. cit. 2001, p. 191.

94.082, em 14 de março de 2008, em defesa de interrogado na conhecida “Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Departamento Estadual de Trânsito do Rio Grande do Sul (DETRAN/RS)”, o Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Celso de Mello declarou que o advogado, ao prestar o seu mister de assistência técnica, converte sua atividade institucional em prática de liberdade. E, ao detectar abusos de autoridades investigantes, incumbe-lhe intervir para cessar o arbítrio ou impedir que aquele que o constituiu se autoincrimine.

Santiago¹⁸⁵ defende o princípio do Defensor Natural no sistema constitucional brasileiro, apresentando a ideia como:

A presença da defesa técnica independente, indeclinável, inafastável, imparcial e inamovível em todos os momentos da persecução penal (*informatio delicti*, ação penal) e da execução penal, como forma de validar o ato persecutório estatal em favor do imputado.

Embora não conste tal denominação, a ideia base vem sendo objeto de discussão relevante nos tribunais superiores, devendo ser mencionados, como destacado pelo eminente autor¹⁸⁶, o julgamento do *Habeas Corpus* n.º 88.334/PA, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Brito, j. 12.09.2006, DJ 16.03.2007, em que se reconheceu ao advogado que acompanhou o réu no inquérito policial o direito a ser intimado para a realização da defesa do acusado, ainda que ele seja declarado revel, pois tal incidente processual não tem o poder de lhe subtrair o direito de defesa. Ainda há emanção do princípio nas Súmulas 708 do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁷.

¹⁸⁵ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O princípio do defensor natural no processo penal brasileiro. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; LIMA, Marcellus Pollastri. **A renovação processual penal após a Constituição de 1988**: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 236.

¹⁸⁶ Id. *ibid.* 2010, p. 240.

¹⁸⁷ Súmula 708 STF - É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

Há ainda resistências na sua afirmação, o que se pode detectar, por exemplo, na súmula 273¹⁸⁸ do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do *Habeas Corpus* n.º 90.828-4/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23.10.2007, DJU 30.11.2007), decidiu-se que a sustentação oral não é ato obrigatório, mas facultativo para a defesa e que a intimação em três dias para tal não feriria o princípio da isonomia, razoabilidade e do Defensor Natural. Disse o Relator que seria justificável a distinção de prazos para a acusação e defesa: “[...] em razão dos vários papéis exercidos pelo *Parquet*, não tendo sido, ademais, demonstrado, no caso, que este foi favorecido com prazo superior ao da defesa.”

O julgado do Supremo Tribunal Federal é relevante pela pressuposição da existência desse princípio no sistema constitucional brasileiro, embora não tenha realizado a sua delimitação conceitual, tarefa que está a ser realizado pela doutrina.

O princípio do defensor natural foi incorporado ao regime jurídico brasileiro, por meio da Lei Complementar n.º 132, de 07 de outubro de 2009, que acrescentou um art. 4º-A a Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 2004, com a seguinte redação:

Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos:

[...]

IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural;

Como consectários desse princípio, houve, dentre outros, o reconhecimento específico do direito de receber os autos com vista mediante intimação pessoal em qualquer processo ou grau de jurisdição (art. 128, I, da Lei Complementar (LC) n.º 80/94), e, o direito de representação dos hipossuficientes independentemente da apresentação de mandato, como prerrogativa (art. 44, XI, da LC n.º 80/94), ressalvados os casos em que haja a necessidade de poderes especiais, havendo superação

¹⁸⁸ Súmula 273 STJ - Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.

de antiga discussão referente à necessidade de poderes específicos mediante procuração para o exercício de suas relevantes atribuições.

Exige-se, doravante, dos tribunais brasileiros o reconhecimento do direito de defesa efetiva e real aos hipossuficientes e vulneráveis no Estado brasileiro, franqueando-se não apenas a enunciação de autorizações legais, mas, condições regulares para o desenvolvimento de seu múnus. Dessa forma, processos e procedimentos, independentemente de sua natureza, podem estar melhor reservados ante o adequado cumprimento do princípio do devido processo legal, sob o aspecto substancial.

4.5 Conceito de acusação responsável

A acusação responsável é a racionalização do direito de punir a partir do Ministério Público e de suas funções institucionais. Envolve de um lado o incremento à cautela e rigor técnico no tratamento dos meios probatórios no direito processual penal, desde o cometimento do delito, garantindo o respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, em seus aspectos formais e materiais, em vista da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. E de outro, o incentivo ao princípio da oportunidade, analisando quais delitos efetivamente lesionam bens jurídicos relevantes ao Estado de Direito, reservando o direito penal para o seu tratamento. Em relação aos demais bens jurídicos que não necessitem ser amparados pelo Direito Penal, deve-se promover o incentivo de meios alternativos de composição de conflitos, dando ensejo a mecanismos como a composição civil, ressarcimento patrimonial e prestação de serviços à comunidade.

A exposição de um conceito tem por objetivo não apenas analisar tecnicamente os seus elementos identificadores e apartá-lo dos demais. O escopo de maior envergadura é entender qual sua função no sistema em que inserido e o regime jurídico a ele aplicável. Entender algo é torná-lo compreensível aos seus destinatários, gerando uma utilidade a eles. E

ainda lhes transmitindo a noção de seus limites de interpretação, gerando um esclarecimento em suas consciências sobre o que o conceito é. Quanto mais claro isso ocorrer na mente de cada pessoa e no imaginário coletivo, melhor a comunidade em geral pode reagir quando da deturpação oportunista desse mesmo conceito. E, em ocorrendo tais eventos, ela poderá reagir adequadamente exigindo o sentido aprendido em seu intelecto.

Assim ocorre com a ideia de acusação penal.

4.5.1 A ideia de acusação

Riquelme¹⁸⁹ conceitua a denúncia como “[...] *la manifestación o narración que se formula a la autoridad de un hecho delictuoso del que se tiene conocimiento.*” Linhas adiante de sua obra, expõe que: “*El ejercicio de la acción pública comprende todos los actos que son necesarios para obtener el pronunciamiento de una pena contra el autor de una infracción.*”

Oderigo¹⁹⁰, por seu turno, dispõe que a ação é de natureza penal quando seu conteúdo é uma pretensão punitiva, isto é, “[...] *cuando el actor reclama la actividad jurisdiccional para que se declare el derecho del Estado a someter a alguien a la ejecución de una pena*”. O autor ressalta que a pretensão punitiva é requisito indispensável da ação penal, já que se não for requerida a imposição de uma pena faltaria um interesse a justificar a atividade jurisdiccional penal e haveria carência de um objeto adequado. Mas, segundo ele, o direito de provocar a ação penal seria distinto da aplicação da pena por meio do processo.

Afinal, ainda que fosse reconhecida, logo no início da ação penal, que o fato narrado não constituiria um delito, ainda assim, o promovente teria direito a uma decisão jurisdiccional, seja através de arquivamento ou

¹⁸⁹ RIQUELME, Vitor B. **Instituciones de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 288.

¹⁹⁰ ODERIGO, Mario A. **Derecho procesal penal**. T. I. Buenos Aires: Ideas, 1952, p. 173.

sentença. E esse direito de obter um provimento seria, em verdade, o de ação penal, que, ainda segundo Oderigo¹⁹¹ “no se origina en la comisión de ningún delito, sino em la legitimidad concedida al actor, por la ley procesal, para sustentar pretensiones punitivas em casos determinados.”

Apresenta-se dessa forma a discussão acerca da ideia de acusação e de ação penal. Se ela apenas existiria quando trazido ao conhecimento judicial um fato que, em seu final, resultasse no reconhecimento de um delito, logrando a aplicação de uma sanção prevista no sistema; ou se bastaria a postulação de um fato, em regra, que violasse uma regra penal abstrata adrede inserida no ordenamento. A questão envolve discussão que remonta à própria natureza do direito de ação, se independente ou não da pretensão material que subjaz.

Em estudos clássicos sobre o “direito de ação”, não se constatava separação clara entre direito e processo, como lembra Dinamarco¹⁹² O direito à ação não era dissociado do direito material a que se relacionava. Era aspecto dele. O processo era tido como conjunto sequenciado de atos para a reparação daquela lesão, numa concepção de ordenamento jurídico de natureza plana, havendo um claro sincretismo processual. Houve um abalo nessa visão inaugurado por clássica polêmica entre os juristas alemães Bernhard Windscheid (então professor na Universidade de Greifswald) e Theodor Mütther (então mestre da Universidade de Königsberg), travada entre os anos de 1856 e 1857 relativamente ao direito de ação no Direito Romano.

Dizia o primeiro, em ferrenha crítica aos romanistas da época, que o cidadão não tinha um direito subjetivo ao bem de vida quando se dirigia ao Estado Romano para a defesa de seus direitos. Teria, sim, direito a uma *actione* que poderia ou não ser concedida pelo Pretor, uma *asnpruch*.

¹⁹¹ ODERIGO, Mario A. op. cit. 1952, p. 174.

¹⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18.

Segundo Batista e Gomes¹⁹³:

Em Roma, afirma Windscheid, a *actio* não era um meio de defesa de um direito, senão que o próprio direito. O cidadão romano não era titular de um direito *contra* alguém, mas sim de uma *actio*, ou seja, do poder de agir contra outrem; poder esse que não lhe advinha de um direito, mas da concessão do Pretor. Assim, vigorava tanto no período das *legis actiones* como no processo formulário. A partir desse último, o pretor começou a elaborar, ele próprio, as regras através das quais distribuiria a justiça, não se afastando, nem se prendendo de todo ao direito vigente. Do ordenamento jurídico romano não se extrai a afirmação de que alguém possuía um direito ou de que cabia uma ação, no mesmo sentido no qual se afirma atualmente. Para o jurista alemão o conceito romano de *actio* é inteiramente diverso do moderno conceito de ação (*klage* em língua tedesca): “entende-se hoje por ação o direito que deriva de outro direito”, ou seja o direito dirige-se também a alguém: ao titular da obrigação; a quem deve fazer ou omitir. Quem tem direito pode *ansprechen* (pretender, exigir, vindicar algo de outrem). Windscheid denominou *anspruch* a pretensão ao que brota do direito. Mas a pretensão existe, que o direito haja sido violado ou não. Logicamente, transparece com muito maior vigor quando ofendido o direito. E o que transparece é o *anspruch* (pretensão)”

A resposta de Theodor Muther pode ser analisada a partir da exposição de Dinamarco¹⁹⁴:

A resposta de Muther foi essencialmente no sentido da reaproximação entre dos conceitos romano e moderno de *actio* e ação, sustentando ele que em Roma também havia prioridade do direito sobre a ação e que esta era o direito à prestação da tutela jurídica (direito à emissão da fórmula) tendo por titular passivo o magistrado não o adversário.

O mérito dessa discussão foi realizar a distinção entre o direito de alguém exigir do Estado uma tutela para a proteção de seu direito (direito à tutela) e o direito material a ser efetivamente protegido, categorias que não restavam claras naquela altura de desenvolvimento da ciência processual. Analisar se há absoluta independência entre elas se tornou um de seus marcos. A sistematização de ambas ocorreu onze anos após, através de Von Bülow cujas ideias foram apresentadas ainda por Dinamarco¹⁹⁵:

¹⁹³ SILVA, Ovídio Batista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 97.

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 43.

¹⁹⁵ Id. Ibid. 2000, p. 46.

As regras contidas na lei limitar-se-iam a fornecer uma trilha obrigatória mais ou menos precisa, para a formação da norma concreta; mas é o juiz, através do processo, quem *completaria o direito substancial*, produzindo a norma concreta. O direito, pois, na concepção de Von Bülow, forma-se escalonadamente, a principiar da norma incompleta contida na lei e consumando-se com a sentença que completa essa norma e faz nascer o direito subjetivo do caso concreto.

Instauraram-se duas grandes correntes processuais sobre o direito de ação: a) a teoria do direito concreto à tutela jurídica; b) a teoria do direito abstrato de agir. Para a primeira, a ação é um direito autônomo e concreto, não reclamando necessariamente a relação de direito material subjacente, como as ações meramente declaratórias. Seria a ação “x” para a proteção de um direito “y”. Como a tutela é exercida diante uma situação concreta, apenas existiria direito de ação quando a sentença fosse favorável. Para a segunda, o direito de ação é independente do direito material, que pode até ser negado sem que seja desnaturado o direito de ação já efetivado.

Merece destaque a conceituação de direito de ação por Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra¹⁹⁶:

Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (que independe da existência do direito subjetivo material) e *instrumental*, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é conexo a uma situação jurídica concreta. A doutrina dominante distingue, porém, a ação como direito ou poder constitucional – oriundo do *status civitatis* e consistindo na exigência da prestação do Estado – garantido a todos e de caráter extremamente genérico e abstrato – do direito de ação de natureza processual, o único a ter relevância no processo: o direito de ação de natureza constitucional seria o fundamento do direito de ação de natureza processual”

Modernamente, está a se reconhecer uma maior aproximação entre direito e processo, através de um movimento amplo de acesso a Justiça. A efetividade jurisdicional é a pedra de toque da modernidade na ciência do processo. Encarar o direito de tutela jurisdicional olvidando a realidade diuturna que se nos apresenta é negar a concepção de Estado de

¹⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255.

Direito Democrático. Realizar a jurisdição é dizer a vontade da Constituição e das Leis num determinado momento histórico, sujeito às contingências que lhe são inerentes. A mera subsunção aristotélica da norma abstrata ao caso concreto dissimula uma intenção limitadora da atividade judicial e cristalizadora de valores pendentes de evolução.

Trazendo o conceito de ação para a seara penal, vê-se que acusar não é apenas elencar fatos cometidos por uma pessoa que possam corresponder, em tese, a uma hipótese de incidência penal. Há condições necessárias e imprescindíveis para que essa postura seja compreendida adequadamente como acusação. O seu desvirtuamento pode gerar uma multiplicidade de situações dentro do processo, desde a sua nulidade quando não seja possível o conhecimento adequado de como foram produzidos os meios suficientes para a demonstração da ocorrência dos fatos elencados. Ou quando as provas em tela foram palmilhadas de vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade, tornando-as imprestáveis para dar início a um processo idôneo a gerar um provimento útil às partes e até para, com base nas mesmas, dar ensejo a outras provas complementares dos fatos, azo em que se tratará do fenômeno da ilicitude probatória.

Ainda se afigura possível que as provas, ainda que válidas segundo regras de direito processual e material, não possuam o alcance planejado pela parte que as manuseia. E as conclusões sobre a existência do delito e de suas elementares menos que nos subsídios probatórios alojem-se apenas na consciência dos subscritores da inicial. Também nessas hipóteses, o feito respectivo se torna viciado e imprestável para a criação de um processo minimamente idôneo, gerando o abuso do poder de acusar, com danos graves a todos os integrantes do sistema de jurisdição e não apenas aos promovidos e supostos responsáveis pela conduta típica.

Um vício no ato acusatório implica todo o sistema. Perde o acusado que tem sobre si a pecha de realização do ato delituoso, gerando sobre ele toda uma restrição a seus direitos mais básicos, como honra, liberdade, propriedade, imagem social, profissional, familiar, com reflexos

que muito superam os limites do processo em testilha. A simples menção de que alguém teve contra si uma suspeita de cometimento de crime contra o patrimônio causa um óbice quase intransponível a qualquer contratação, em especial de natureza privada, alijando-o do acesso ao mercado de trabalho em condições isonômicas com os demais interessados.

Um é o sistema jurídico-normativo que assegura a alguém o direito de não ter os seus direitos tolhidos sem o devido processo legal em relação a processos de seleção pública, o que se revela, dentre outros, pelo julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 769.443 – CE, no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁷. Em matéria penal, o acusado é considerado não culpável até o encerramento de todos os recursos ordinários e extraordinários, posição, aliás, assumida expressamente por nossa Corte Constitucional quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078, pelo Ministro Eros Grau, em 05.02.2009. E reiterado em diversas decisões ulteriores, sendo essa a realidade constitucional ora imanente no constitucionalismo pátrio.

Assim, qualquer prisão processual, doravante, há de ser revestida de feição cautelar, quando presentes e detectáveis os requisitos para a prisão preventiva. Um é o discurso de justificação teórica, como se disse. Outro é o de efetiva aplicação. Em especial quanto às pessoas mais simples da comunidade, a menção a conduta delituosa numa “folha corrida” afasta-o do mercado de trabalho. E, de igual forma, o mesmo Estado que o encarcerou não lhe propicia formas adequadas, materiais e logísticas, de reinserção social. E ainda o indigita com a pecha da reincidência quando torna a delinquir.

O próprio Estado ainda é atingido com um defeito grave na acusação. Todo o serviço público traz uma natural demanda por gastos e

¹⁹⁷ O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que viola o princípio constitucional da presunção de inocência a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal STF; AI-AgR 769.433; CE; Segunda Turma; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 15/12/2009; DJE 12/02/2010; p. 111)

investimentos. Num regime democrático, o sistema de arrecadação fiscal está submetido a direitos fundamentais e princípios tributários, limitando a transferência de recursos da iniciativa privada para o custeio da máquina pública. Há demandas crescentes em diversos setores, em especial saúde, educação e segurança, e direitos sociais em geral, em especial pelo matiz social de nosso constitucionalismo, vocacionado à redução de desigualdades regionais e locais e da pobreza. Isso requer planejamento para um equilíbrio entre os reclamos sociais e os custos disponíveis.

Nesse contexto, não se pode destacar a jurisdição penal de seu aspecto intrínseco de serviço público universal, embora prestado pelo Poder Judiciário, e não executivo, a atender os administrados/jurisdicionados sem qualquer contraprestação equivalente da parte dos mesmos. Assim, um processo penal reclama a movimentação de toda a máquina judicial, do Ministério Público, advocacia e Defensoria Pública, a envolver servidores públicos, empregados privados, materiais de serviço, tempo despendido, esforços, enfim, toda uma série de despesas, em regra não mensuráveis financeiramente, que comprometem o Estado e que seriam contingenciadas para gastos diversos frente a um processo sem condições mínimas de sustentação jurídica num processo judicial racionalmente considerado. Um feito penal não serve para a exposição cara e desarrazoada do patrimônio jurídico de uma pessoa, ou para o consumo inadequado de rendas públicas. Mais do que a legitimação por meio da força aparente de suas instituições, o Estado-Jurisdição é legitimado pela racionalidade de seus gastos e pelo resultado social concreto e palpável oriundo dessas atividades.

Perde, enfim, a própria sociedade. Seja porque financiou, via impostos, um serviço que não está se desenvolvendo a contento, seja porque a ocorrência de um delito gera uma crise no meio da comunidade. É posta à prova a confiabilidade do próprio sistema e a subsistência das normas jurídicas sob as quais as pessoas vivem. Cometido um delito, ou o sistema estatal se organiza para apurar o foco de desagregação e, após a utilização de ferramentas constitucionais e legislativas colhidas do ordenamento, aplica a adequada reprimenda ao seu autor, e dessa forma

comprova a persistência da norma, ou essa expectativa é frustrada. E se converte em indagação espontânea sobre as razões de manutenção do próprio sistema.

Em clássica obra sobre o conceito de acusação, Oliveira¹⁹⁸ apresenta a ideia de que ela representa a “[...] instância restauradora do equilíbrio coexistencial perturbado, da desproporção entre o cometimento criminoso do mau cidadão e a quietude e serenidade dos demais.” Prossegue em sua análise atribuindo um dever de realizar a justiça penal a pairar sobre o acusador, pois lhe incumbiria um dever de bem proceder, contribuindo, assim, para o fortalecimento das instituições e organização da sociedade, o que estaria em relação com um poder maior de justiça legal.

Defende ainda Oliveira¹⁹⁹ a questão de acusar com justiça, uma prática virtuosa da acusação, apresentando questionamentos ao acusador como forma de aferição sobre a correção de sua conduta, o que seria realizado pelos seguintes questionamentos: a) há procura de aperfeiçoamento na ciência jurídica? b) há dedicação do tempo e estudo necessário para a solução dos processos? c) os processos atrasam por preguiça, desordem ou desídia? d) há disposição do acusador em padecer riscos de vida ou perda de reputação antes de cometer ou cooperar formalmente numa injustiça? e) existe a diligência devida com a séria investigação da verdade dos fatos no âmbito dos processos? f) a inocência do acusado é sempre objeto de preocupação? g) há preparação pessoal quando a atividade de acusação possa ser considerada injusta ante uma lei considerada injusta? h) quando licitamente possível a redução da margem de injustiça de uma lei por parte da atividade de acusação, isso tem sido realizado?

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **O conceito de acusação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256-257.

¹⁹⁹ Id. *ibid.* 2006, p. 264.

4.5.2 A acusação num processo como situação jurídica: o paradigma de Goldschmidt

A adequada compreensão do que vem a ser a acusação exige uma ideia satisfatória do que se entenda por processo, numa visão mais ampla e racional, sob pena de se laborar num idealismo vazio e gerador de insatisfação para os atores processuais em geral e, de igual sorte, para o conceito de jurisdição.

Como destaca Lopes Júnior²⁰⁰, uma das mais destacadas teorias para a compreensão da ciência do processo de modo autônomo em relação ao direito material subjacente foi a teoria do processo como relação jurídica de Bülow, em sua obra *La teoría de las excepciones dilatorias y lós presupuestos procesales*, em 1868. Para ele, processo era uma relação de direito público estabelecida entre as partes (Ministério Público e réu) e o Juiz, com a geração de direitos e obrigações processuais. Seu viés público derivaria da natureza do liame a unir os envolvidos, que seria, por natureza, diverso da relação material que embasa o feito.

Na questão penal, houve um considerável progresso, pois o acusado não mais era visto como um objeto de investigação, mas como sujeito de direitos e obrigações, com seus próprios direitos subjetivos, que deveriam ser respeitados pela parte ex adversa, incumbindo ao Juiz o dever manter a higidez e paridade de armas entre elas. A atividade do magistrado corresponderia a uma espécie de “poder de polícia” administrativo, conduzindo as partes e ordenando suas manifestações, de tal forma que, seguidos os passos legalmente previstos, ao final surgiria a sentença como produto racional do embate entre as partes quando respeitados, especificamente, o direito de cada um deles.

²⁰⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)descobrimo as teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.16, n. 75, p. 101, nov./dez. 2008.

Surgiria a noção de pressupostos processuais, como requisitos a serem atendidos pelas partes, sob a observação judicial, que levariam cada fase do processo à etapa subsequente. Por exemplo, pressupostos de constituição, pressupostos de desenvolvimento, ou juiz competente e não impedido, partes regularmente representadas por advogado. Prazos seriam estabelecidos para regularização de vícios de constituição do feito, sendo de observância obrigatória, sob pena de surgir o direito da parte ao reconhecimento da inadequação do processo e o dever do Juiz em extinguir o feito com ou sem julgamento de mérito.

Aplicadas essas ideias ao processo penal, teríamos nos feitos respectivos as figuras do réu, Ministério Público e Juiz, cada um com suas obrigações. Daí, haveria o prazo para a oferta da denúncia, como obrigação a gerar o dever do Juiz em seguir com o feito, designar audiências em que o órgão acusador deveria comparecer, assim como o imputado, cuja presença seria ou não dispensada; ou caso uma prova fosse do interesse da defesa, deveria forçosamente ser realizada, ainda que envolvida em ilicitude, por homenagem ao princípio da ampla defesa, não ocorrendo direito do órgão do *parquet* a se insurgir contra isso. Atendidos os pressupostos, cumpridos os procedimentos, o feito chegaria à sua conclusão, havendo a convicção de que a conhecida “verdade material” surgiria dos debates entre as partes, após manifestação soberana do Poder Judiciário, como autêntico “Ministro do Sentido”, a “conceder direito” a uma das partes, tornando-se preclusas as questões não suscitadas pelo Ministério Público.

Houve fortes críticas a essa postura baseadas em fatos concretos e apreciáveis no cotidiano forense, em especial nos feitos penais. Assim, apesar da afirmação de que as testemunhas se prestam para contribuir para o alcance da verdade dos fatos, seja de acusação ou defesa, quando não arroladas no prazo pelo órgão de acusação, não mais poderiam trazer suas versões. Por outro lado, um depoimento poderia não espelhar a realidade fática, pois, como seres humanos, suas impressões poderiam estar toldadas

por “falsas memórias”²⁰¹, tendo por verdadeiros fatos não ocorridos, realidade presente em diversos juízos onde provas de natureza técnica não estaria à disposição do serviço policial ou judicial. Ou ainda fatos aleatórios, como a destruição de evidências probantes por eventos força maior ou caso fortuito; negativa de reconhecimento de direitos da acusação ou defesa por desconhecimento das partes e do Poder Judiciário.

Tais conjunturas levaram à ilação acerca da existência de uma notória perspectiva de insegurança na realização da atividade jurisdicional, a atingir todos os envolvidos em sua atividade. Um grande autor identificou essa realidade e passou a pesquisá-la, trazendo uma forte crítica à teoria do processo como relação jurídica, chamando a atenção para a existência, em verdade, de uma série de situações jurídicas dentro de um processo, gerando expectativas e chances, que poderiam ou não ser aproveitadas pelas partes, gerando ganhos e perdas, que culminariam com uma sentença fruto de todos esses fatores. Sentença essa que não seria o alcance da tão propalada “verdade material penal”, mas de uma verdade processual, que exsurgiria do contexto procedimental. E melhor atenderia aos interesses da parte autora ou da promovida na medidas em que elas houvessem melhor se desincumbido das “cargas processuais” sob sua responsabilidade e trazido um potencial de convencimento ao poder judiciário. Esse autor foi James Goldschmidt.

Suas ideias, em que pese à época de sua divulgação como a primeira metade do século XX, ainda não estão inteiramente incorporadas ao pensamento jurídico contemporâneo. Em especial, por trazerem aos feitos, seja de natureza civil e especialmente aos de índole penal, um desnudar de conceitos clássicos, em especial a segurança, como um requisito basilar para o Estado de Direito moderno. Não se coaduna com o que se espera do conceito de jurisdição a constatação de que uma pessoa não culpada tenha sob sua responsabilidade o cometimento de um delito ou o agravamento de sua pena, caso o responsável por sua defesa haja

²⁰¹ GESU, Cristina de. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

claudicado no exercício de suas funções. Muito da legitimação do poder jurisdicional repousa sobre ideias não racionais, capazes de oferecer um conforto e convencimento à comunidade em geral que vislumbra o sistema jurisdicional e seus atores como imune a erros de avaliação, o que envolve o Ministério Público, defesa e Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, Goldschmidt²⁰² traz a ideia do processo como “estado de guerra”, um palco onde os interessados se digladiam, não para alcançar o que seja correto, em tese, mas para a afirmação de seus direitos, ou do que entendem por correto, em sua visão pessoal. A sentença seria o resultado de uma luta pelo direito e, com isso, as expectativas de um provimento judicial favorável dependeriam, em geral, de um ato processual anterior da parte interessada que foi capaz de gerar êxito. De igual forma, uma decisão judicial desfavorável está relacionada a uma omissão de conduta atribuível à parte sucumbente. Segundo ele, “[...] a parte que se encontrar na situação de produzir por um ato uma vantagem processual tem uma possibilidade ou ocasião ou oportunidade processual.”

Haveria, segundo o autor²⁰³, uma concepção dinâmica do direito, pois converte todas as situações jurídicas em “expectativas” ou “perspectivas” de uma decisão judicial de conteúdo determinado. Segundo ele²⁰⁴, isso estaria em contraste com uma visão estática do direito, que “[...] enfoca todas as relações jurídicas como consequências juridicamente necessárias de fatos pressupostos como realizados.” Ele prossegue, usando uma analogia sobre a guerra para justificar essa concepção. Quando ele estouraria, tudo estaria na ponta da espada, eis que os direitos mais intangíveis se converteriam em possibilidades, expectativas e obrigações, e “todo o direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião, ou o descuido de uma obrigação.”²⁰⁵ Segue o autor afirmando que a ideia contrária é viável, isto é, o confronto pode ser capaz de conferir

²⁰² GOLDSCHMIDT, James. op. cit. 2002, p. 50.

²⁰³ Id. ibid. 2002, p. 51.

²⁰⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 49.

²⁰⁵ Id. ibid. 2004, p. 48.

o usufruto de um direito a quem não seja o seu real merecedor.

Os pressupostos processuais, tão valorizados para Bülow, em verdade seriam pressupostos de uma sentença sobre o fundo. Afinal, cada ato praticado pela parte não tem o poder de gerar a consequência imaginada e querida por ele, necessariamente. Assim, uma testemunha que afirme categoricamente que um delito não ocorreu não carrega necessariamente a absolvição do réu. Mas, indica um fato novo, uma expectativa de que tal ocorra, a qual pode ser desconstituída caso o órgão de acusação logre demonstrar que ela não se encontrava no local, ou que ela mantém relação de parentesco com o acusado, ou que, por um convencimento íntimo, não a julgue capaz de espelhar a verdade em seu depoimento.

Em outra obra, Goldschmidt²⁰⁶ diz que se entende por direitos processuais, “[...] *las expectativas, posibilidades y liberaciones de una carga procesal. Existen paralelamente a los derechos materiales, es decir, a los derechos facultativos, potestativos e permisivos (Zitelmann).*” Ao analisar os atos processuais, o autor os conceitua como: “[...] *los que dan vida a la situación jurídica procesal, es decir, los que crean, modifican o extinguen las perspectivas, posibilidades y cargas procesales, o la liberación de éstas.*”²⁰⁷ E ainda classifica os atos das partes em atos de postulação e atos constitutivos, os primeiros têm por escopo obter uma resolução judicial sobre de determinado conteúdo, mediante influxos psíquicos sobre o juiz, por exemplo, solicitações, alegações e aporção de provas; e atos constitutivos são todos os demais.

Quem, de início, exarou forte crítica à teoria do Goldschmidt, mas depois findou por acolher grande parte de sua teoria foi Calamandrei²⁰⁸. Segundo ele, no processo civil o promovente diligencia para obter uma

²⁰⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Traducción de la segunda edición Alemana por Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 194.

²⁰⁷ Id. *ibid.* 1936, p. 227.

²⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 227.

sentença que reconheça o seu direito, mas consegui-lo não depende somente de sua demanda. Em suas palavras, “o juiz não é [...] uma dessas máquinas automáticas em que basta colocar a moeda de um lado para que do outro, saia um cartão com a resposta.”, Ainda segundo ele, para que haja êxito no processo, a demanda do autor há de ser “filtrada pela mente do juiz, que se consiga fazer entender por ele e persuadi-lo.” O sucesso, ainda segundo ele, dependeria da interveniência dessas psicologias individuais e da força de convencimento com que as razões, feitas valer pelo promovente, logrem suscitar simpatias e ressonâncias no espírito do julgador.

Com isso, ao tomar a decisão o juiz se depara com uma escolha necessária, não mais podendo ser aceita a ideia de que ele daria razão a quem lhe apeteça. No entendimento de Calamandrei²⁰⁹, ele é “obrigado a dá-la a quem melhor consiga, pelos meios técnicos apropriados, demonstrar que a tem.” Com isso, há feliz coincidência quando o litigante mais justo seja, de igual sorte, o mais hábil. Mas, quando isso não ocorrer, é uma hipótese contingente que, segundo o autor²¹⁰, “o processo, de instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, passe a ser um instrumento de habilidade técnica, criado para dar vitória ao mais esperto.” Assim, o mais relevante passe a ser a vitória e não a justiça. E o processo, na expressão do autor italiano, torna-se “um jogo em que é preciso vencer.”²¹¹

Uma das mais fundadas críticas, embora eivada de respeito, foi realizada por Alcalá-Zamora y Castillo²¹². Realizou uma análise de tópicos relevantes da obra do mestre alemão nos dez anos de sua morte, destacando-se, a seu ver, que apesar de toda a produção sobre o processo como situação jurídica, não ocorreu um sistematização das ideias em suas obra, com a exceção de sua obra sobre o direito processual civil. Ainda discorda de sua classificação entre “atos das partes” e “atos do juiz”, por

²⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. op. cit. 2003, p. 228.

²¹⁰ Id. ibid. 2003, p. 228.

²¹¹ Id. ibid. 2003, p. 229.

²¹² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Los actos procesales em la doctrina de Goldschmidt. In: **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. T. II: números 12-30. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1992, p. 53.

carecer de maior científico e ser de fácil assimilação para estudantes, embora o público a que obra se direcionaria não fosse apenas esse. E uma classificação que aspirasse ser completa sob o aspecto subjetivo não deveria se circunscrever a apenas dois sujeitos: partes e juiz. Dentre outros motivos, porque muitos atos são complexos, com a participação de diversas pessoas. Assim, quando o juiz deferisse atos de recepção de provas, por exemplo, a seus secretários e eles lhes repasse os atos judiciais passariam a ser secretariais, por exemplo.

Examina a seguir a função do Ministério Público. Embora seus atos muito se aproximem dos “atos de partes”, a realidade não permite essa conclusão. É o caso de quando o *parquet*, ao lado de sua função promotiva, exerce múnus consultivo. E ainda pairaria sobre a instituição um ônus de parte imparcial, eis que não seria litigante, mas um mero sujeito processual. E quando assumisse determinadas funções decisórias muito essa atividade se aproximaria da jurisdição, por exemplo, segundo o autor, em certos casos de arquivamento. No caso do Brasil, por exemplo, em havendo pedido de arquivamento junto aos tribunais superiores em vista de tipicidade penal, não quanto aos fatos, firmou-se o entendimento de que tal postura não é objeto de análise judicial, nem o feito pode ser reaberto.

Ainda sobre Goldschmidt, podem ser mencionados os posicionamentos de Baumann²¹³ para quem não é particularmente útil saber se o processo deve ser compreendido como uma relação jurídica ou como uma situação jurídica que se modifica constantemente, pois, em verdade, seria uma e outra coisa. É uma relação jurídica porque toda relação entre os participantes do processo não tem uma forma simplesmente fática, mas se converte numa relação jurídica que deve seguir as normas processuais para o período processual pertinente e está numa relação de sujeição a uma valoração processual. Mas, por outro lado, é uma relação que se modifica continuamente porque as relações de cada período processual se estruturam em vista de cada ato processual de um sujeito processual.

²¹³ BAUMANN. Jürgen. **Derecho procesal penal**: conceptos fundamentales e principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires: Palma, 1986, p. 248.

Afinal, o processo, após cada relação processual, apresenta uma relação jurídica distinta da anterior. Ainda segundo Baumann²¹⁴, haveria direitos e deveres entre todos os intervenientes e não apenas entre estes e o tribunal e o princípio acusatória possuiria exatamente essa contingência, “dar ao acusado um adversário desprovido do poder de direção.”

Tomando por base a doutrina de Goldschmidt, vê-se que no processo penal o Ministério Público tem uma responsabilidade ingente, eis que a ele incumbe produzir o material indicativo de um delito por parte do suspeito e todas as circunstâncias relacionadas a ele. A ele pertence a pretensão penal acusatória. Não sendo crível ou aceitável constitucionalmente que o demandado tenha o dever de colaborar com a apuração dos fatos trazendo ao feito elementos que podem desabonar o seu original patrimônio jurídico de liberdade.

O órgão ministerial deve, sob essa perspectiva, não somente coligir elementos indicativos do delito e sua autoria, mas velar para que a colheita de provas técnicas, como perícias, documentos, vistorias, ou depoimentos de testemunhas, vítimas e informantes, seja realizada com o adequado respeito às regras constitucionais e legais, dentro de uma perspectiva de resguardo de sua pretensão, e, de igual formal, para o cumprimento do princípio do contraditório, em seu aspecto material.

Afinal, de nenhuma serventia será um elemento de convicção, ainda que à primeira vista relevante para o deslinde do feito, caso ocorra sua exclusão do feito em vista de uma pecha de ilicitude. E mais. Caso a prova haja servido de meio indispensável e direto para a obtenção de outras provas, ainda terá o condão de tornar imprestáveis todas as que lhe forem subsequentes, obstando a construção do processo, como instrumento idôneo para o exercício da jurisdição. Trata-se da teoria dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of poisonous tree*). É a perspectiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o que pode ser observado, dentre outros, no

²¹⁴ BAUMANN. Jürgen. op. cit. 1986, p. 250.

juízo do *Habeas Corpus* segundo nº 69.912/RS, Ministro Sepúlveda Pertence.²¹⁵

Sobre tal aspecto, insta ressaltar a contribuição de Fazzalari²¹⁶ ao distinguir as categorias de “processo” e “procedimento”. Para ele, o processo é um

[...] procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar suas atividades.

Prossegue afirmando que não basta a mera participação. É mister uma colaboração ativa, real, efetiva, o que se perfaz através do instrumento do “contraditório.” Consiste ele na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase de preparação, além do que ele nomina de “simétrica paridade” quanto às suas posições. Cada contraditor deve poder exercer um conjunto de escolhas, reações, controles, além de padecer os controles e reações dos outros, com a devida prestação de contas do resultado.

Ao Ministério Público é apresentado o dever de acusar. Mas, ao mesmo tempo, há de fazê-lo com o adequado respeito aos direitos fundamentais do suspeito e dentro de uma perspectiva de necessidade da instauração do processo para o resguardo da ordem jurídica, sob pena de resvalar para uma atividade abusiva.

²¹⁵ “Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do ‘*fruit of the poisonous tree*’ é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.” (Supremo Tribunal Federal STF; *Harbeas Corpus* segundo 69.912; RS; Tribunal Pleno; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 16/12/1993; DJ 25/03/1994; p. 06012)

²¹⁶ FAZZALARI, Elio. op. cit. 2006, p. 119.

A questão apresenta maior relevância em vista de estudos recentes que estão a concentrar a postulação da pretensão penal nas mãos do órgão do Ministério Público. E que o processo penal respectivo somente deveria perseverar em mãos do Poder Judiciário, enquanto o órgão do *parquet* assim manifestasse presente o interesse no seguimento da acusação. O pedido de absolvição formulado por ele, em tais circunstâncias, portaria uma carga vinculativa para o órgão julgador que, doravante, ficaria toldado em proferir decisão condenatória. O argumento é interessante. E está a ganhar força na doutrina brasileira, sendo acompanhado por alguns tribunais de justiça, embora padeça de resistência no âmbito dos tribunais superiores. Tal posição vem fundamentada por Prado²¹⁷, ao defender uma extensão do conceito de contraditório no sistema processual penal brasileiro, que não mais estaria restrito à matéria de fato. Mas, ao contrário, envolveria ainda as situações jurídicas postas sob apreciação judicial.

Assim, caso após uma instrução penal, o Ministério Público pugnassem pela absolvição, ele retiraria tanto da defesa quanto do órgão julgador a possibilidade do contraditório acerca dos argumentos hábeis para a condenação penal. Com isso, para o fim de proceder a uma condenação o juiz sentenciante deveria colmatar a lacuna deixada pelo órgão acusador com suas próprias impressões, valorações e entendimentos sobre a argumentação jurídica acusatória.

É dizer: assumiria uma posição inquisitiva, avessa ao sistema acusatório pátrio. O que mais se agravaria quando da análise de eventuais qualificadoras ou causas de aumento de pena, em não sendo arguidas pelo *parquet*. Sob essa perspectiva, o art. 156, I, do Código de Processo Penal brasileiro, por exemplo, ainda que com redação recente, oriunda da Lei n.º 11.690/2008, estaria a padecer vício de inconstitucionalidade material, ao dispor que o juiz, de ofício, poderia determinar, ainda antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Ou, o art. 356 do mesmo Código de Leis, o qual prevê que nos

²¹⁷ PRADO, Geraldo. op. cit. 2006, p. 116.

crimes de ação penal pública o juiz poderá proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público haja “opinado” pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Um dos pontos que mais chama a atenção no art. 356 da Lei Processual Penal é a indicação de que o Ministério Público teria mera função opinativa quando de uma alegação final de natureza penal. Aparenta haver, subjacente, a posição legal de que o feito de natureza penal fica sob a responsabilidade integral do poder judiciário, a quem incumbe ordená-lo, colher a prova respectiva e, caso formado o seu próprio convencimento supedaneado nas impressões colhidas por ele, prolate sentença condenatória. Embora se compreenda que a noção de sistema processual penal é uma construção doutrinária sujeita a fortes críticas, segundo Aroca²¹⁸, o princípio acusatório, por ora, é o que maior respeito e garantia concede aos direitos fundamentais do acusado e previne o retorno a sistemas de antanho, por meio da concentração entre as posturas de instruir e julgar o feito, de modo concomitante, violando princípios caros ao constitucionalismo como um contraditório material. Recente decisão têm amparado esse posicionamento, a exemplo da 5 Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Acórdão n.º 1.0024.05.702576-9/001(1), numeração única 7025769-06.2005. 8.13.0024.²¹⁹

²¹⁸ AROCA, Juan Montero. **La inutilidad del llamado principio acusatorio para la conformación del proceso penal.** Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/index1.htm>. Acesso em: 8 jul. 2010.

²¹⁹ “Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador. II - O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor. III - Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório. IV - A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público.”

Porém, o Superior Tribunal de Justiça, em data recente, confirmou jurisprudência anterior acerca da legalidade de prolação de condenação, ainda que presente pedido de absolvição por parte do Ministério Público²²⁰. Há uma clara aproximação à figura do sistema inquisitivo.

A pautar-se por esse entendimento, ainda podem ser citados Lopes Júnior²²¹, o qual ainda defende mudança legislativa, no sentido de que o Ministério Público pudesse dispor da ação penal pública, pedindo a absolvição a qualquer tempo, Rangel²²², dentre outros.

4.5.3 O abuso do poder de acusar

Em página clássica da dogmática processual penal brasileira, ao estudar a natureza e a função do Ministério Público, Bueno²²³ expõe que a ação é a força pública da sociedade que há de punir o crime e fazer valer todos os direitos, devendo ser ramificada ante todos os tribunais criminais, servindo como auxiliar do governo para inspecionar a execução da lei, e regularidade dos atos dos magistrados e aliando a ordem administrativa com a judiciária. Em relação à função do Ministério Público quanto à ação penal declara que ele: “[...] não deve incomodar levemente e menos oprimir injustamente a um só cidadão; seria isso um grave crime.” A par disso, porém, há de ser um guarda vigilante e enérgico da ordem pública e repressão dos ilícitos, independentemente de quem sejam os seus autores ou participantes, como uma de suas grandes funções institucionais.

²²⁰ A Turma reiterou o entendimento de que o magistrado não está vinculado ao pedido de absolvição formulado pelo *Parquet*, se as provas dos autos apontarem em sentido diverso. Precedentes citados: REsp 1.073.085-SP, DJe 22/3/2010; HC 84.001-RJ, DJ 7/2/2008, e HC 76.930-SP, DJ 5/11/2007. HC 162.993-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 17/6/2010. (Informativo STJ nº 439, 14 a 18 de junho de 2010).

²²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. op. cit. 2002.

²²² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 62.

²²³ BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1959, p. 127.

Canotilho e Moreira²²⁴, ao comentarem a Constituição de Portugal, afirmam que o princípio da acusação não dispensa, mas exige o controle judicial, com o fito de “[...] evitar acusações gratuitas, manifestamente inconsistentes, visto que a sujeição a julgamento penal é, já de si, um incômodo muitas vezes mais oneroso e não raras vezes um vexame.”

Toda acusação penal revolve os direitos fundamentais mais básicos da pessoa envolvida. Para Carnelutti²²⁵ expõe que o processo penal é uma forma de tortura para o suspeito, sendo inconciliáveis os artigos referentes à incolumidade do preso e a liberdade de imprensa, eis que logo ao despertar do processo criminal, com a suspeita do cometimento de um delito, sua família, casa, trabalho, são examinados, requeridos, desnudados, na presença de toda a comunidade, sendo o indivíduo, que deveria ser resguardado pela sociedade, reduzido a pedaços. E tais consequências são encaradas pelo direito como uma tolerância social, um sacrifício a ser padecido pelo suspeito, como uma forma de prevalência do interesse público da investigação da verdade acerca de um determinado delito.

Eventuais abusos apenas são passíveis de indenização em circunstâncias excepcionais, segundo uma visão clássica. Notório é que o avanço da máquina estatal de apuração sobre os bens jurídicos dos investigados é tanto mais incisivo quanto mais tênue é sua situação social e econômica, e, conseqüentemente, o potencial de resistência idônea contra essa postura do estado e as conseqüências derivadas de tal fato.

O processo de natureza penal, em si, já uma pena. O que mais é acentuado ante a mudança de padrão de tempo causada por sua instauração. Messuti²²⁶ diz que a pena se “temporaliza” na vida do sujeito, de modo que a qualidade do tempo vivido por quem está sob ela é diferente do que é vivenciado sobre as demais, eis que restará impregnado do seu espaço e tempo.

²²⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. op. cit. 2007, p. 522.

²²⁵ CARNELUTTI, Francesco. op. cit. 2001, p. 49.

²²⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

Martinez²²⁷ expõe que ao adentrar no sistema carcerário o indivíduo finda por adquirir uma nova identidade, processo que é iniciado com uma “mutilação do eu” e prossegue com mecanismos de poder que o levam a modificar sua conduta e desenvolver estratégias de resistência, o que pode levar o ser humano à conclusão de que seria inferior aos demais seres humanos. E ao experimentarem a liberdade com sua libertação verão que o estigma de estarem condenados os acompanhará em todas as atividades que realizarão.

Sobre essa questão, nos Estados Unidos, há grande discussão hodierna sobre o instituto jurídico conhecido como “Leis de Megan” (*Megan,s Law*)²²⁸. Surgiu a partir do delito de que foi vítima Megan Kanka, abusada sexualmente e morta por seu vizinho, Jesse Timmendequas, em 1994. Seus pais trabalharam junto à sociedade a ideia de que cada americano tem o direito de saber qual a distancia de sua casa para a de um envolvido em crimes sexuais. Com isso, em diversos estados americanos, há legislações que impõem o cadastramento de pessoas condenadas por tais ilícitos, pelo prazo de 10 anos, ou por toda a sua vida.

Assim, cumprida a pena, ainda assim ele estaria dentro de um cadastro, acessível à população, que saberia de antemão qual a distância de sua casa para a de um sentenciado por esses delitos. Ainda poderia ocorrer a divulgação através de sites de acesso gratuito pela Internet ou publicação em revistas. Na área federal, a lei é conhecida por *Sexual Offender (Jacob Wetterling) Act of 1994*. Com o mesmo objetivo, criou-se a legislação conhecida por *Sarah,s Law*²²⁹, na Inglaterra, relacionada ao crime de que foi vítima Sarah Payne, de sete anos de idade, por Roy William Whiting, embora com menor acesso ao conteúdo de informações Isso é

²²⁷ MARTINEZ, Felipe. Outro enfoque sobre el castigo: análisis de las <<instituciones totales>> encargadas de la ejecución de la pena privativa de libertad desde la perspectiva de Ervin Goffman. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). **Mitologias y discursos sobre el castigo**: historia del presente y posibles escenarios. Rubi (Barcelona): Anthropos, Barcelona: OSPDH, Universitat de Barcelona, 2004, p. 205.

²²⁸ Disponível em: <<http://www.meganslaw.ca.gov/index.aspx?lang=PORTUGUESE>.> Acesso em: 19 jul. 2009.

²²⁹ Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Sarah%27s_Law.> Acesso em: 19 jul. 2009.

objeto de severa crítica por parte de Wacquant²³⁰, o qual menciona os graves danos causados a pessoas que já cumpriram suas penas e são vistos como eternos culpados.

O próprio conceito de indícios deve ser objeto de reavaliação constitucional. Não se está a exigir que haja provas suficientes, *a priori*, para a condenação. Mas, que o desencadear do caso penal deve ser permeado por um grau de responsabilidade de seu prolator, a refletir a serenidade do Estado ao qual se encontra vinculado. A dignidade da *opinio delicti* ou o púlpito ministerial não devem ser palco de vinditas ou perseguições pessoais. Ou submissão de pessoas aos vexames de uma apuração quando não haja uma garantia verossímil e racional de que haverá, ao menos, uma perspectiva razoável de procedência do pedido.

Roxin²³¹, estudando a ação penal no processo acusatório alemão, destaca:

I. Si el procedimiento de investigación no concluye a través de un sobreseimiento, el fiscal, a menos que se trate de un delito de acción privada (§§ 374, I, y 376 ver al respecto *infra* §61), está obligado a *promover la acción*, quando “las investigaciones ofrecen motivos suficientes para la promoción de la acción pública”, es decir, quando existe uma sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible (§ 170, I; ver *supra* §37, B, I). La opinión dominante interpreta esto em el sentido de que existe una obligación de acusar quando, probablemente, el tribunal llegará a una condena. Sin embargo, de modo correcto, se deberá considerar decisivo al propio pronóstico del fiscal, de modo tal que ello dependa exclusivamente de si probablemente, ao final del juicio oral, él llegará a requerir la condena. Esto no se deriva solo de la función de la fiscalía como guardiana independiente de la ley (con más detalles *supra* §10, A, III), sino también del hecho de que, según la opinión general, em el caso contrario la fiscalía puede acusar por un comportamiento que ella considera punible, aun quando los tribunales, hasta el momento, lo consideren exento de punibilidad

Fragoso²³² defende que a denúncia-crime não deve constituir azo para um abuso de poder. Há de ser, porém, fruto de uma construção lógica

²³⁰ WACQUANT, Loic. op. cit. 2007.

²³¹ ROXIN, Claus. op. cit. 2003, p. 336.

²³² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp> Acesso em: 19 jul. 2008.

do acusado com base num razoável quadro probatório, ainda que produzido de modo unilateral e precário, a ser filtrado ulteriormente, sob o pálio do contraditório e ampla defesa. Ainda ressalta acórdão clássico do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo então Ministro Orozimbo Nonato, *Habeas Corpus* n.º 32.203, no sentido de que a denúncia não pode resultar de “pura criação mental da acusação.” Ainda se realiza menção a clássico julgado do mesmo órgão, o *Habeas Corpus* n.º 42.967, do antigo Estado da Guanabara, relator Ministro Victor Nunes Leal. Há toda uma construção jurisprudencial no sentido de que a acusação criminal toca diretamente na dignidade humana, configurando-se autêntico abuso quando não respaldada em fatos concretos indicativos da necessidade de atuação do órgão ministerial.

É de ser destacada a análise de Almeida Júnior²³³ quando do estudo das condições de aceitação da queixa e da ação penal. Elas deveriam conter não apenas a ação transitiva, ou seja, a descrição abstrata e verbal do sucedido, mas a pessoa que o praticou (*quis*), os meios empregados (*quibus auxiliis*), os malefícios causados (*quid*), os motivos (*cur*), a maneira de realização (*quomodo*), o local (*ubi*) e o tempo (*quando*). É de destacar que tal sequência, ainda segundo o autor, é baseada em Aristóteles, encontrando-se em sua obra *Ética a Nicômaco*, no livro III.

Ibáñez²³⁴ indica requisitos para a procedência da ação penal:

Esquemáticamente e como traços da inferência indutiva do juiz podem ser assinalados os seguintes: a) tem como antecedentes remoto e externo ao processo um acontecimento humano que rompe com a normalidade e que interesse ao direito penal, como possivelmente delitivo; b) O ponto de partida imediato e interno ao processo é uma hipótese acusatória fruto de investigação judicial. Isto é, um conjunto de enunciados com ele, os quais se destinam a explicar validamente como se produziu aquele fato; c) Essa hipótese - obviamente verossímil e plausível *prima facie* - deve ser contrastada mediante a atividade probatória e poderá ser considerada válida se resulta suficientemente provada, isto é, se obtém uma pluralidade de confirmações. Uma pluralidade, dada a normal ambigüidade dos indícios; d) Para que prevaleça a hipótese acusatória não basta que as provas que a sustentem tenham dado

²³³ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. v. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 183.

²³⁴ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. op. cit. 2007, p. 179

resultado positivo. Também devem resultar eficazmente desvirtuadas as hipóteses alternativas. Porque é óbvio que a presença de duas hipóteses, a acusatória e outra que se lhe oponha, igualmente fundadas e de similar qualidade explicativa, processualmente, deveria se optar pela segunda; e) A maior complexidade da cadeia de interferências, menor será o grau de probabilidade da indução probatória; f) As provas são tanto mais eficazes, por mais informativas, quanto maior é o seu conteúdo empírico. (Tradução livre)

É dizer: a gravidade, seja do processo em si, absolutório ou condenatório ao final, seja do sistema de cumprimento em si mesmo considerado, carregam uma chaga social inominável a acompanhar toda a existência do envolvido. Surge, dessa forma, o questionamento acerca da viabilidade da utilização do instrumento denúncia-crime no âmbito do processo criminal acusatório. A resposta, por certo, é afirmativa. Não se apresenta como possível a existência de um Estado de Direito em qualquer fase histórica sem a perspectiva dos cidadãos acerca da contingência de uma sanção ante o cometimento de um ilícito. Seja na modalidade inquisitorial, como só acontecer de forma amiadada em fases de antanho, seja com o recrudescimento do sistema acusatório numa fase de maior iluminação na cultura jurídica. A hipótese de se retornar a um sistema de concentração das atribuições de investigar e julgar a uma só instituição é um fato superado historicamente. Especialmente, em vista dos acerbos gravames trazidos aos direitos fundamentais dos investigados em épocas como as da inquisição ou do processo das ordálias ou juízos de Deus, em que se uniram as funções religiosas e seculares para esse mister.

É de se perguntar como será realizada a conciliação entre o início da ação penal com uma postura constitucionalmente responsável em vista do sistema processual penal hodierno. Isso ocorrerá através de uma análise da categoria da “acusação responsável”, como reflexo de uma nova e adequada constitucionalização procedimental, a iniciar por dois grandes pontos: a) o respeito aos direitos fundamentais do suspeito desde o início do cometimento do delito; b) o fortalecimento do princípio da oportunidade como instrumento de racionalização do sistema.

4.5.3.1 Denúncia genérica e alternativa: extensão e limites

Há casos que ainda reclamam atenção: as conhecidas “denúncia alternativa” e “denúncia genérica”.

Em determinados eventos, a produção probatória indica a possível realização de mais de um delito, embora não haja condições claras e objetivas de se saber ao certo qual, num primeiro momento. Por exemplo, o vulto de determinada pessoa é visto descendo do telhado de uma casa com um saco de mercadorias subtraídas de seu interior. Não se logra prendê-lo ou recuperar tais bens. Cerca de um mês após, no cumprimento de busca e apreensão por delito diverso, os bens são encontrados na residência de uma pessoa com características aparentadas ao vulto. Movimenta-se o feito inicial e surge o questionamento: inicia-se o processo contra aquela pessoa por delito de furto qualificado e receptação, ou apenas pelo segundo delito, que se encontraria melhor caracterizado.

É a assunção do “pedido alternativo” da lei processual civil no foro penal. Quando a prova dá margem a uma dúbia interpretação, pede-se que haja uma condenação a determinado delito, ou a um segundo, caso não seja possível a exata subsunção no primeiro deles.

Diverge a doutrina, embora Jardim²³⁵ a entenda como possível. Autores, porém, como Grinover, Fernandes e Gomes Filho²³⁶ não a reconhecem.

Isso, porém, deve ser analisado de forma tópica, pois há casos em que algum caráter de alternatividade, quando não obste ao integral conhecimento do fato delituoso a si imputado não trariam pecha de

²³⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 145.

²³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Nulidades no processo penal**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

nulidade²³⁷. O Superior Tribunal de Justiça quando da análise do Recurso Especial n.º 399.858, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, admitiu a imputação alternativa, desde que houvesse correlação lógica entre os fatos imputados na denúncia-crime:

É cediço que o acusado é citado para se defender de fatos certos que lhe são atribuídos, ainda que suscetíveis de comportarem definições jurídicas diversas no momento da prestação jurisdicional.

O direito de punir do Estado, através do processo acusatório, passou a ser exercido através de um órgão acusador que expunha os comportamentos delituosos através de narrativa minudenciada do ocorrido e enquadramento em normas legais adrede existentes numa relação silogística, exigindo do Estado-Juiz providências sancionatórias para a conduta descrita. Esse mister – com o recrudescimento dos direitos fundamentais, dentre eles a presunção de não-culpabilidade – passou a ser visto com maior rigor, firmando-se o delito como fato excepcional que reclama prova específica, exaustiva, hábil e capaz de romper com a presunção de inocorrência do ilícito.

Outro ponto de grande discussão acerca da denúncia-crime é a acusação genérica. Não se trata de albergar o princípio da responsabilidade objetiva (*versari in re ilícita*), mas de observar que, num primeiro átimo, por exemplo, os sócios de determinada empresa, quando absolutamente impossível discriminar-lhes a conduta de logo, deveriam ter ciência do delito

²³⁷ STJ, RESPE 399858, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado em 24.03.2003 e STJ, Agravo 480844, Rel. Min. Felix Fisher, publicado em 11.06.2003. Do primeiro julgado, lê-se: “Não vislumbra, o Ministério Público Federal, com o devido respeito a judiciosos entendimentos em sentido contrário, qualquer óbice ao oferecimento da denúncia alternativa quando as condutas descritas sejam logicamente compatíveis entre si. No presente caso, conforme muito bem salientado pelo recorrente, “estão manifestamente presentes indícios no sentido de que o paciente, na prática, conforme narrou a denúncia, não apenas procedeu a contratação pública direta, em caso que inadmissível a dispensa de licitação, pois a Câmara Municipal dispunha de funcionária habilitada para fazer a defesa da edilidade em ações populares, mormente naquelas de pouca complexidade, como também, deixou de observar formalidades legais para a dispensa, conquanto não motivou com clareza porque subtraía, desta feita, a defesa jurídica da edilidade do rol de atribuições da advogada responsável pela diretoria jurídica, como também porque, conforme inclusive no V. acórdão recorrido, deixou de comunicar a dispensa e de formalizá-la adequadamente [...]” (fl. 683) (grifo nosso).

societário e demonstrar sua não-incidência no ocorrido.

Há outras disposições semelhantes, por exemplo, na Lei de Lavagem de Capitais (Lei n.º 9.613/98), em seu art. 4º, §2º, em que o Juiz liberará os bens apreendidos caso os interessados comprovem a licitude de sua origem. Há aplicação excepcional de um juízo de proporcionalidade *pro societate*, pois, num sopesamento de valores, pesa sobre o sócio com poderes decisórios uma presunção de responsabilidade pelo que se passa em sua própria empresa e a prova fundada de sua não-inclusão no ilícito. Tal medida deve ser vista como excepcional, aplicável em hipóteses como sociedades em que todos os sócios detenham poderes de gerência e responsabilidade integral pelas obrigações sociais.

Urge, porém, que se demonstre a efetiva inclusão do réu no núcleo decisional daquela empresa envolvida no crime multitudinário e a capacidade de se envolver num juízo volitivo que redundou naquele ato típico, pelo menos em sede de inicial acusatória. Sem essa demonstração, ainda que em sede indiciária, descabe delatá-lo, sob pena de se admitir a responsabilidade penal objetiva, teoria já superada quando da aceitação do juízo de culpabilidade que, em sede de legislação pátria se encontra no art. 18 do Código Penal.

Com isso, está a se firmar uma dogmática penal democrática, plasmando-se um direito penal da culpabilidade. Toledo²³⁸ discorre sobre a *versari in re illicita* situando-a no direito canônico, apontando um brocardo que a caracterizaria: *Qui in re illicita versatur tenetur etian pro casu*, quer dizer, quem se envolve com coisa ilícita é responsável também pelo resultado fortuito. Para essa teoria, basta a instauração de um nexos causal entre o autor material de um ato e o seu resultado e o crime exsurgiria em sua integridade.

²³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 307.

Se diversas pessoas, dentre elas menores de idade representados legalmente, fazem parte de uma grande empresa e, dentre elas, o gerente e o tesoureiro, únicos como poderes administrativos expressos, decidem utilizar notas fiscais falsas para justificar deduções com vistas ao pagamento a menor de impostos ou contribuições sociais ou passam a gerir a empresa de modo fraudulento trazendo a incidência dos crimes do art. 4º da Lei n.º 7.942/86, gestão fraudulenta e temerária, o juízo de culpabilidade há de ser formado em relação àqueles sócios, não a todos os constantes no corpo social.

Ressalte-se que se no âmbito de investigação regularmente instaurada, com o devido sustento probatório, a exemplo de procedimento de interceptação telefônica ou ambiental, atas de assembleias, constatar-se que a unanimidade dos sócios anuiu com aquelas condutas ou assumiu o risco de sua ocorrência, a inicial acusatória pode envolver-lhes. É o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 327.738/RJ, Ministro Arnaldo Esteves de Lima:

[...] 2. Nos crimes societários admite-se o recebimento da denúncia sem que haja uma descrição pormenorizada da conduta de cada agente, notadamente nas hipóteses em que, pelo pequeno porte da empresa, todos os diretores, via de regra, participam com mais presença do dia-a-dia da atividade empresarial. Precedentes.

Jardim²³⁹ exige que na ação penal, quando de seu recebimento, deve ser demonstrado, *prima facie*, que não se trata de ato temerário ou leviano, o que se revela através de um suporte mínimo probatório, que indique a possibilidade, em tese, do reconhecimento de seu pedido. Segundo o autor:

Não nos parece correta a afirmativa de que para a sua admissibilidade basta que a denúncia esteja lastreada em prova de autoria e materialidade. Se examinarmos tais elementos ao nível da dogmática penal, vamos constatar que autoria e materialidade não chegam sequer a configurar um juízo de tipicidade, na medida em que as normas penais incriminadoras têm outros elementos essenciais, quer subjetivos, descritivos ou normativos. [...] a

²³⁹ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio Janeiro: Forense, 2001, p. 43.

acusação não pode resultar de um ato de fé ou de adivinhação do autor da ação penal. Tudo que de essencial ele descrever na denúncia deve estar respaldado na prova do inquérito, ainda que de forma frágil ou incompleta.

Ao analisar o sistema de processo penal norte-americano, Ramos²⁴⁰ diz:

O acusador deverá estar consciente que a tarefa de provar o fato constitutivo de um crime e justificador de uma pena lhe pertence inteiramente.

Embora para iniciar o processo – e mesmo para obter a prisão de alguém ou para denegar-lhe a liberdade vinculada pela fiança – o promotor possa se valer de presunções contrárias ao imputado, para condenar tem ele de provar os fatos da acusação, além de uma dúvida razoável. Esse centenário *standard* está no centro do processo penal adversarial e, segundo a Suprema Corte, deriva do princípio do devido processo legal: *In re Winship*, 397 US 358 (1970)

Se as provas não forem suficientes para desincumbir-se o promotor de seu ônus – boa parte da prova ou foi declarada ilícita, ou é irrelevante ou não-confiável – não deverá a acusação dar início ao processo. A acusação deverá avaliar a viabilidade de um processo penal condenatório. Tal análise é das mais importantes, pois os riscos são inúmeros. Vão desde os riscos políticos de uma persecução fracassada, até a responsabilidade civil por uma persecução leviana. No limiar do processo, terá de estabelecer uma estratégia para o julgamento. E, ao contínuo, deverá avaliar a viabilidade dessa estratégia e, de consequência, da acusação. Nesse momento, a questão relevante consiste em determinar se, postos os fatos contra o acusado, a acusação poderá comprová-los. Além disso, deverá antecipar as possíveis e prováveis estratégias de defesa e se elas poderão inviabilizar a sentença condenatória.

Em nível jurisprudencial, há acerba discussão sobre a matéria, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. No *Habeas Corpus* n.º 74.991/SP, publicado em 10 de setembro de 2007, Relator Ministro Felix Fischer, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

I - A despeito de não se exigir a descrição pormenorizada da conduta do agente nos crimes societários, isso não significa que o Parquet possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e o fato a ele imputado. II - O simples fato de os pacientes serem, à época dos fatos, gestores da cooperativa não autoriza a *persecutio criminis* in iudicio por crimes praticados em sua gestão se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da instrução criminal, o mínimo vínculo entre as imputações e as suas atuações (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

²⁴⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 188.

No Recurso de *Habeas Corpus* n.º 19.683/SC, Relator Ministro Gilson Dipp, a mesma Corte decidiu que a fumaça do bem direito poderia ser abrandada, porém, exigiu que houvesse pelo menos uma “razoável descrição da participação de cada agente”, que seria apurada na instrução criminal. No Recurso em *Habeas Corpus* n.º 18.776/PR, a Ministra Laurita Vaz, em análise de denúncia por crime contra o sistema financeiro nacional e formação de quadrilha aceitou o início do processo criminal contra o Diretor e Presidente de instituição financeira responsável pela remessa ilícita de recursos para o exterior.

No Pretório Excelso, decidiu-se pela aceitação da denúncia genérica, desde que houvesse ao menos um esboço individualizatório de cada conduta incriminadora, ao menos em sede indiciária, o que se constata do HC 86294 / SP - São Paulo *Habeas Corpus* Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 27 /09/2005, publicado em 03-02-2006, sendo de destacar o voto contrário do Ministro Celso de Mello. De igual forma, o HC 85726 / PI – Piauí - *Habeas Corpus* Relator Ministro Carlos Velloso julgado em 16/08/2005 e publicado em 23/09/2005. Porém, há posições em contrário nesse mesmo Tribunal, como o RHC n.º 85658 / ES - Espírito Santo, Ministro. Cezar Peluso, julgado em 21/06/2005, 1 turma e publicado em 12/08/2005. Na linha de aceitação da denúncia genérica, há diversos julgados²⁴¹.

No Superior Tribunal de Justiça, há entendimento no sentido de não ser imprescindível a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado, desde que o fato ilícito esteja regularmente descrito

²⁴¹ PLENO - INQ 698 RJ, DJ:10/05/2002 (unânime), 1 T - HC 85549 SP, DECISÃO: 13/09/2005 DJ:14/10/2005 (unânime), 1 T - HC 83369 RS DECISÃO: 21/10/2003 DJ:28/11/2003 (unânime), 1 T - HC 83021 SP, DECISÃO: 24/06/2003 DJ:26/09/2003 (unânime), 1 T - HC 82246 RJ, DECISÃO: 15/10/2002, 1 T - HC 74813 RJ, DECISÃO: 09/09/1997 DJ:29/08/1997 (unânime), 2 T - HC 85636 PI, DECISÃO: 13/12/2002 DJ:24/02/2006 (unânime), 2 T - HC 86294 SP, DECISÃO: 27/09/2005 DJ:03/02/2006 (maioria), 2 T - HC 85579 MA, DECISÃO: 24/05/2005 DJ:24/06/2005 (unânime), 2 T - HC 84663 SP, 2 T - HC 80812 PA, DECISÃO: 27/08/2002 DJ:05/03/2004 (maioria), 2 T - HC 80204 GO, DECISÃO: 05/09/2000 DJ:06/10/2000 (unânime) Min. Maurício Corrêa 2 T - HC 73903 CE , DECISÃO:12/11/1996 DJ:25/04/1997 (unânime).

viabilizando a ampla defesa²⁴². Porém, essa mesma Corte inadmitiu a denúncia genérica em que o crime imputado ao indiciado decorria unicamente de sua qualidade de Delegado Regional de Polícia, sem menção sequer aos valores desviados.²⁴³ O Tribunal Regional Federal da 1 Região, com grande divergência de entendimento²⁴⁴, decidiu que muitas vezes apenas a instrução judicial seria capaz de revelar com clareza a participação de cada um dos denunciados num crime multitudinário. O Tribunal Federal da 5ª Região²⁴⁵ invocando precedente da Corte Máxima Federal decidiu que se exigir do Ministério Público, de logo, a individualização das condutas em crimes societários seria assegurar a impunidade. Em julgados recentes, a Corte Máxima Federal não está a exigir – como indicativo de justa causa para a denúncia genérica societária – que o denunciado esteja a exercer o cargo de sócio-gerente. Há de ser demonstrado que ele exercia “poder de decisão” dentro da sociedade.

O entendimento de Oliveira²⁴⁶ merece destaque. Analisando o entendimento dos tribunais superiores sobre a denúncia genérica, ele impõe a diferença entre acusação geral e acusação genérica. A primeira ocorreria há descrição de um fato típico imputado aos sócios de uma sociedade, por exemplo, ausência de recolhimento de contribuição previdenciária. Os indicados estão cientes da conduta a si atribuída e tem como exercer efetivamente a sua defesa. A genérica ocorreria quando se enunciassem diversas condutas delitivas autônomas e todas seriam atribuídas indistintamente a todos os membros da sociedade, restando constitucionalmente viável apenas a primeira inaugural acusatória.

²⁴² STJ - HC 200401289133 - (38237 SP) - 6 T. - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - DJU 07.11.2005 - p. 00388 e STJ - RESP 200401805635 - (712225 RS) - 5 T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJU 07.11.2005 - p. 00364.

²⁴³ STJ - RESP 200301067589 - (562692 SP) - 5 T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 17.10.2005 - p. 00329

²⁴⁴ TRF 1 R. - HC 200501000130889 - AM - 3 T. - Rel. Des. Fed. Tourinho Neto - DJU 29.04.2005 - p. 17

²⁴⁵ TRF 5 R. - HC 2005.05.00.034935-5 - 1 T. - PE - Rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena - DJU 15.12.2005 - p. 572

²⁴⁶ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. op. cit. 2004, p. 159.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 89.240/DF, em 06 de março de 2007, Relator Ministro Eros Grau, decidiu:

Havendo nítido liame entre a conduta do paciente e o fato delituoso, evidenciado na assertiva de que ele e outros utilizaram documentos falsos produzidos pela quadrilha para induzir o INSS em erro, visando a obtenção de vantagem ilícita, não há que se falar em inépcia da denúncia por falta de individualização da conduta. A circunstância, por si só, de o Ministério Público ter imputado a mesma conduta a vários empresários não torna a denúncia genérica. Pois nela há clara alusão ao fato de o paciente ter feito uso de documentos que sabia falsos com o fito de induzir o INSS em erro.

Nucci²⁴⁷ alberga a denúncia genérica, inclusive para evitar a impunidade, o que não seria desejável. Pedroso²⁴⁸, ao declarar ser imprescindível descrição da cada conduta na inicial acusatória, ressalva que nos casos em isso restar absolutamente impossível de início, deve o Ministério Público usar a inicial genérica, inclusive para evitar os riscos da prescrição. Em seu entender:

[...] Não cabe exigir, de outra parte, proceda o representante do Ministério Público conforme lhe é impossível [...] ou que, para uma descrição da forma pela qual despontou a co-autoria ou cumplicidade, dê asas à imaginação, em detrimento de seu prestígio e franco divórcio – por falta de lastro informativo – com os elementos carregados na peça em que apóia a denúncia.

Tucci²⁴⁹ declara que a atividade denunciatória não deve se realizar de modo automático, impondo-se a formação responsável de uma *opinio delicti*, sob pena de impregnar-se a ação de certo e inafastável subjetivismo.

Marques²⁵⁰ enuncia que a denúncia-crime deve atribuir um fato delituoso certo a pessoa determinada, de modo claro, e que o Juiz possa fazer a aplicação da lei penal através do exercício de seus poderes jurisdicionais.

²⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 199.

²⁴⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

²⁴⁹ TUCCI, Rogério Lauria. op. cit. 2002, p. 117.

²⁵⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. II, 2 tiragem. Campinas: Bookseller, 2007, p. 152.

Para Moura²⁵¹ a justa causa corresponderia ao fundamento da acusação, isto é, sob o ângulo positivo a presença de fundamento de fato e de direito para acusar, ante uma “mínima probabilidade” de condenação, isto é, conformidade com a ordem jurídica e um certo grau de prova e sob o ângulo negativo é a falta desses elementos, quando nem sequer, em tese, haveria probabilidade de condenação. Lopes Júnior²⁵² ao analisar a justa causa para a ação penal diz:

A acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu. É o “lastro probatório mínimo” a que alude JARDIM.

Acusar responsabilmente, mediante um equilíbrio no agir. Esse é o desafio que se impõe a um sistema de persecução penal que almeja legitimação.

4.5.4 A acusação responsável: a dialética entre a garantia do respeito aos direitos fundamentais do suspeito e a efetividade do sistema de persecução penal

Ao analisar a função do Ministério Público, Altavilla²⁵³ expõe que apesar de se reconhecer a necessidade de uma paridade de posições processuais entre acusação e defesa, honestamente deve ser reconhecido que a missão do *parquet* é a “[...] expressão de um interesse muito mais alto e é inspirada por uma sinceridade de convicção e por uma objetividade muito maiores.” Ele não procura um culpado para o delito investigando, mas “o culpado”, oferecendo colaboração e auxílio ao inocente vítima de suspeitas. Sua função deve ser imparcial, dando a significar a “substituição de um homem por uma função quase desencarnada, por estar liberta da rede de sentimentos de um indivíduo, para se tornar um movimento

²⁵¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 248.

²⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 358.

²⁵³ ALTAVILLA, Enrico. op. cit. 1982, p. 492.

tendencial, guiado e inspirado por um interesse social.”²⁵⁴

Mais adiante em sua obra, porém, expõe o autor uma distinção entre a figura do Juiz, do advogado e do Ministério Público. Enquanto o primeiro teria por fim único de suas atividades a realização de um ideal de justiça, de modo objetivo e único, os demais teria um escopo mais ou menos particular, no caso do segundo. E de caráter público, ou interesse público no caso do *parquet*. Altavilla desenvolve uma comparação com os músculos do corpo, afirmando que, da mesma forma que uma flexão contínua pode mudar sua linha primitiva, de igual sorte a psique, jungida à adoção de uma posição ideológica constante sofre uma modificação de seus processos lógicos. Um ato, que num primeiro momento seria apenas um movimento de vontade, contrário a uma convicção, tornar-se-ia, com a continuação a expressão de outra convicção. Isso não derivaria de um raciocínio lógico e volitivo expresso, mas porque a realização de um segundo ato nos leva a justificá-lo.

Isso ocorreria, segundo Altavilla²⁵⁵, com o Ministério Público que, por razões complexas, assumiria não mais o posto de guardião da justiça, mas de “paladino da acusação”. As razões para isso decorreriam de: a) uma presunção de culpabilidade. Ele seria o guardião da sociedade, incumbindo-lhe a vigilância atenta e cuidados desta, buscando a repressão do ato delituoso. Sendo essa a missão que lhe foi incumbida, adota uma postura de combate, sempre e sempre trabalhando na perspectiva de descobrir modos de demonstrar a culpa do suspeito. Ele partiria do pressuposto de uma culpabilidade a ser demonstrada, levando, ainda segundo o autor, a buscar não razões para a descoberta do que efetivamente ocorreu, mas as provas de que o investigado seria realmente culpado, assumindo uma posição unilateral, desvalorizando, por instinto, qualquer elemento favorável ao suspeito, e pressupondo condutas insidiosas por parte dele e de seu defensor.

²⁵⁴ ALTAVILLA, Enrico. op. cit. 1982, p. 493.

²⁵⁵ Id. ibid. 1982, p. 494.

Ele ainda destaca uma segunda questão relacionada ao rol de testemunhas, dando a entender que o Ministério Público sempre e sempre arrolará testemunhas interessadas na comprovação não do fato como um todo, mas da tese adotada pela acusação, afirmando que em milhares de processo um órgão ministerial nunca haveria indicado testemunhas favoráveis à defesa, e quando isso ocorre haveria algo a ser tomado em demérito do suspeito.

Por fim, ainda argui a subordinação política, o que ocorreria pela demanda encaminhada ao Ministério Público quanto aos movimentos sociais e com os líderes políticos, com os quais mantém uma proximidade no exercício de suas atribuições, o que o leva a, com o escopo de defender suas atribuições, defender teses com as quais intimamente não compactua, o que atingira o seu cume nos processos relativos às leis de finanças, segundo Altavilla²⁵⁶. Tais evidências ou deformações, segundo ainda o mestre de Nápoles, tornaria desaconselhável confiar-lhe a direção de uma instrução, pois ele não se manteria por muito tempo na posição de instrutor, de modo a preservar o seu equilíbrio psicológico.

Outros autores ainda mantêm severa desconfiança quanto a uma atribuição imparcial do Ministério Público no âmbito do processo penal, a exemplo de Guarneri²⁵⁷. Diz ele que todo o investigador meritório, a exemplo do *parquet*, desenvolve sua missão objetivamente com a intenção de comprovar, sem prevenções, a verdade dos fatos, depois de um amplo exame, a fim de apresentar suas conclusões ao Poder Judiciário. Ele chegaria a um chamado “ponto crítico” quando acreditaria estar falando a verdade. Doravante, cada vez conseguiria com menos liberdade livrar-se da convicção que haja formado, especialmente quando as mesmas houvessem se traduzido em manifestações formais exteriores.

²⁵⁶ ALTAVILLA, Enrico. op. cit. 1982, p. 498.

²⁵⁷ GUARNERI, José. **Las partes en el proceso penal**. Traducción y notas del Dr. Constancio Bernaldo de Quirós. Puebla, México: Editorial Jose M. Cajica Jr., 1952, p. 211.

Ainda segundo o autor, à semelhança do responsável pela defesa, ele “se casaria” com a sua tese e faria de tudo para que seu ponto de vista triunfasse. O autor ainda concede que ele poderia mudar de ideia antes novas fontes de informação, mas isso ocorreria poucas vezes na realidade. Linhas adiante Guarneri²⁵⁸ diz não se poder pensar num retorno puro e simples ao antigo sistema de acusação privada, e como a atividade de repressão de delitos é típica do Estado, a reforma mais útil e importante seria atribuir ao Ministério Público funções essenciais de parte e encerrar-lhe quantos poderes similares aos da magistratura a ele tiverem sido outorgados para suas funções institucionais.

Carnelutti²⁵⁹ partilha de similares reservas quanto à função do Ministério Público, o que pode ser visto em seu texto *Poner en su puesto al ministerio publico*. Ele expõe que se há uma figura ambígua no processo civil e no penal é o Ministério Público, o qual deveria, de imediato, ser posto em seu lugar com uma nova reforma processual. Seria como vir à sua mente a “quadratura de um círculo”. Reduzi-lo a uma parte imparcial seria reduzir um círculo a um quadrado. As partes serviriam para a luta dentro do processo, de modo a plasmar uma dúvida que seria, enfim, resolvida pela Juiz, o qual não estaria ligado a nenhuma delas, apesar de necessitar das mesmas para o exercício de suas funções.

Nesse ponto, seria encontrado o Ministério Público, pois, onde as partes não existiriam, por si, deveriam ser inventadas, sendo, em vista disso, o órgão ministerial uma parte inventada. Imaginar a ação penal, segundo o autor, com um poder, e ainda mais exclusivo do Ministério Público, seria uma superstição. Pois, se ele não pode dispor da ação penal, como conciliar essa ilação com a obrigatoriedade de promovê-la quando estejam presentes os seus pressupostos?

²⁵⁸ GUARNERI, José. op. cit. 1952, p. 258.

²⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. Poner a su puesto ao ministerio publico. In: **Cuestiones sobre el proceso penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960, p. 209.

Chega a perguntar que necessidade tem o juiz da “permissão” do Ministério Público quanto a lides penais. Em sua argumentação, ele apenas apresentaria suas conclusões, sendo a efetiva decisão de responsabilidade do Poder Judicial, pois a ele incumbiria o “dever de pensar”. Caberia à parte o dever de ser parte. Isso levaria à conclusão de que ainda que o órgão ministerial haja pugnado pela condenação, o Judiciário poderia decidir livremente.

Merece destaque o ensinamento de Cordero²⁶⁰, em citação de Coutinho²⁶¹. Ao reconstruir um evento penal seria adequado remontar pelo menos os seus aspectos mais relevantes para uma visão de conjunto. Não é, porém, o que ocorre, em regra geral, na cultura ocidental, com o privilégio do método dedutivo. A partir dele é gerada na mente do julgador (inquisidor) uma ideia do que tenha ocorrido dentro de uma leitura perfunctória do caso. E, depois, sua versão pessoal é objeto de confirmação a partir das provas então existentes no feito, gerando o que é chamado pelo autor italiano de “*primato Dell'ipotesi sui fatti*”. Em suas palavras: “*La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi*”.

Incumbe ao Ministério, quando do exercício regular e constitucional de suas atribuições, trazer ao âmbito do processo penal o maior contingente de informações sobre o fato que se está a investigar para a construção de uma verdade relevante e passível de análise pelos interessados. A postulação judicial para fins de persecução penal pertence a ele. Daí, ser-lhe exigida uma responsabilidade, seja com a efetividade do sistema estatal de punição, seja com os direitos fundamentais do suspeito de haver realizado um fato típico.

²⁶⁰ CORDERO, Franco. op. cit. 1986, p. 51.

²⁶¹ COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda. O papel do juiz no novo processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

Há uma responsabilidade do Ministério Público pela eficácia do sistema punitivo estatal. O que não é medido pelo quantitativo de condenações ou processos criminais em curso, mas por um horizonte de eficácia a ser encontrado no interior desse mesmo sistema. Isso pode ser traduzido na utilização racional dos recursos públicos que subsidiam esse mesmo sistema em cotejo com os resultados concretos gerados por ele. Urge ter em mente que o dever de o Estado punir os delitos exige a demonstração clara dos propósitos que ele tem em vista com essa atividade. E o conhecimento da sociedade civil acerca do modo de sua realização, inclusive para fins de legitimação desse proceder.

Mas, a garantia dos direitos fundamentais dos suspeitos não basta para a construção da ideia de uma acusação responsável. Ao ser inserido constitucionalmente como defensor da ordem jurídica e do regime democrático, exsurge uma dimensão material de relevância impar. E envolve um revisitar do princípio clássico da obrigatoriedade da acusação penal, como uma atitude premente para o reconhecimento da dimensão material de suas atribuições.

O sistema penal de qualquer estado é seletivo. Ou assim é tornado pelo modo como se apresenta à sociedade respectiva. Enunciar que todo delito cometido será objeto de punição estatal, seja por meio de denúncia, com ou sem representação autorizativa, ou queixa-crime, é torná-los igualmente relevantes, ainda que de modo abstrato. Embora a pena seja de maior ou menor quantidade, o dispêndio de tempo e os métodos usados para a investigação acerca do furto de um veículo e o desvio de recursos públicos de uma grande cidade são aparentados. Afinal, há a colheita de depoimentos, comprovação técnica, se possível, e o encaminhamento ao órgão ministerial para a elaboração de inicial acusatória, se não for o caso de aplicação de institutos despenalizadores inseridos na Lei n.º 9.099/95, por exemplo.

A racionalidade no sistema de justiça criminal é medida inadiável para a garantia de sua legitimidade, ou o seu restabelecimento. Urge que, a

exemplo de outros países, haja a opção pela investigação, ou pelo menos prioridade nesse sentido, quanto a crimes que lesem de maneira grave bens jurídico-penais relevantes. E haja o incentivo a meios extrajudiciais de resolução de conflitos, com o nítido escopo de encerrar o mais brevemente possível o desgaste social gerado por delitos de menor significância para a comunidade. Ofertando, por exemplo, a ocasião de acordos para satisfação patrimonial em delitos dessa espécie, ou a conversão de procedimentos de iniciativa pública para privada, com autorização do Ministério Público; o incentivo a sistemas de mediação penal, dentro da estrutura do *parquet*, ou sob sua supervisão direta, ficando o órgão jurisdicional penal com função de comunicação formal do encerramento do feito para fins de supervisão e resguardo de direitos fundamentais.

É chegado o momento de reconhecer a escassez de recursos por parte do Estado contemporâneo. Isso pode ser observado nas áreas de saúde, educação, segurança, investimentos, conduzindo à sempre lembrada discussão acerca do incremento orçamentário por meio de tributos. E, por outro lado, a imposição de contingenciamento de recursos nas áreas mais relevantes, de modo a tornar o serviço público respectivo mais célere e economicamente viável. A área de persecução penal é um dos reflexos mais nítidos dessa conjuntura. Em especial, por uma carência de racionalidade no sistema de penas. Pessoas que realizam delitos são presas provisoriamente e, em caso de condenação, encarceradas em definitivo, sem que o Estado indique ao certo qual o escopo desse procedimento. Muitas vezes, autores de delitos de média complexidade, em contato com uma criminalidade de maior envergadura, findam por ter reduzida a perspectiva de ressocialização.

O condenado traz um ônus à sociedade quando realiza o delito, o que pode ser traduzido em incremento de estatísticas infracionais, elevação do nível de insegurança e utilização da máquina repressiva do Estado na apuração do ocorrido. E, condenado, traz obrigações financeiras para os cofres públicos, que o mantém, na maior parte dos casos, em situação danosa a princípios básicos de dignidade humana, sem medidas objetivas

para o seu tratamento. Fatos dessa natureza trazem uma ilação clara: o sistema de encarceramento apenas subsiste por ausência de opção viável. O que não se traduz numa resposta. Mas, numa atitude de conformação institucional ante a carência de respostas viáveis. Num crescendo sem perspectivas de tratamento em longo prazo, limitado a reformas pontuais direcionadas à construção de novos estabelecimentos prisionais para a subsistência do modelo punitivo.

Ante o déficit de perspectivas no setor final do sistema de persecução, isto é, no cumprimento da sanção aplicada ao final, há que se voltar os olhos para seu pórtico de entrada, a fase cognitiva do processo. Por certo, incentivando o princípio da oportunidade, inclusive para crimes de média complexidade, desde que não sejam identificados elementos de dano imediato à sociedade ou às vítimas. E possibilitando que delitos de menor envergadura sejam passíveis de negociação com o Ministério Público. Seja para, com a interveniência das vítimas, proceder ao atendimento de seus reclamos patrimoniais, quando for o caso, dando-se preferência a um sistema de não encarceramento. Seja, por outro lado, para a construção de uma cultura de colaboração no âmbito do sistema punitivo, atribuindo poder ao Ministério Público para, dentro de parâmetros legais, deter maior liberdade quanto ao instituto de delação premiada, sendo formados parâmetros ou diretrizes para a redução de penas em tais hipóteses, oferecendo uma segurança efetiva para os colaboradores.

Sob esse aspecto, insta destacar o exemplo do Ministério Público Chileno, por meio do art. 21 da Lei Orgânica respectiva (Ley 19.640, de 15.10.1999), o qual informa que no mês de abril de cada ano o Fiscal Nacional prestará contas das atividades do Ministério Público no mês de abril de cada ano em audiência pública. Referirá os resultados obtidos nas atividades realizadas no período, incluindo as estatísticas básicas respectivas que os refletirem, os usos dos recursos outorgados, as dificuldades que se houverem apresentado e, quando reputar conveniente, sugerirá as políticas públicas e modificações legais que estime necessárias para o melhoramento do sistema penal, para uma efetiva persecução dos

delitos, a proteção das vítimas e testemunhas e o adequado resguardo dos direitos das pessoas. Na mesma ocasião, dará a conhecer os critérios de atuação do Ministério Público durante o período seguinte. Daí, com base nesses critérios, cada órgão ministerial chileno realizar a aplicação do princípio da oportunidade.

No art. 17 dessa mesma lei, é dito ser atribuição do Fiscal Nacional, ouvido o Conselho Geral, fixar os critérios de atuação do Ministério Público para o cumprimento dos objetivos estabelecidos na Constituição e nas leis. Em se tratando de delitos que geram maior comoção social, tais critérios devem se referir especialmente à aplicação de saídas alternativas e às instruções gerais para as diligências imediatas com vistas à sua investigação, podendo ser estabelecidas orientações diferenciadas para sua persecução nas diferentes regiões do país, atendendo à natureza dos distintos delitos.

Porém, ele não poderá realizar instruções particulares a casos específicos, salvo na hipótese do art. 18, isto é, a assunção das investigações em casos específicos. Segundo o art. 170 do Código de Processo Penal do Chile (Ley 19.696, de 29.09.2000), os critérios de atuação fixados pelo Fiscal Geral serão analisados pelos órgãos hierarquicamente superiores quando de provocação dos interessados em caso de discordância quanto à aplicação do princípio da oportunidade no aspecto penal.

A aplicação do princípio da oportunidade no sistema brasileiro poderia ser estruturado de maneira escalonada, com atenção a regras indicadas pelo Chefe do Ministério Público Federal ou dos Ministérios Públicos Estaduais, o que contribuiria para a atuação institucional coesa e coerente num país de dimensões continentais e particularidades regionais, como o Brasil.

No estado brasileiro, os crimes mais graves, por exemplo, homicídio qualificado, latrocínio e crimes sexuais com violência, geram um

tal sentimento de indignação e comoção que o sistema de encarceramento, ainda que padecendo de graves limitações, pode ser objeto de cogitação. Quanto à pequena e média criminalidade, ao revés, o maior reclamo da sociedade é a resposta certa e célere. Elidindo dois aspectos: a) incerteza quanto à aplicação de sanção por um delito realizado; e b) demora na resposta do estado frente ao delito realizado.

A acusação responsável deve ser capaz de atender a esses dois pontos, numa dialética construtiva e racional: o resguardo dos direitos fundamentais do suspeito no âmbito da investigação criminal e processo penal, sob o pálio do contraditório e ampla defesa e, de outro, a concentração desse mesmo sistema na apuração e repressão de delitos que efetivamente violem bens jurídicos relevantes para a sociedade civil.

4.5.5 O direito fundamental à acusação responsável

Firmado o conceito de acusação responsável surge o questionamento acerca de sua conceituação como Direito Fundamental. Ou como uma garantia legal, direcionada ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, como diretriz para a normal realização de suas atividades, mas sem status constitucional.

Trata-se da primeira hipótese.

4.5.5.1 Direitos fundamentais: aproximação a um conceito

O sistema de direitos fundamentais no Brasil não os elenca em hipóteses fechadas, ou *numerus clausus*, havendo norma expressa no art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, no sentido de que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou tratados internacionais firmados pela República.

Impõe-se um esclarecimento nesse passo. A afirmação de tal direito como fundamental, numa primeira perspectiva, acarreta a aplicação de um regime de maior exigibilidade por parte de seus destinatários. Acusar com responsabilidade não é uma mera advertência ou recomendação para a atividade ministerial. É uma nova linha de atuação específica a vincular os responsáveis, inserindo-se na categoria de um direito fundamental à prestação positiva por parte dos órgãos estatais, em seu sentido lato, na linha expressa por Canotilho²⁶², com exigibilidade imediata por meio dos instrumentos legais de proteção a essa categoria especial de direitos. A importância de tal circunstância é ainda mais clara quando se constata ser prescindível a realização de interposição legislativa ou assunção de gastos públicos para fins de sua efetivação concreta e geração imediata de efeitos, ao menos em seu primeiro aspecto, referente à consideração de respeito à dignidade humana dos suspeitos.

Quanto à sua segunda emanção, referente à aplicação do princípio da oportunidade, sua efetividade reclama discussão no âmbito da comunidade jurídica, com a demonstração, inclusive econômica, de sua pertinência, em vista de uma relação de custos e benefícios racionalmente perscrutada na área de persecução penal. E na constatação da superação do paradigma clássico de uma obrigatoriedade inconsequente quanto à propositura da ação penal, que tantos malefícios vem trazendo e está a gerar diuturnamente, em especial quanto à pequena e média criminalidade, com a assunção de despesas ingentes e gastos notórios sem uma fundamentação satisfatória em termos de recuperação social de detentos. Está-se a laborar de modo caro e dispendioso para tornar condenados por delitos em pessoas de ainda maior risco social, num rito simbólico de desagregação da pessoa humana.

Os sistemas constitucionais modernos se baseiam na dignidade da pessoa humana como centro do sistema, chave para a sua interpretação e fundamentação, com eficácia vinculante para todas as normas inferiores, as

²⁶² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. op. cit. 2001, p. 1.1219.

quais devem estar em relação de subordinação formal e material com seus preceitos.

Calha destacar o posicionamento de Trindade²⁶³ acerca dos direitos humanos. Para ele, o estado e outras formas de organização política, social e econômica não podem se furtar à adoção de medidas de proteção reforçadas para uma garantia real e efetiva dos mesmos. Em particular, frente às

[...] incertezas, contradições, e perplexidades desta transformação de época que testemunhamos e vivemos [...] mais do que uma época das transformações, vivemos uma verdadeira transformação de época [...].

Todo o progresso vivenciado hodiernamente tem gerado uma ingente vulnerabilidade do ser humano. Nesse contexto, os direitos da pessoa humana reclamam uma reanálise e afirmação diuturnas. Faz-se, premente, ainda segundo o autor a construção de “[...] uma nova cultura de proteção aos direitos humanos.”²⁶⁴

Lima²⁶⁵ traz contributo relevante à ideia de interpretação, reconhecendo o influxo do neoconstitucionalismo no período histórico hodierno. Em seu entender:

Por ser Estado Democrático de Direito e por situar-se numa nova fase (a do neoconstitucionalismo), o Estado brasileiro é do tipo *transformador*, encarregado de desencadear e estimular o desenvolvimento, a igualdade de oportunidades, o equilíbrio das forças sociais. Inseridas num programa maior, estas medidas (objetivos da República Federativa do Brasil) requerem atuação com vistas ao futuro. [...] Nas grandes questões (...) o hermeneuta não pode olvidar seu dever de julgar para o futuro. Se o legislador elabora leis a ser projetadas ao porvir e, no entanto, os intérpretes só as aplicarem ao presente, isto significaria retirar a essência e o objetivo da norma.

²⁶³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. T. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 428.

²⁶⁴ Id. *ibid.* 2003, p. 431.

²⁶⁵ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 53.

Daí a relevância de uma expansão do conceito de direitos fundamentais. Mediante a identificação das áreas mais sensíveis do modo de vida do cidadão mundial no início do século em suas mais diversas áreas, públicas e privadas. Por exemplo, trabalho, educação, saúde, lazer, segurança, vida privada, meio ambiente, espaços públicos. E, a partir daí, construir-se um processo de constitucionalização, com base nos direitos fundamentais, sob o influxo da dignidade da pessoa humana. E, adotando-se um novo paradigma de realização de direito, ao superar, paulatinamente a concepção do Estado legal para um novo Estado Constitucional, com a valorização da categoria do “princípio”, frente à concepção tradicional da regra, como pedra de toque do fazer jurídico.

Impende tomar a Constituição e inseri-la em seu devido lugar no âmbito do moderno Estado de Direito. Olvidando a noção tradicional de interpretá-la segundo as normas legais postas. Mas, realizando um giro hermenêutico, tomá-la como fundamento material e formal de todo o ordenamento, prestando-se a uma dupla função: reger a produção normativa que seja inferior, indicando o modo regular de confecção de novas leis; e, de outro lado, validando ou não o conteúdo de cada uma e de todas as normas do sistema, dotando-a de uma real e concreta “força normativa” para toldar a eficácia e validade das que lhe contradigam o espírito. E abrindo oportunidade para a formação de uma ideia de reconhecimento e resgate de grupos sociais componentes da sociedade civil, franqueando-lhes um espaço de comunicação real e efetivamente democrático. Plasmando, segundo o ideário de Habërle²⁶⁶, uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Diniz²⁶⁷, ao estudar a interpretação constitucional, afirma que se devem buscar critérios hermenêuticos com base nos quais o juiz, ao exercer suas atribuições, realize escolhas que não se distanciem das escolhas que

²⁶⁶ HABÉRLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

²⁶⁷ Diniz, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

o povo, de modo soberano, no estado democrático, positivou na Constituição.

O novo século trouxe ao homem a condição de sujeito de direitos inalienáveis. Em obra diversa, ao estudar a legitimação do poder no Estado, Diniz²⁶⁸ afirma que a soberania popular se impôs como critério de edificação do Estado e de legitimação do exercício do poder e encontrou na Constituição sua forma mais perfeita de concretização histórica. Com isso, no âmbito político firmou-se a ideia de soberania popular, eis que o conceito de nação, através da representação política, tornou-se o equivalente a povo soberano, com o fim dos privilégios. No âmbito jurídico, firmou-se a supremacia constitucional. E no âmbito social, a dignidade da pessoa humana.

Interpretar a Constituição é dar vida aos princípios e valores que gravitam na sociedade num determinado período histórico e que foram positivas em seus termos. Perez-Luño²⁶⁹ dispõe que a interpretação da Constituição não é um mero “banco de prova” da adequação formal das leis, ou seja, o respeito às regras de procedimento que em cada sistema jurídico dispõe sobre a produção normativa, mas:

[...] es um critério material que enjuicia el contenido de las normas y su conformidad con el contenido de la Constitución en su conjunto, o sea, con el sistema de valores, principios y normas que deben informar todo el ordenamento.

A dimensão dos princípios e valores é um das diretrizes do moderno sistema de compreensão da ordem constitucional. Um dos grandes estudos sobre a questão pode ser encontrado em Lima.²⁷⁰ Para o eminente autor, os princípios estão inseridos num sistema de valores. Qualquer método ou técnica empregados fulcram-se numa escala de valores. Em suas

²⁶⁸ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **O princípio da legitimidade do poder no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 311.

²⁶⁹ PEREZ-LUÑO, Antônio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 288.

²⁷⁰ MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. op. cit. 2001, p. 375.

palavras: “[...] dentre os valores, na Constituição de qualquer Estado democrático e social de direito, os direitos humanos fundamentais são a via preferencial.”

Larenz²⁷¹ afirma que a necessidade de um pensamento “orientado a valores” torna-se ainda mais relevante quando a lei recorre a uma “pauta de valoração” que reclama preenchimento valorativo para se delimitar uma hipótese legal e uma consequência jurídica. Por exemplo, “boa fé”, “justa causa”, etc. Não se deve afirmar que nesses casos esteja ausente uma noção de conteúdo. O seu preenchimento ocorre:

[...] mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, que não só é cunhada pela tradição, mas que é compreendida como estando em permanente reconstituição.²⁷²

O Poder Judiciário, em tais casos, age como, segundo Larenz²⁷³, “caixas de repercussão” da consciência jurídica geral. Com isso, a aplicação do direito e desenvolvimento do direito caminham passo a passo, trazendo a ideia da força construtora da decisão judicial para o escopo de afirmação dos direitos fundamentais, denotando-se um caráter de historicidade.

A construção do conceito de direitos fundamentais é bem destacada por Gallupo²⁷⁴. Para ele, torna-se relevante o reconhecimento dos mesmos por cada cidadão para que se afirme sua realidade material, isto é:

[...] são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático.

²⁷¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 311.

²⁷² Id. Ibid. 1997, p. 311.

²⁷³ Id. Ibid. 1997, p. 312.

²⁷⁴ GALLUPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 237.

A democracia seria não um estado, mas “[...] um processo que só ocorre pela interpenetração entre a autonomia privada e a autonomia pública, que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade.”²⁷⁵

Em relação a normas e valores quando da aplicação da Constituição, o magistério de Alexy²⁷⁶ deve ser destacado. Um dos grandes doutrinadores da ideia contemporânea de direitos fundamentais, ele afirma que as normas que tratam sobre direitos fundamentais podem ter ou a estrutura de regras, com maior especificação em sua construção, ou de princípio, quando estruturadas com maior tónus de generalidade. Mas, tal distinção não bastaria, pois, um modelo adequado seria obtido quando são atribuídas regras e princípios a um direito fundamental, o que levaria à confecção de uma norma constitucional de caráter duplo.

Ainda acerca da concepção de direitos fundamentais, Perez-Royo²⁷⁷, baseando-se em Hesse²⁷⁸, destaca o seu duplo caráter, pois, ao mesmo tempo seriam naturais e fundamentais, pois de um lado delimitariam a esfera de liberdade pessoal do cidadão, e de outro atuariam como elementos constitutivos do ordenamento dos poderes do Estado. No primeiro caso, levariam à concreção do que em cada momento histórico do que se consideraria dignidade humana, representando um ideal não apenas da “natureza humana originária”, mas da “natureza humana civilizada”. Na segunda perspectiva, indicaria que o poder do Estado encontra sua origem nos próprios direitos fundamentais, eis que ao exercer o direito de sufrágio, decidem a composição e funcionamento dos poderes políticos desse mesmo Estado; de igual sorte, são os cidadãos que fazendo uso do direito à justiça levam ao funcionamento de seu poder jurídico.

²⁷⁵ GALLUPO, Marcelo Campos. op. cit. 2003, p. 237.

²⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 145.

²⁷⁷ PEREZ-ROYO, Javier. **Curso de derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 267.

²⁷⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 228.

Segado²⁷⁹, traz à discussão uma noção material e valorativa de Estado de Direito. Seriam premissas necessárias do mesmo a sujeição dos cidadãos e dos poderes públicos ao ordenamento jurídico, uma divisão de poderes e o reconhecimento de uma ordem axiológica. Sua legitimidade decorreria tanto quanto suas atividades se assentassem nessa ordem de valores. Haveria ingente relevância desse aspecto, eis que:

*Este precepto supone la consagración de la persona y de su dignidad no solo como el fundamento de la totalidad del orden político, sino, [...] como el principio rector supremo del ordenamiento jurídico.*²⁸⁰

Isso revela a Constituição com uma ordem aberta de regras e princípios, sempre se renovando por meio de uma atividade responsável de seus intérpretes, o que é complementando pelo ensinamento de Revorio²⁸¹, ao declarar que a defesa da mesma está vinculada à defesa da própria democracia.

Um dos pontos altos sobre a análise dos direitos fundamentais é suscitado por Böckenforde²⁸², ao enumerar as funções que a eles seriam atribuídas a partir de uma nova perspectiva de realização material, isto é, função dogmática-jurídica, pois alcançaria uma eficácia tendente à universalidade, afetando potencialmente todos os âmbitos jurídicos, não estando determinado e estabelecida antecipadamente, mas sujeita à expansão e desenvolvimento.

A partir deles, não mais ocorreria uma interpretação tradicional, mas um fenômeno jurídico criativa. Mais do que atribuir um sentido, a intenção seria aclarar um sentido; ainda se vê uma função teórica-estatal, eis que não mais estão confinados à relação Estado-cidadão, mas se

²⁷⁹ SEGADO, Francisco Fernández. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dickinson, 1992, p. 109.

²⁸⁰ Id. *ibid.* 1992, p. 115.

²⁸¹ REVORIO, Francisco Xavier Dias. **La constitución como orden abierto**. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 95.

²⁸² BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft., 1993, p. 125.

tornaram princípios superiores do ordenamento jurídico em seu conjunto. Antes, apenas serviam como limite ou represa de eventual abuso estatal frente aos administrados.

Agora, eles configuram o próprio modo de configuração do modo de existência desse mesmo Estado; por fim, existe uma função teórico-constitucional, consistente na redefinição de atribuições dentro do Estado Constitucional, especialmente entre Poder Legislativo e Judiciário, pois, considerando um dever de concretização dos direitos fundamentais por parte do Estado e todos os seus órgãos, ambos de maneira concorrente constroem Direito, em forma de concretização. Haveria, segundo Böckenforde²⁸³, uma primazia do legislador, mas supremacia por parte do Tribunal Constitucional.

Ainda analisando os direitos fundamentais, Loewenstein²⁸⁴ expõe que o reconhecimento e proteção dos direitos e liberdades fundamentais são o núcleo essencial do sistema político da democracia constitucional. Encarnam a distribuição de poder, sem a qual a democracia não pode funcionar. Quanto mais amplos sejam tais direitos e mais extensa a sua proteção, menos perigo existirá para que surja uma concentração do poder. Os regimes autocráticos não podem suportar, segundo Loewenstein²⁸⁵ “[...] *zonas autónomas de autodeterminação individual. [...] En la democracia constitucional son la cristalización de los valores supremos del desarrollo de la personalidad humana y de sua dignidad.*”

A democracia, segundo Enterría²⁸⁶, não é um simples procedimento formal de designação de governantes. Possui um componente liberal essencial, pois o cidadão não está inteiramente submetido à norma legal, mas permanece como titular de direitos próprios, que constituem outros tantos limites do poder. Conclui afirmando que liberdade, igualdade

²⁸³ BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. op. cit. 1993, p. 130.

²⁸⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción de Alfredo Galeo Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 392.

²⁸⁵ Op. cit., p. 392.

²⁸⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 67.

de direitos e democracia são elos indivisíveis de uma mesma corrente. Em obra diversa, Enterría²⁸⁷ afirma que a Constituição se erige em “contexto necesario de todas las Leyes.”

Há de se reconhecer, juntamente com Alcalá²⁸⁸, o Estado como o principal responsável pela vigência ou não dos direitos humanos. Conforme o autor, o dever de efetiva submissão dos poderes à Constituição e aos direitos fundamentais é deduzido não apenas de uma perspectiva negativa, ou seja, de restrição do poder do Estado frente aos cidadãos, mas: *“También la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando una pretensión subjetiva por parte de alguna persona.”*

O autor ainda realiza distinção relevante ao afirmar que no momento em que as pessoas violam a dignidade humana e o ordenamento jurídico estatal, elas podem cometer delitos. Mas *“Conceptualmente, sólo los estados son quienes violan los derechos humanos.”*²⁸⁹

Isso traz especial atenção na área do processo penal, que lida diretamente com os bens mais sensíveis da pessoa. Bacigalupo²⁹⁰ afirma: *“el reconocimiento de derechos fundamentales procesales por un Estado es un criterio para medir el carácter autoritario o liberal (freiheitlich) de una sociedad.”*

Prossegue o autor no sentido de que as sociedades autoritárias podem ser caracterizadas por uma deficiência de proteção àqueles classificados como “não culpáveis”. A elas, importa menos a ideia de punição em relação a uma conduta efetivamente realizada que um alegado efeito de intimidação por força de uma pena aplicável oriunda de um

²⁸⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I., 9. ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 105.

²⁸⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2003, p. 139.

²⁸⁹ Id. Ibid. 2003, p. 139.

²⁹⁰ BACIGALUPO, Enrico. **Derecho penal e estado de derecho**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 168.

processo com reduzidos níveis garantias.²⁹¹

Linhas adiante, conclui no sentido de que uma fórmula de consenso dos interesses imanentes aos suspeitos e aos responsáveis pela realização do sistema jurisdicional penal é algo difícil de alcançar. Devendo, porém, ser guardada cautela em vista de “situações emocionais”, que carregam um desfazimento do processo penal liberal, em vista de uma melhor aplicação do delito, pois a proteção de liberdade é uma das funções primordiais do Estado de Direito, e: “[...] *La protección de la libertad poniendo en grave riesgo la libertad es difícilmente compatible con nuestra idea de un Estado democrático de derecho.*”²⁹²

4.5.5.2 A acusação responsável como direito fundamental

A responsabilidade ética no exercício da ação penal condenatória haure seu fundamento de validade do art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, sendo, ainda, emanção direta do art. 5º, LIV e LV, relacionados ao devido processo legal e ao contraditório em sentido material. Ainda havendo fundamentação relevante no art. 1º, *caput*, em que se nota a garantia do Estado de Direito, como princípio constitucional estruturante do sistema brasileiro.

Nessa perspectiva, possui aplicabilidade imediata, prestando-se a direcionar a conduta dos órgãos públicos encarregados do sistema de jurisdição penal, desde a autoridade policial até o Judiciário e Ministério Público, em seus diversos ramos e especificações. Sendo ainda exigível por parte de cada cidadão que se veja tolhido no exercício de seus direitos fundamentais por conduta abusiva relacionada ao cometimento de infrações penais. Num sentido mais específico, porém, é direcionado ao órgão do Ministério Público, desde os órgãos de sua administração superior até os demais órgãos de execução em seus diversos níveis, exigindo um maior

²⁹¹ BACIGALUPO, Enrico. op. cit. 2005, p. 168.

²⁹² Id. ibid. 2005, p. 182.

status de constitucionalização de suas funções.

Há, diante disso, um direito fundamental à acusação gizada por um conceito de responsabilidade. É o corolário de uma atividade ética e legítima por parte do Estado, quando do exercício de seu direito de persecução penal, especificamente tornado concreto pela atividade institucional do Ministério Público na titularidade do exercício da ação respectiva (art. 129, I, CF/88).

Resguardar os direitos fundamentais não é apenas trabalhar no âmbito de um processo penal já instaurado e em curso. É ter em vista que as etapas preliminares à instauração de uma ação penal condenatória dirigem-se contra alguém reconhecido como “sujeito de direitos”. E à contingência e direito do mesmo em afirmar e fazer valer o seu direito de liberdade, incumbe um dever ainda maior de ética por parte do órgão do Ministério Público. Inclusive em vista de um procedimento de legitimação institucional pela afirmação dos direitos fundamentais.

Há de ser superada diuturnamente a visão clássica do órgão do *parquet* como um simples órgão de acusação indiscriminada, reduzindo-o a mero rito de passagem entre uma investigação policial despida de direito fundamentais a exemplo do contraditório e ampla defesa, e um processo claudicante e estéril de perspectivas para a construção de uma realidade processual e constitucionalmente válida. Interessa ao Estado de Direito tanto quanto a punição dos responsáveis por graves delitos a declaração de inocência do que está sob acusação injusta.

5 CONCLUSÃO

Encerrada a pesquisa sobre o direito fundamental a uma acusação responsável, é possível alcançar algumas conclusões:

1. O Estado legal, como símbolo de uma aplicação meramente formal do direito, encontra-se esgotado em seus projetos e respostas, ao negligenciar princípios de ingente relevância para o moderno estado constitucional como a dignidade humana, democracia e a aplicação do princípio da proporcionalidade, impondo-se a evolução para o Estado constitucional;

2. O Princípio da Proporcionalidade não pode mais ser visto apenas como a clássica vedação ao excesso, frente a um Estado que abusa de seus poderes. Há de ser perquirido, doravante, se ele está a resguardar adequadamente os direitos fundamentais, por meio de uma política criminal satisfatória e racional, vedando-se uma proteção de natureza deficiente;

3. Os direitos fundamentais são a base do exercício do moderno Estado constitucional. Por meio deles, é encontrada sua legitimidade, como uma forma de convencimento material da comunidade dentro de um âmbito político democrático;

4. Houve a superação do conceito de direitos fundamentais como simples resistência frente a abusos por parte do Estado. Numa perspectiva contemporânea, eles configuram e organizam a relação de poder dentro dele. Quer dizer, ele apenas será reconhecido como um autêntico Estado de Direito se o exercício de seu poder atender, formal e materialmente, ao que se concebe, em determinado período histórico, como direito fundamental, em seu aspecto não apenas formal, mas, especialmente, material;

5. Impõe-se uma necessária ética na acusação penal. Não mais se reconhecem como legítimas denúncias ou queixas-crime sem uma perspectiva ao menos verossímil da procedência da pretensão ao final;

6. A persecução penal há de estar reservada a fatos que realmente maculem bens jurídicos relevantes ou ensejem perigo real e imediato a eles. Para os demais, impende que se fortaleçam meios como a composição através do direito civil, comercial, administrativo, por exemplo, o que pode contribuir para uma adequada celeridade e pacificação social;

7. Devem ser fortalecidos outros sistemas no âmbito da sociedade para o regular processamento de demandas sociais, por exemplo, religião, moralidade, famílias, trazendo ao cidadão a consciência e o incentivo a uma maior sociabilidade, revogando o conceito de cidadania;

8. O direito penal deve ser assumido efetivamente como “ultima ratio”, numa perspectiva fragmentária, em relação aos conflitos sociais. Ele não torna as pessoas melhores, nem deve ser usado como instrumento de implementação de políticas públicas ou de projetos governamentais. A punição em excesso e desproporcional no âmbito penal é ainda abuso de poder;

9. Em todo o mundo, é reconhecida como preferencial nos crimes menos graves a composição entre autor do fato e vítima, incentivando uma ideia de justiça em que ocorra uma recomposição das situações de fato atingidas pela ocorrência do fenômeno delituoso, o que pode ser visto, por exemplo, no art. 10 da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia;

10. A acusação responsável ainda exige uma postura de controle de toda a atividade investigatória por parte do Ministério Público, desde o cometimento do delito, a fim de se construir, de modo idôneo e regular, uma “prova processualmente válida”, em especial pela consideração de que o investigado, ainda que na fase de inquérito policial, segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é um “sujeito de direitos”, ainda que não haja aplicação integral dos princípios do contraditório e ampla defesa nessa fase procedimental;

11. Fatos como tortura para a obtenção de provas, violação aos mais básicos direitos fundamentais na investigação, ausência de advogados ou defensores públicos quando da lavratura de autos de prisão em flagrante e colheita de interrogatórios em sede policial e judicial são realidades hodiernas no Estado brasileiro. Isso requer uma nova postura do Ministério Público brasileiro, com a adoção de providências que culminarão no respeito à pessoa do suspeito e que repercutirão na fidelidade da prova a ser utilizada no processo principal, legitimando todo o sistema punitivo brasileiro. A ideologia de superação da figura do acusador sistemático deve ser transferida da doutrina especializada para a praxe diuturna das funções ministeriais;

12. Para os fins de uma acusação responsável, o Ministério Público deve exercer uma supervisão real e concreta sobre a atividade policial. Buscando não somente punir autoridades civis e militares envolvidas com desrespeito aos direitos do detento. O controle externo é bem mais que isso. Urge que ele trabalhe em efetiva parceria com as polícias judiciárias, indicando o que ele, como titular da ação penal, precisa para um regular exercício da persecução penal. E, ademais, possua dados em tempo real de qualquer pessoa que ingresse em estabelecimentos penais. E esteja amparado pela capacidade logística e de recursos humanos para processar tais dados, construindo estatísticas confiáveis para demonstração à comunidade, alcançando uma maior legitimidade em suas atividades institucionais;

13. A lide carnelutiana, como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, não satisfaz a ideia moderna de processo penal, não lhe sendo aplicável, seja porque o Estado tem interesse em descobrir o responsável pelo delito e não qualquer pessoa, de modo aleatório, não se instaurando uma relação processual entre vítima e acusado, mas entre o Ministério Público e o réu. O contraditório no processo penal é necessário para a realização da justiça penal, devendo ser promovido ainda que réu e vítima concordem quanto às imputações realizadas na inicial acusatória;

14. O princípio da oportunidade é o mais adequado para a construção de um processo penal constitucional. Porém, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, como dever de apurar todos os delitos ocorridos num Estado, é imprescindível a qualquer Estado de Direito, sendo a disponibilidade da ação penal restrita a casos específicos e com um adequado controle por parte dos órgãos superiores do Ministério Público e do Poder Judiciário para os delitos mais graves, a exemplo de tráfico de drogas, criminalidade organizada e outros;

15. O sistema processual penal brasileiro deve estar aberto a experiências de racionalidade do sistema penal encontradas em outros países, a exemplo da conversão da natureza da ação penal de pública para privada em crimes de reduzido interesse público, com autorização do Ministério Público e da vítima, o que pode ser visto, por exemplo, no art. 26 da Lei Processual Penal da Guatemala;

16. O paradigma do Chile deve ser uma referência para uma nova concepção de Ministério Público criminal, através da atividade do chefe da instituição em, anualmente, prestar contas de suas atividades no ano pretérito e indicar como os recursos públicos foram gastos, e quais os planos institucionais para o ano vindouro, ressaltando metas e planejamento a serem observados por parte dos demais órgãos do *parquet*;

17. A América Latina, por diversos Estados, tem sido pródiga no desenvolvimento do princípio da oportunidade, como uma forma de racionalizar o exercício da persecução penal, a revelar a ideia de efetividade em sopesamento com a limitação de recursos para o exercício desse relevante serviço público;

18. A aplicação do instituto da *plea bargaining* nos Estados Unidos tem uma eficácia digna de nota. Contribui para uma aplicação rápida e eficaz das normas penais, trazendo aos cidadãos um sentimento de participação na realização prática do direito de punir. O Ministério Público

em nível local presta contas de suas atividades para com os eleitores, havendo um reforço no sistema de democracia, pois o sentimento de justiça é controlado diretamente pelo cidadão comum. Há o reforço do respeito aos direitos fundamentais dos suspeitos, o que se vê, por exemplo, na previsão das *exclusionary rules*, como vedação a provas ilícitas no âmbito do processo criminal;

19. O sistema criminal dos Estados Unidos contribui para o fortalecimento do sistema acusatório. O Juiz, em regra, somente protege os direitos dos suspeitos e não interfere na produção das provas, exceto quando autoriza a restrição aos direitos individuais de modo específico, a pedido dos órgãos de apuração criminal, para a obtenção de meios de convicção;

20. O sistema processual penal norte-americano, porém, recebe graves críticas quanto ao sistema de “justiça negociada”, pois há o privilégio de uma fase inquisitorial, em que não se fazem presentes em sua inteireza os princípios do contraditório e ampla defesa, levando a que os suspeitos, muitas vezes, sejam constrangidos a realizar acordos sem a comprovação de sua responsabilidade penal, sob pena de acusações mais graves;

21. Outros sistemas europeus, como o Espanhol, trazem institutos que podem contribuir para uma agilidade no processo penal, como a *conformidad*; na Alemanha deve ser destacado o respeito a uma ideia de efetividade da jurisdição e o controle do exercício da oportunidade pelos superiores hierárquicos do Ministério Público. Há de se destacar, em Portugal, a utilização do sistema de mediação penal para delitos menos graves, com a participação do Ministério Público ao exercer atividades de supervisão e controle da atividade de mediadores selecionados pelo Poder Executivo;

22. A ideia de sistema processual penal no Brasil deve passar por uma adequada constitucionalização, em vista dos postulados do

contraditório e da ampla defesa, reservando o desenvolvimento da pretensão acusatória ao Ministério Público, restando ao Poder Judiciário o resguardo dos direitos do investigado logo que instado por ele e pelo próprio Ministério Público. Trata-se de uma postura a ser construída paulatinamente com o objetivo de realização material dos direitos fundamentais;

23. O Projeto de Reforma do CPP, PLS 156, traz importantes inovações quanto ao princípio da oportunidade no Brasil, a exemplo do art. 4º, que prevê a estrutura acusatória para o processo penal brasileiro, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e substituição da atuação probatória do Ministério Público; a criação da figura do “Juiz das Garantias”, para o resguardo dos interesses do investigado na apuração preliminar; a remessa do inquérito policial ao Ministério Público; a determinação de arquivamento doravante ser uma decisão do *parquet*, comunicando-se a vítima, investigado, autoridade policial e órgão de revisão do próprio Ministério Público, com previsão de recurso interno; possibilidade de início da ação penal por juízo discricionário do Ministério Público nas ações penais condicionais à representação em caso de morte da vítima; conciliação em crimes de falência e delitos patrimoniais, sem violência ou grave ameaça à pessoa, que passaram a ser veiculados por ação penal pública condicionada à representação, sendo casos em que há previsão de desistência da ação pelo Ministério Público;

24. Apenas com a realização de uma acusação responsável o sistema punitivo estatal pode receber a adequada legitimação da comunidade, refletindo uma noção adequada de direitos fundamentais, em prol da comunidade e dos investigados.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoria y dogmatica de los derechos fundamentales**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2003.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Los actos procesales em la doctrina de Goldschmidt.In: **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. T. II: números 12-30. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 1992.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. v. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1982.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalem**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AROCA, Juan Montero. **La inutilidad del llamado principio acusatorio para la conformación del proceso penal**. Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/index1.htm>. Acesso em: 8 jul. 2010.

BACIGALUPO, Enrico. **Derecho penal e estado de derecho**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho procesal penal**: conceptos fundamentales e principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires: Palma, 1986.

BETTIOL, Rodolfo; BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução de Amilcare Carletti. 7. ed. Campinas: Pillares, 2008.

BIBAS, Stephano. Plea bargaining outside the shadow of trial. **Harvard Law Review**, n. 8, v. 117. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=464880. Acesso em: 7 jul. 2010.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft., 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Código Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1959.

CALADO, António Marcos Ferreira. **Legalidade e oportunidade na investigação criminal**. Lisboa: Coimbra, 2009.

CALAMANDREI, Piero. Il Concetto di "lite" Nel pensiero di Francesco Carnelutti. Rivista di diritto processuale civile. Padova, Cedam, 1928, PP. 3/22. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Néilson. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960.

_____. **Lições sobre o processo penal**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.

_____. **As misérias do processo penal**. Tradução de Luis Fernando Lobão de Moraes. São Paulo: Edicamp, 2001.

_____. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Soero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. **Como se faz um processo**. Tradução de Hebe Calleti Marengo. São Paulo: Minelli, 2004.

_____. Poner a su puesto ao ministerio publico. In: **Cuestiones sobre el proceso penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960.

_____. **Teoria geral do direito**. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva, 1942.

CHAMPION, Dean John. **The american dictionary of criminal justice**: key, terms, and major court cases. 3rd editions. Maryland: Roxbury Publishing Company, 2005.

COLEMAN, James William. **A elite do crime**: para entender o crime do colarinho branco. Tradução de Denise R. Sales. 5. ed. Rio de Janeiro: Manole, 2005.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Néelson Miranda. O papel do juiz no novo processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Néelson Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Néelson Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda. O papel do juiz no novo processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direito fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **O princípio da legitimidade do poder no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 9. ed. Madrid: Civitas, 1999.

_____. **Democracia, jueces y control de la administración**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1997.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direito humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **La Ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004.

_____. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Pietro e COSTA Pietro. **O estado de direito**. Tradução de Carlo Alberto Datoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (Integral). In: **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Jus Podium, 2009.

FISHER, George. **Plea bargaining, s triumph**: a history of plea bargaining in America. Stanford, California: Stanford, University Press, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva**. Disponível em:
<http://www.fragoso.com.br/heleno_artigos.asp> Acesso em: 19 jul. 2008.

GALLUPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e *common Law* em uma perspectiva comparada. Tradução da Professora Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na cultura contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

GESU, Cristina de. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Traducción de la segunda edición Alemana por Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

_____. **Princípios gerais do processo penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Nulidades no processo penal**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUARNERI, José. **Las partes en el proceso penal**. Traducción y notas del Dr. Constancio Bernaldo de Quirós. Puebla, México: Editorial Jose M. Cajica Jr., 1952.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. Tradução de Flávia Portela Püschel. **Revista Direito GV** – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, v. 2, n. 2. P. 187-204, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/suportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RDGV_04_pp187-204.pdf>. Acesso em: 21 set. 2009.

GÜNTHER, Klaus. Os cidadãos mundiais entre a liberdade e a segurança. Tradução de Pedro Maia. **Revista Novos Estudos** – CEBRAP, n. 83, p. 11-25, mar. 2009. Disponível em : <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n83/02.pdf>>. Título Original: World citizens between freedom and security.> Acesso em: 21 set. 2009.

HABÈRLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007.

_____. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional. Traducción de Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Minima Trotta, 1998.

HALL, Kermit L; ELY JR., James. **The Oxford Guide to United States Supreme Court decisions**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback; Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. Traducción de Antonio López Pina. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. Madrid, Marcial Pons, 1996.

_____. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Justicia penal, derechos e garantías**. Lima: Palestra Temis, 2007.

INVREA, Francesco. Il torto e l'azione. Rivista del diritto commerciale. Milano, Vallardi, 1930, Parte Prima, p. 155-18; INVREA, Francesco. La servitù del giudicato. Rivista di diritto processuale civile. Padova, Cedam, 1930, p. 223-244. In: COUTINHO, Jacinto Néilson Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Direito processual penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del estado**. Tradução para o espanhol de Eugenio Bulygin. Buenos Aires: De Palma, 1980.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**: estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)**. São Paulo, Malheiros, 2002.

_____. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser-moralmente-melhor>>. Fortaleza: ABC, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción de Alfredo Galeo Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)discutindo o objeto do Processo Penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 39, p. 103-124, 2002.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. (Re)descobrimo as teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.16, n. 75, p. 101, nov./dez. 2008.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. T. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MARCHISIO, Adrián. **Principio de oportunidad, ministerio público y política criminal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. **Elementos de direito processual penal**. v. II, 2 tiragem. Campinas: Bookseller, 2007.

MARTINEZ, Felipe. Outro enfoque sobre el castigo: análisis de las <<instituciones totales>> encargadas de la ejecución de la pena privativa de libertad desde la perspectiva de Ervin Goffman. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coordenador). **Mitologias y discursos sobre el castigo**: historia del presente y posibles escenarios. Rubi (Barcelona): Anthropos, Barcelona: OSPDH, Universitat de Barcelona, 2004.

MAZZUOLI, Valério. **Tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

MENEZES, Bruno Seligman; FERNANDES, Daniel Barbosa; OLIVEIRA, Eduardo Turra. A questão da lide no processo penal. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre: Magister, n. 21, dez./jan. 2008.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NABAIS, Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais penais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ODERIGO, Mario A. **Derecho procesal penal**. T. I. Buenos Aires: Ideas, 1952.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **O conceito de acusação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. Rivista di diritto processuale civile. Padova, Cedam, 1930, p. 63-74. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Néelson. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREZ-LUÑO, Antônio Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PEREZ-ROYO, Javier. **Curso de derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Tradução livre. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal Norte-Americano**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REVORIO, Francisco Xavier Dias. **La constitución como orden abierto**. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

RIQUELME, Vitor B. **Instituciones de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coordenador). **Mitologias y discursos sobre el castigo**: Historia del presente y posibles escenarios. Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial, Barcelona: OSPDH, Universitat de Barcelona, 2004.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I, Fundamentos, la estructura la teoría del delito. Traducción y notas de la 2 ed. Alemana Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2001.

_____. **Derecho procesal penal**. Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. 2 reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e igualdade. 2 Ed., Ed. UFMG, 1995

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O princípio do defensor natural no processo penal brasileiro. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; LIMA, Marcellus Pollastri. **A renovação processual penal após a Constituição de 1988**: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca de superação dos fundamentalismos hermenêuticos In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Interpretação constitucional**: reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: Jus Podium, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El propio sistema de la teoría del delito**. SSRN – Social Science Research Network. Date Posted: June 11, 2009. New York. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416769>. Acesso em: 16 jul. 2010.

_____. Aporías de la teoría de la pena en la filosofía - Pensamientos sobre Immanuel Kant. In: InDret. **Revista para El Análisis del Derecho**. Disponível em: < <http://www.indret.com/es/index.php>>. Acesso em: 21 set. 2009.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Organização: Leonardo Martins. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Maria Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Gerales Ferreira. Uruguai: Fundação Konrad – Adenauer Stiftung, 2005.

SEGADO, Francisco Fernández. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dickinson, 1992.

SILVA, Ovídio Batista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos e rituais. 4. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUANNES, Aauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade**: manifestações em sede processual penal e sua conformidade jurídico-constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 243.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. T. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARONA GOMÉZ, Daniel. **La Eximente de medo insuperable**. Tesis Doctorals en Xarxa. Consorci de Biblioteques Universitàries de Catalunya (CBUC) i el Centre de Supercomputació de Catalunya (CESCA). Catalunya. España. Disponível em:
<http://www.tesisenxarxa.net/TESIS_UdG/AVAILABLE/TDX-0730108-110923//TDVG5de5.pdf.> Acesso em: 21 set. 2009.

VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. In: **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002.

WACQANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Coleção Pensamento Criminológico. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La exigencia de justicia**. Traducción y presentación de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2006.