

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ESMP

Curso de Especialização em Processo Penal

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL:

Racionalização e Humanização da Justiça

Francisco Elnatan Carlos de Oliveira

FORTALEZA-CE

2003

Revisão e atualização
2004
2000

Francisco Elnatan Carlos de Oliveira

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL:

Racionalização e Humanização da Justiça

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Especialização em Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público/Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista.

Fortaleza – Ceará

2003

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO PENAL**

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL:

Racionalização e Humanização da Justiça

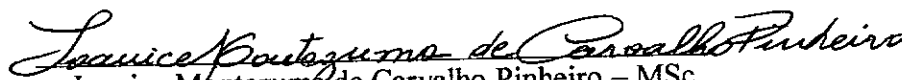
Monografia submetida à apreciação, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Especialista em Processo Penal, concedido pela Universidade Federal do Ceará/Escola Superior do Ministério Público.

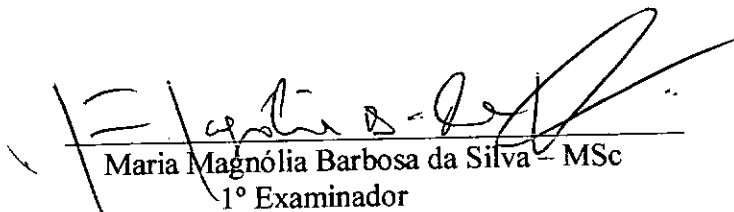
AUTOR: Francisco Elnatan Carlos de Oliveira

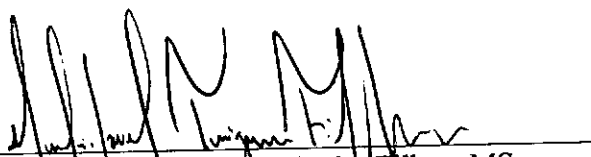
Monografia aprovada em: 20 de janeiro de 2003

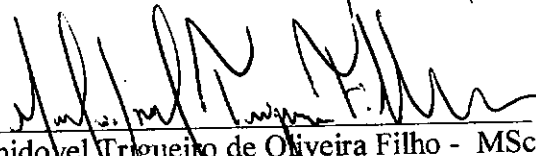
Nota 10,00 (dez)

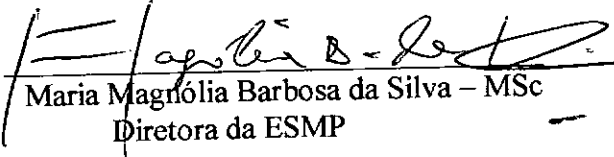
BANCA EXAMINADORA:


Ivanice Montezuma de Carvalho Pinheiro - MSc
Orientador


Maria Magnólia Barbosa da Silva - MSc
1º Examinador


Machado Vel Trigueiro de Oliveira Filho - MSc
2º Examinador


Machado Vel Trigueiro de Oliveira Filho - MSc
Coordenador do Curso


Maria Magnólia Barbosa da Silva - MSc
Diretora da ESMP

*"O homem nasceu livre, e por toda a parte geme
agrilhado; o que julga ser senhor dos demais é de
todos o maior escravo".*

Jean Jacques Rousseau

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, JOÃO e JÚLIA, esta, em memória, pela dedicação e pela minha existência;

à minha estima esposa ANA e aos meus filhos MILENA e JÚNIOR, pela motivação e pelo INCENTIVO de perseverar sempre no caminho do conhecimento.

Agradeço a Deus, em primeiro lugar.

Não poderia deixar de agradecer à Douta Procuradoria Geral de Justiça, bem como à Escola Superior do Ministério público, através de seus respectivos gestores, e aos estimados mestres (TODOS), pela paciência e tolerância que com todos nós, pós-graduandos, e especialmente comigo, tiveram no decorrer do curso.

A busca do conhecimento, o aperfeiçoamento científico engrandece a instituição Ministerial. É afinal o que buscamos.

Os nossos agradecimentos a todos os professores da UFC, à intrépida Diretora da Escola Superior do Ministério Público, a estimada mestra Maria Magnólia Barbosa da Silva, e a gratidão à Procuradora Geral de Justiça que propiciou, às custas da PGJ, a realização do curso.

Por fim, reconheço na pessoa da Professora Ivanice Montezuma, a orientação para este trabalho, sem a qual, com certeza, não teria o objeto desejado.

Portanto, externo sinceros agradecimentos aos que, de qualquer modo, trabalharam para a realização do curso, nas pessoas dos funcionários da Escola Superior do Ministério Público, professores e colaboradores.

A minha eterna gratidão.

Francisco Elnatan C. Oliveira

SUMARIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	
O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO (ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO) EM ESPECIAL NA DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO.....	11
1.1 Uma breve análise da questão com seus aspectos históricos	11
1.2 O Promotor de Justiça e o Processo Penal – A condução humana do processo	13
1.3 A premissa da ética processual	14
1.4 O Ministério Público e suas funções institucionais dentro do Processo Penal	16
CAPÍTULO II	
PROCESSO PENAL E PRESENÇA MINISTERIAL – EXIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO	30
2.1 O Promotor de Justiça e o Universo do Processo – Missão de velar pela dignidade da Justiça e das partes	30
2.2 A ação penal e o desenvolvimento do processo diante dos princípios democráticos.....	31
CAPÍTULO III	
O PROMOTOR DE JUSTIÇA E A RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....	34
3.1 Processo e Procedimento - formalidade versus informalidade.....	34
3.2 Obediência aos princípios informadores do processo.....	35
3.3 Ampla defesa	36
3.4 Inquérito policial e contraditório	35
CAPÍTULO IV	
O 'PARQUET' E O RESGATE DO HUMANISMO NOS PROCESSOS CRIMINAIS.....	40
4.1 Princípio da presunção de inocência e estado de flagrância	42
4.2 Princípio da presunção de inocência e prisões processuais	44
4.3 Princípio do estado de inocência e princípio ' <i>in dubio pro reo</i> '	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

RESUMO

OLIVEIRA, Francisco Elnatan Carlos de. *O Ministério Público no Processo: Racionalização e Humanização da Justiça*. Universidade Federal do Ceará/ Escola Superior do Ministério Público. Fortaleza – CE, outubro de 2002. Professora Orientadora Ivanice Montezuma de Carvalho Pinheiro – MSc; Coordenador do Curso de Especialização em Processo Penal Prof. Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho- MSc; Diretora da ESMP Maria Magnólia Barbosa da Silva- MSc.

Este trabalho consiste em uma descrição teórica acerca do papel do Ministério Público no Processo Penal, com vistas à conquista de uma Justiça mais racional e humana. Analisamos a postura dos operadores do direito, mais especificamente do Promotor de Justiça, sugerindo modos mais racionais e humanizados para o tratamento das partes envolvidas no processo. A base teórica que alicerçou o estudo foi construída a partir da leitura de obras pertinentes ao tema, sendo que os mais consultados foram: MORAES, (2000), GUERRA (1989), GOMES (1999), BARAÚNAS (1978), AZEVEDO, (1997), MAZZILI (1999), SMANIO (1997), dentre outros. O objetivo geral do trabalho foi oferecer sugestões aos operadores do direito para que possam prestar um atendimento mais humanizado àqueles envolvidos em processos de natureza penal. Trabalhamos sempre seguindo as prescrições da Constituição Brasileira de 1988, analisando, ainda, os resultados das jurisprudências publicadas no Diário da Justiça. Ao final do trabalho, foram apresentadas sugestões que apontam para um melhor tratamento àqueles que recorrem à justiça para resolver seus litígios.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisou, de um modo sinóptico, a atuação do Promotor de Justiça no Processo Penal. O Processo é um instrumento de pacificação social, oriundo do Poder Estatal, que busca torná-la concreta, através das normas postas de modo abstrato, quando há necessidade de tutelar algum interesse em conflito.

Numa definição mais simplória, o Processo Penal se constitui uma forma de resolução dos conflitos de interesses entre a entidade estatal, reguladora do comportamento do indivíduo na sociedade, e o agente que entra em conflito com o ordenamento jurídico.

Os conflitos de interesses, dos mais simples aos mais complexos, verificam-se com muita freqüência, surgindo a lide, sendo, pois, necessária a intervenção estatal para mediar esses interesses entre os entes da sociedade.

Nesse contexto, o Processo se situa na condição de examinar qual dos interesses da lide deverá prevalecer, subordinando o interesse que faltar tutela jurídica e prevalecendo o interesse que estiver protegido pelo Direito.

Para que essa operacionalidade aconteça, é necessária a atuação dos operadores do direito, dentre eles o Promotor de Justiça que, após a Edição da Constituição Federal de 1988, ganhou a árdua atribuição da defesa intransigente da sociedade.

Com o aprimoramento da sociedade, o Processo Penal ganhou atenção especial dos legisladores, porquanto, na sua manipulação, esse ramo da ciência penal diz respeito, especialmente, às liberdades, postuladas como Direito Fundamental do Cidadão. Como tal, para o manejo do Processo, faz-se necessária a obediência rigorosa aos seus princípios.

Este trabalho não se destinou a encontrar defeitos nos atuais sistemas de controle do convívio social, mas, através da busca do aprendizado, procurou acrescer as sugestões na procura incessante de melhorias, através da boa crítica.

Procuramos, ainda, incentivar aos mestres que conduzem o Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Penal, através da Universidade Federal do Ceará, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, na busca da excelência do aprendizado, da informação e da cultura jurídica, muito salutar nos dias (atuais) exigentes da globalização.

Buscou-se, também, uma 'agitação' mais evidente dos princípios e das garantias fundamentais, inseridas na Carta Política da Nação Brasileira, em favor da sociedade e com especialidade daqueles menos favorecidos, menos esclarecidos a quem devemos toda a satisfação, pois aos ditos sábios não é dado o direito de negar defender os desprovidos de conhecimentos.

No desenvolvimento do trabalho foram abordados temas específicos e importantes para a compreensão do papel do Promotor de Justiça no Processo Penal e da sua postura coerente e imparcial, diante dos dados e fatos apresentados nos Processos da área penal.

No primeiro capítulo, refletimos a respeito do Ministério Público como instituição essencial à função Jurisdicional do Estado, em especial na defesa do Regime Democrático. No segundo capítulo, analisamos o Processo Penal e a presença ministerial exigida pela Constituição Federal. A seguir, no terceiro capítulo, abordamos o papel do Promotor de Justiça na racionalização do Processo Penal. Finalmente, no quarto capítulo, abordamos a função do 'Parquet' no resgate do humanismo nos processos criminais. Ao final do trabalho, apresentamos nossas considerações finais, ao lado de algumas sugestões que consideramos úteis à racionalização e humanização das ações desenvolvidas pelos representantes do Ministério Público no desenrolar dos Processos Penais.

CAPÍTULO I

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO (ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO) EM ESPECIAL NA DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO

1.1 Uma breve análise da questão com seus aspectos históricos

O Brasil, não de modo diferente de outros países, passou por um longo período de amadurecimento e, por que não dizer, de sofrimento de seu povo na busca do aprimoramento da vida em sociedade. Desde seu descobrimento, passou pela cultura da criação de oligarquias, colônia, feudo da burguesia portuguesa que durou desde o Brasil colônia até o Brasil Império. O tempo avançou e veio a República, resultado da pressão social, pela qual se esboçaram os primeiros sinais da democracia ou do regime democrático, em cujos postulados o povo tinha esperança. Contudo, resultou também no surgimento de uma sociedade muito desigual e estratificada. Este foi, digamos assim, o primeiro momento do regime democrático.

Na República, em seu início, por volta de 1890, o Decreto 848 de 11 de outubro de 1890, já guindava ao Órgão Ministerial a importância de ser instituição necessária em toda organização democrática.

A sociedade brasileira, mesmo vagarosamente progrediu, e vieram mais reclames e, por conseguinte, mais movimentos sociais na busca do aprimoramento. Citamos a Revolução de 1930, o Estado Novo, as influências do pós-guerra, o movimento de 1964 e, por fim, o grande salto do movimento popular, saindo de um longo período de cerceamento das liberdades, resultando emergir dessa sociedade atribulada, sedenta de liberdade, um documento que garantisse a todos a igualdade, a liberdade, o respeito à pessoa humana e que garantisse, também, um Estado mais sólido, tudo fincado no Estado Democrático de Direito,

em que *"todo poder emana do povo e em seu nome é exercido"*. Esse é o postulado preambular da Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã.

Democracia é a forma de governo que tem como fundamento a 'vontade popular'. Durante todos esses momentos da vida política brasileira, não havia uma instituição garantidora da manutenção do Regime Democrático. Nas diversas Constituições que se sucederam no Brasil, não se dignou o legislador, prestigiar uma instituição que defendesse o Regime Democrático. Entretanto, com a Constituição de 1988, num lampejo de 'inteligência', o legislador 'cochilou' e, guiado pela mão divina da exigência popular, cominou ao MINISTÉRIO PÚBLICO, a defesa do regime democrático. A bem da verdade, historicamente, o Ministério Público, como instituição, sempre foi afeito ao enfrentamento dos desafios peculiares do regime democrático.

No seu dia-a-dia, essa defesa do regime democrático tem-se demonstrado eficiente, atendendo aos anseios da sociedade, numa demonstração de perfeita sintonia entre Ministério Público e Democracia, buscando sempre o aprimoramento das desigualdades sociais, da inconstitucionalidade de leis que contrariam o interesse público, do combate à improbidade administrativa, à fraude eleitoral e a outras mazelas combatidas pelo 'Parquet'.

Num passo miás corajoso, continua o Ministério Público a defender o Regime Democrático, quando o art. 127 da Constituição Federal, lhe conferiu atribuição de zelar pelo equilíbrio entre os poderes, combater a violação dos princípios da igualdade, da liberdade, preservar a cidadania, e outros interesses sociais indisponíveis.

É como pronuncia Mazzili (1999: 101): *"Para que o Ministério Público bem se desincumba do elevado mister de defesa do regime democrático, há alguns princípios que devem iluminar sua atuação"*.

Deverá zelar para que:

- a) *"Existam mecanismos pelos quais a grande maioria do povo possa tomar decisões concretas, não apenas para escolha de um governante ou de um legislador;*
- b) *Que funcione efetivamente esse canal de manifestação, como criação, fusão extinção de partidos;*

- c) *Sufrágios freqüentes não só para investiduras de governantes, como também para as grandes questões nacionais, etc;*
- d) *Haja total liberdade de funcionamento dos canais de controle;*
- e) *Sejam validamente apurados os resultados das manifestações (como eleições, plebiscitos, referendos);*
- f) *Sejam cumpridas as decisões ali tomadas;*
- g) *Seja combatido qualquer desvio das decisões ali tomadas;*
- h) *Sejam prioritariamente defendidos aqueles que se encontram excluídos, como os pobres, os explorados, os oprimidos, aqueles que se encontram à margem dos benefícios produzidos pela sociedade".*

Pela lição acima, nós, Promotores de Justiça, devemos usar todos os mecanismos dispostos na Constituição e Legislação infraconstitucional, como a ação penal, a ação civil pública, as ADINs, o inquérito civil, e outros, como escopo maior da defesa do povo, das suas necessidades, pois só assim garantiremos a defesa e a manutenção incólume do regime democrático, as duras penas conquistados.

1.2 O Promotor de Justiça e o Processo Penal – A condução humana do processo

A instituição ministerial desempenha a sua função dentro do processo penal, sobretudo respaldada pelos fundamentos constitucionais, preservando todos os princípios elementares que regem o Processo Penal, porém, com maior ênfase nos dois mais presentes na vivência do dia-a-dia com o processo, como o princípio do devido processo legal e o princípio da ampla defesa.

Nesse grande campo da atuação Ministerial, (o MP e o Processo), cabe-nos refletir quem são os operadores do direito mais próximos do processo. Sem dúvida, é o Juiz que o dirige; o membro do Ministério Público, representando a sociedade que tem, muitas vezes, o encargo fiscalizador e, outras vezes, 'parte' integrando diretamente a lide e, finalmente, o advogado, representante legal da parte. Cada um desses integrantes do importante ciclo processual tem o seu papel a ser desenvolvido com absoluta independência, porém, trilhando

o caminho na busca da prestação jurisdicional sempre pautado pela ética e pela honestidade.

Ressaltamos aqui a importância do Juiz, dentro do processo, dos desafios que tem que enfrentar, bem como dos mesmos dilemas que enfrentam os juristas em geral. É a questão da interpretação da lei, da necessidade de fazer-se presente à Justiça e adequá-las ao Direito, na sua essência, como ciência. O juiz não pode ser, apenas, um julgador limitado a exarar despachos e sentenças, numa resultante que se sobrepõe aos conflitos sociais. O direito moderno já exige uma adequação da atuação do magistrado a uma realidade contemporânea, vivenciada pelos dramas das partes.

1.3 A premissa da ética processual

Entendemos que, muitas vezes, a ética suplanta a hermenêutica dentro do processo penal. É uma exigência que os operadores sejam sevos do direito e não, submissos à letra fria da lei. Nós, operadores do direito, estamos a serviço da grande ciência social do Direito e não, ao estreito corredor da legalidade absoluta. Basta fazer uma análise do próprio cargo do magistrado que é chamado 'juiz de direito', uma feliz coincidência da natureza.

Do mesmo modo, o Promotor de Justiça e o advogado devem, também, servir ao Direito. O próprio Estatuto do Advogado, no capítulo que trata da ética no exercício profissional do advogado, exige que o causídico seja defensor da Justiça e do Direito, considerando-se infração disciplinar a postura do advogado contra literal disposição de lei, ressaltando-se que poderá insurgir-se o advogado, quando o caso for da injustiça da Lei.

Azevedo ¹ (*apud* Herkenhoff, 1997: 67) defende que a subordinação do juiz, não à lei, mas ao Direito. Noutra citação, o mesmo autor refere-se a Athayde ² (*apud* Herkenhoff, 1997: 67), que, em ensinamento sobre ética, afirma: "*quando o juiz deixa de aplicar o rigor literal da lei, devido às circunstâncias dos fatos, não está ofendendo à lei. Está cumprindo a lei em seu espírito e em sua equidade*".

¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1983, p. 63.

² ATHAYDE, Tristão de. *Princípios e casos*. In: *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro: 07/03/1980: 11 .

Pontes de Miranda (1963), também tem posicionamento de que é possível a lei contrária ao Direito, defendendo a subordinação do Juiz ao Direito, pensamento este, semelhante ao dos autores referidos.

Em comunhão com o pensamento mencionado pelos autores acima nominados, doutrinadores por excelência, externamos, também, a concordância de que a lei se traduz numa diretriz, numa direção a ser tomada e nunca, numa regra rígida, inflexível, que impeça o operador do direito na sua operacionalidade, estendê-la, dentro dos limites admitidos, fazendo operá-la em benefício da comunidade.

Numa defesa da ética dentro do direito, ponderam, também, Ruiz e Cintra Júnior (1999) que a dogmática que orienta o Judiciário brasileiro parece condená-lo à mera reprodução das desigualdades. Esse desvio é ainda mais grave, na observação desses autores, porque vivemos numa sociedade por demais desigual.

Em evidência essa desigualdade social que, às vezes, compromete a prestação jurisdicional, é de bom alvitre ressaltar as lutas sociais, na preservação da ética dentro do Direito, cabendo a todos nós, operadores do direito, a autocrítica, levados à submissão ao crivo do Direito, buscando sempre atender aos reclames dessa desigualdade. As lutas de classes, as sociedades civis organizadas, em todos os seus setores, tiveram grande contribuição nesses aspectos da Ética e do Direito.

A despeito das distorções acima, cabe ao Ministério Público, na defesa do Estado Democrático de Direito que tem como premissa maior a efetiva cidadania, enfrentar com altivez a mazela social, mormente, por sua atuação dentro do Processo. O MP no Processo Penal é parte legítima para defender a sociedade em toda a sua amplitude, desde a reparação das irregularidades técnicas que mal ferem às regras de procedimento, como a procrastinação do feito que resulta em morosidade, com potencial prejuízo para o ofendido, bem como para a sociedade, configurando a impunidade, até a seara cível com a reparação do '*ex delicti*'.

1.4 O Ministério Público e suas funções institucionais dentro do Processo Penal

Para que se serve o Processo Penal

É do conhecimento dos operadores do direito, a preocupação que a doutrina tem com a delimitação dos conceitos gerais do processo penal, de sua natureza jurídica e de seus conceitos internos: sujeitos do processo, objeto do processo e, principalmente, as atividades processuais desenvolvidas no âmbito do processo. Dentro do grande ramo da ciência jurídica, o Processo Penal tem posição autônoma, a qual é conquistada ao longo do aprimoramento dos valores individuais a serem preservados, quando da mitigação das liberdades, do direito fundamental do homem e outras ações voltadas ao respeito ao cidadão. Nos demais ramos da atividade processual também houve conquistas. Entretanto, especificamente no Processo Penal, algumas conquistas são latentes, com especialidade, na modernidade, e entre nós, em particular, com o advento da nova ordem constitucional. Destacamos algumas dessas conquistas:

- a) publicidade das formas de soluções dos conflitos e aplicação das sanções penais exclusivamente através de um processo - já pregada pelo Código de Processo Penal - e de um Juiz imparcial, com o poder de dizer o direito;
- b) separação das funções de acusar e de julgar;
- c) só haver acusação através do órgão investido da exclusiva função de produzir a acusação, no caso da ação penal pública, privado do MP;
- d) obrigatoriedade da defesa técnica e pessoal;
- e) ter as decisões judiciais fundamentadas.

Modelo Clássico do Processo Penal

A idéia de que o processo penal, na sua visão clássica, isto é, aquela que serve unicamente para estabelecer que o fato praticado pelo indivíduo, em conflito com a lei, se constitui num fato criminoso, típico, bem como, para resultar em sanção (pena), se mostra insuficiente. Essa visão bitolada, exclusivamente, dentro dos limites estreitos e frios da lei, é

que chamamos de paradigma clássico do processo penal. É o processo penal como repressão e não, como instrumento para se chegar a uma verdade. Nos atuais sistemas legais, fundamentados nos moldes do Estado de Direito, não mais se admitem a rigores do processo penal como repressão.

Nesse método clássico, a busca da certeza da incriminação e da verdade material a todo custo (os fins justificam os meios) representa um dogma de má fé. A preponderância valorativa da fase investigatória pré-processual (prova policial) sobre a colhida na instrução criminal, a valoração da defesa social em detrimento da defesa do indivíduo, a predominância da clandestinidade investigativa sobre a investigação oficial, feita com ética, pelos órgãos do Judiciário e do Ministério Público, do ser prevalecente sobre o dever ser; todos esses aspectos do processo penal clássico, caracterizam o processo repressor. A prisão provisória, temporária, como regra (tem que ser exceção) para se buscar a incriminação, sobre o direito de liberdade, com previsão indeterminada das causas de antecipação da execução penal, constitui-se uma outra característica deste ramo da ciência jurídica que alguns doutrinadores chamam de 'direito criminal', extremamente vingativo. Esse outro aspecto da prisão (provisória, temporária) ainda não está, de todo, resolvida ou amenizada. Em acontecendo, violará a consciência humana, principalmente aos direitos humanos fundamentais do homem.

Modelo do Processo Penal num Estado Democrático de Direito

Em contraposição ao *ius puniendi* do Estado, o qual, naturalmente, não se pode negar, sob pena de não reconhecer que é função do Estado impor a Ordem Social em parceria com a sociedade; no mesmo pé de igualdade está o *status libertatis*, o direito a ser considerado inocente até que o Estado prove a culpabilidade, o direito à prova, ao devido processo, isto é, a um processo com todas as garantias: contraditório, publicidade, defesa pessoal e técnica, duplo grau de jurisdição, e motivação (fundamentação legal e jurídica) das decisões. Para tudo isso, basta colocar em prática os postulados da Constituição Federal.

No estágio em que vivemos, não mais é tolerado o segredo processual, as artimanhas escusas de policiais inescrupulosos (na fase da investigação policial) e advogados sem ética,

enfim, de operadores do direito sem compromisso com a ética e com a verdade, (na fase judicial). É necessária, tanto na fase processual, quanto na fase da instrução, a preservação da imagem do indiciado, atinente aos aspectos externos, ou seja, à mídia, sem nenhum interesse ou vínculo com o fato, posto que, diante desses aspectos, prevalecem os direitos fundamentais do ser humano e a busca da humanização da Justiça também se busca em todo o processo.

Ainda, seguindo na trilha da racionalidade do processo, não se admitem as dilações processuais indevidas, muitas vezes, ferindo os princípios que norteiam o Processo Penal. Um modelo de investigação ultrapassada, totalmente retrógrado, baseado quase que exclusivamente em testemunhos comprometidos (prova testemunhal é, muitas vezes, a pior prova), que se prolongam desnecessariamente no tempo, até por meses e anos, para se apurar uma infração criminal de natureza simples ou, de outro modo, diligências absurdamente desnecessárias, (principalmente as requeridas por Promotores de Justiça), prejudicando a apuração de crime gravíssimo. Isso traz prejuízos irreparáveis para a prestação jurisdicional, posto que, com a demora, favorece-se a marginais que deveriam ser rapidamente alcançados pela sanção penal, bem como, pode o feito ser fulminado pelos institutos da prescrição ou decadência. O processo, portanto, tem que ter seu curso abreviado, através, não de um acordo entre defesa e acusação, mas de um controle jurisdicional mais aperfeiçoado, que propicie respostas rápidas, eficientes, tendo em vista que resposta tardia enseja descrédito da Justiça Pública de nosso país.

Racionalidade do Processo como garantia e efetividade

O escopo do processo penal tem como premissa maior servir de instrumento à satisfação das pretensões e das barreiras processuais, objetivando a pacificação jurídica e social dos entes da sociedade que conflitam com a Lei, além das conseqüências que esses conflitos causam e comprometem, se não forem resolvidos o ordenamento jurídico, a paz social, a boa convivência entre os integrantes da sociedade. Há de se considerar que, no manejo do processo, sempre estão em discussão bens jurídicos fundamentais da pessoa.

A instrumentalidade peculiar ao processo penal, garantida pelo art. 5º da Constituição Federal, prescrita nos incisos XXXV, LIII e LXI, está a disposição do Estado para aplicar o

Direito Penal, mas, ao mesmo tempo em que também garante aos acusados em geral o direito de buscar ou proteger sua liberdade, é que se chama "*status libertatis*", devendo sofrer a demanda judicial, através de um Processo Penal conduzido por um juiz imparcial, encarnando a figura do Estado, previamente investido da função jurisdicional (poder de dizer o direito),

"inciso XXXV a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;

inciso LIII, ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente" e

LXI, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Também com estrito assento no texto Constitucional, art. 5º inciso XXXVII – "*não haverá juízo ou tribunal de exceção*", ao que se chama princípio do juiz natural.

Dessa forma, é que se vê na alma do processo penal o interesse público, que se traduz no dueto (sanção e liberdade), que não são logicamente harmônicos, porém devem ser analisados e contrapostos, pertencentes a uma mesma realidade, posto que os interesses sociais e individuais devem ser, sobretudo, respeitados, guardando-se as devidas proporções: o direito de punir do Estado (*ius puniendi*) e o direito de buscar a liberdade (*status libertatis*) do indivíduo, diante do interesse maior que é a proteção social atribuída ao Estado, senhor de todos nós. Esses aspectos traduzem-se na *efetividade processual*.

Com essa instrumentalidade efetiva, evoluída, porém necessitando de mais racionalidade, passou o processo de uma fase repressora (exercício do *ius puniendi*) para uma fase mais liberal, isto é, fase garantida com primazia dos direitos fundamentais do homem.

Não se pode desconhecer que a proteção da pessoa da vítima e, indiretamente, da sociedade, está inserta também no contexto do Processo Penal. Não se pode olvidar que, às vezes, se coloca a vítima em plano inferior, esquecendo o sofrimento que a conduta do autor provocou. Não pode, pois, o Estado esquecer esse importante aspecto (proteção da vítima), tendo em vista o parâmetro peculiar ao Processo Penal como instrumento de pacificação social.

Dentro dessa verdade, contorno Constitucional que envolveu toda a questão da processualística penal, é de bom alvitre ser discutido pelos operadores do direito, em primeiro lugar e depois pela sociedade, os seguintes questionamentos:

- a – possibilidade de racionalização da investigação criminal, dos delitos de menor potencialidade ofensiva (delitos de pequena monta), estudando-se os critérios a serem aplicados, sem prejuízos aos atuais critérios, objetivando abreviar a feitura do inquérito;
- b – em que pese o controle externo da atividade policial, a cargo do Ministério Público, torná-lo mais efetivo, dotando o Estado de estrutura que possibilite um efetivo controle, na melhora da apuração dos crimes de grande repercussão social, com especialidade os que causam clamor, público, os delitos considerados hediondos;
- c – possibilidade de analisar, como experimento, do julgamento antecipado da ação penal, via análise do processo, em crimes que admitam consenso entre o titular da ação penal e o réu, em crimes que não impliquem em cumprimento de pena privativa de liberdade, sem repercussão na sociedade, e com participação ou dando satisfação à vítima;
- d – diante do abuso das liberdades, (crescentes índices de violências, possível certeza da impunidade) talvez, oriundo do abuso aos princípios do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se mais proteção ao patrimônio Público, com possibilidade de repressão mais eficiente, com prisão provisória somente em casos dessa natureza ou similar;
- e - nas questões envolvendo parlamentares, maior agilidade na atuação da casa legislativa, abolindo-se a imunidade.

Defesa da Moralidade na Persecução Penal

A defesa da moralidade é atribuição do 'Parquet', já conferida pela Carta Política de 1988, inserida no grande mote da 'defesa do regime democrático'. Dentro dessa premissa, a

atuação do MP como parte e, ao mesmo tempo, como fiscal da lei, é que remete ao MP exigir o respeito aos princípios Constitucionais e, por conseguinte, conduzir o processo penal dentro desses limites, incumbindo ao MP velar pela lisura nas práticas processuais, adotando as medidas necessárias, através dos mecanismos que a própria Constituição lhes assegura, ou seja, o policiamento para a busca da prestação jurisdicional.

Na persecução penal e Ministério Público, cabe-nos refletir sobre seus aspectos históricos, posto que, nos primórdios da evolução humana, a reparação do dano, (a punição), traduzia-se em vingança, era o chamado "*olho por olho, dente por dente*", isto é, cabia ao ofendido, ou quem o representasse, a tarefa da investigação criminal e da ação penal. Com a organização da sociedade e surgimento do Estado, este reservou para si essa atribuição, sob pretexto de interesse concorrente com o ofendido, ou seja, o Estado sentia-se também ofendido, posto que organizado, tinha obrigação de defender seus integrantes, seus entes sociais.

Com esse argumento, o Estado criou o *poder-dever* de apurar o fato criminoso, punir a prática de ilícitos penais, fazendo-o em prol da segurança pública e da paz social, como funções peculiares ao Estado, como entidade de todos.

Nesse caminho, o Estado evoluiu, passando pelo período da Justiça Privada, período inquisitorial influenciado pelo direito canônico, até chegarmos à modernidade, quando o Ministério Público como instituição, finalmente, pôs o equilíbrio jurídico, na 'persecução penal', velando pela preservação da paz social, exaurindo a fase do arbítrio.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu, com exclusividade, ao Ministério Público, "*promover, privativamente a ação penal pública na forma da Lei*". Esse mister é, digamos assim, uma das mais valorosas atribuições conferidas pela Constituição Federal de 1988, a uma instituição que goza da confiança da sociedade, diante das prerrogativas garantidas pela Constituição.

Desse modo, é que a atuação do MP no processo penal se caracteriza pela imparcialidade a um só tempo na promoção da ação penal pública, bem como, na fiscalização das leis, da condução ética do processo, na busca da correta e eficiente prestação jurisdicional.

É evidente que as funções do Ministério Público dentro do processo, muitas vezes, ocasionam conflitos ou, pelo menos, conflitos aparentes, especialmente quando atua com acusador. A propósito, a figura do acusador sistemático, tão peculiar a um ineficaz pensamento antigo do MP, vem se desgastando sistematicamente, pois, o MP, não mais se enquadra no sistema acusatório como 'acusador sistemático'. Na verdade, quando o MP atua na acusação, tem-se uma visão de promoção da lei, da defesa da sociedade que a representa. O MP é, de fato, um defensor da sociedade, quando atua na tribuna da acusação. Busca-se a promoção da Justiça.

Essas controvérsias havidas, ou impressões mal interpretadas, são desvalorizadas, pois, nas entranhas do processo, atua vivo o Promotor de Justiça, na busca da 'verdade real', não se preocupando com a impressão das partes, pois os interesses destas e do próprio Estado não representam óbices à atuação ética do MP no Processo Penal.

A persecução penal é resultado da materialização da infração penal, desenvolvendo-se em duas etapas distintas: a etapa da investigação policial – polícia judiciária e a fase da ação penal. Cabe ao MP atuar nas duas fases. Na fase inquisitorial lhe assiste a razão e a capacidade concretizada pelo controle externo da atividade policial, exercitando com austeridade a fiscalização nos inquéritos policiais, entendendo nós, num atuar em parceria com a autoridade policial, quando no combate ao crime, porém, sem subjugá-la, exercendo a fiscalização em benefício da ordem jurídica, requisitando diligências justificáveis ou promovendo-as diretamente, na busca do fiel cumprimento do seu mister, para êxito total na apuração dos delitos, especialmente os de natureza penal. Na Ação Penal, é o MP seu titular exclusivo, conforme comando Constitucional, (art. 129, inciso I da CF).

Na fase acusatória propriamente dita, deve o Promotor de justiça agir com critério, lisura, independência funcional, respeitando os princípios informadores do processo, na busca de responsabilizar os culpados, aqui promovendo a defesa social das vítimas, bem como, também, defendendo os inocentes, se for o caso.

A acusação penal

Conceito

Oliveira³ (*apud* Gonçalves, 2000: 97), conceitua acusação nos seguintes termos:

“A acusação expressa por natural exigência da vida em comum, a instância restauradora do equilíbrio coexistencial perturbado, da desproporção entre o cometimento criminoso do mau cidadão e a quietude e serenidade dos demais, manifestando-se exatamente por imposição da Justiça Legal”.

Historicamente, a primeira acusação de que se tem notícia foi, sem dúvidas, a o próprio criador, quando da ocorrência do assassinato de Caim pelo seu irmão Abel, o primeiro fratricídio, crime, conforme descreve a Bíblia Sagrada em Gêneses, 4, versículo 3/15, praticado pela dissimulação a cargo do autor, visto que chamou seu irmão para ir ao campo e lá o assassinou, levado pela inveja.

Com o fato, o Senhor o interrogou, o inseriu num processo sumário e, finalmente, prolator uma sentença na qual resultou sofrimento para Caim até seus últimos dias de vida. Deus Criador tem esse poder, de estabelecer o destino dos homens, pela sua onipotência, sem processo. Entretanto, mesmo na condição de julgador, os homens são iguais, daí a necessidade de Procedimentos, (do processo) tais como acusação e defesa, num patamar em que os direitos e garantias são distribuídos de forma igualitária, respeitados os princípios naturais para o desenvolvimento de uma Justiça igualitária, sem privilégios. Esse é o grande objetivo.

Um ato de defesa

Uma tarefa verdadeiramente árdua, uma dificuldade às vezes imensurável é a produção da acusação a cargo do Órgão Ministerial, atributo institucional implícito no art. 129 da Constituição Federal. A tarefa acusatória se torna mais difícil pela inexistência, tanto na

³ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. *Apud* Gonçalves, 2000: 97.

Lei como na Doutrina, de um padrão a ser definido na realização da acusação. A missão acusatória é função delegada pela Constituição Federal que, com certeza, provoca sempre grandes discussões, questionamentos e até incertezas a quem tem essa atribuição.

Ressalte-se que a acusação e defesa são parâmetros peculiares à própria sobrevivência humana, pois, historicamente, os conflitos originários do convívio humano emergem a necessidade da acusação e da defesa, pondo sempre em evidência a acusação, pois tratamos nesse capítulo da questão da 'acusação penal' a cargo do Ministério Público. Nesse aspecto particular, o MP passa a ser o grande defensor da sociedade no seu papel acusatório, sendo indispensável sua atuação na defesa da ordem jurídica, posto que, ao mesmo tempo em que exercita a acusação, exercita também a defesa do bem comum, na busca incessante da Justiça. Na acusação, o MP, muitas vezes, exerce também a defesa, especialmente quando, por exemplo, revela que o Procedimento Judicial, não traz elementos que representem prejuízo para a sociedade, pugnando pela absolvição do acusado.

Gonçalves (2000; 97), membro do 'Parquet' cearense, afirma que:

“o Representante do Ministério Público, no contexto acusatório passa a ser o grande artífice da preservação e edificação da sociedade, sendo mesmo indispensável à manutenção da ordem. Porque, ao tempo em que promove a Justiça Penal, exercita a defesa do bem comum”.

Feliz a colocação do citado Promotor, dando contorno humanístico à função Ministerial no seu mister.

Desse modo se o proceder acusatório tem como nascedouro o ordenamento jurídico, objetivando estabelecer a manutenção da ordem e da paz social, não é menos verdadeiro afirmar que é também exigência de um Direito natural ou Divino, porquanto o Direito Natural constitui a fonte da qual promana o Direito Positivo, acrescenta o Promotor de Justiça aqui citado (Gonçalves, 2000: 97).

Precauções do acusador

Na 'função' acusatória, tem-se que tomar os cuidados necessários para que esta acusação não seja caluniosa, não seja prevaricadora ou tergiversatória. A humanização da Justiça requer procedimentos éticos elevadores dos postulados jurídicos, propiciando crédito da comunidade na Justiça, engrandecendo a instituição da Justiça.

Dentro de um princípio humanístico, não deve o Promotor de Justiça deflagrar acusação caluniosa, manchando o próprio juramento, ferindo o ordenamento jurídico, desacreditando a instituição reguladora do comportamento humano.

Cabe-nos tecer alguns comentários sobre as acusações caluniosa, prevaricadora e a tergiversatória.

Acusação caluniosa – constitui-se em atribuir falsamente a alguém algum fato definido como crime, deflagrando-se um Procedimento Judicial, sabendo que a pessoa é inocente. É a forma mais grosseira de ofensa a dignidade humana, contrariando os princípios humanitários.

A acusação prevaricadora – consiste no retardamento dos atos de ofício. O operador do direito, nesse aspecto, deve agir com retidão, respeitando os princípios informadores do processo. Prevaricar, conforme o art. 319 do Código Penal, significa "*retardar ou deixar de praticar indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa da lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*" (Gomes, 1999).

A prevaricação também representa uma forma de desumanidade para com as partes interessadas no processo, posto que o interesse individual da parte deve ser valorizado, tanto quanto o trabalho do operador do direito, do Promotor de Justiça do Juiz e o Advogado.

A acusação tergiversatória – consiste no desvio de atitude do Promotor de Justiça manipulando a acusação, negligenciando deliberadamente. É um modo indireto de tornar a ação penal disponível, ferindo frontalmente o princípio da indisponibilidade da ação penal. Agindo dessa forma, o Promotor de Justiça vai de encontro aos anseios da sociedade, traindo a confiança que lhe foi deferida pela Constituição Federal, numa delegação conferida pela sociedade.

O Ministério Público e a tribuna da acusação

Omitindo-se a realçar a história do Tribunal de Júri, que atravessou períodos de amadurecimento e aprimoramento, diz-se que o Tribunal do Júri é hoje o órgão competente a quem é confiado o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, conforme estabelece o art. 5º inciso XXXVIII, alínea "d" da Constituição Federal. Nesse campo, tem o Promotor de Justiça a obrigação do cumprimento de todos os princípios norteadores do Processo Penal, além de agir com ética, honestidade e respeito à sociedade que ali está representada. De um lado, o Conselho Sentença, encarnando a soberania da Justiça, através dos vereditos, sendo vigiado de perto pela sociedade que lhes deferiu esse atributo; de outro lado, o Ministério Público, representando a Justiça e ao mesmo tempo também a Sociedade. O Embate é sempre inevitável.

Ali se trava uma discussão de valores de toda ordem, com base na história do processo, acusação e defesa, que esmiúça a realidade da vida, oportunidade em que muito se vê o desrespeito aos princípios humanitários, rasgando o manto da honestidade em busca de notoriedade fantasiosa. Também é preciso dizer que, muitas vezes, o Tribunal do Júri propicia também praticas desumanas, com absolvições inexplicáveis, trabalhadas em bastidores, afrontando os princípios éticos e, ao mesmo tempo, destrutando a Justiça e a sociedade vitimada (entes da vítima) que, pelo menos naquele momento, desacredita na Justiça ou, diga-se melhor, nos homens que a integram.

O tribunal do Júri traz também em si, princípios de ordem democrática, pois é dada aos seus integrantes, no caso aos membros do seletto Conselho de Sentença, a faculdade da escolha, inculindo na pessoa do jurado a força ou a importância que ele representa.

O nosso sistema acusatório é emergente do sistema francês, que historicamente se definiu após a Revolução Francesa de 1789, quando se preferiu a escolha mediante a apreciação dos quesitos, na votação em série, votando um a um, a uma votação de um único quesito, do sistema inglês, culpado ou inocente.

A função acusatória no Tribunal do Júri é conferida ao Membro do Ministério Público,

em regra, que deve provar tudo que foi articulado no libelo, porquanto, fincado nos princípios humanísticos, não pode o 'Parquet', como já foi dito em capítulo anterior, tergiversar, fazer acusação caluniosa ou prevaricadora, isto é, deixar de cumprir seu mister, com retidão e austeridade na tribuna da acusação. A regra da acusação no Tribunal do Júri não é rígida, comporta assistência, conforme preceitua a Lei Processual Penal Brasileira, através dos art. 268 e 269 do Código de Processo Penal.

Desse modo, já fica claramente demonstrado que o Promotor de Justiça, não é um acusador sistemático ou um oficial da acusação, mas, acima de tudo, um fiscal da lei, defensor da sociedade e, às vezes, por dever funcional, usando de sua própria consciência deve pugnar também pela absolvição, promovendo, desse modo, a Justiça, adequando a sua função ao nome de Promotor de Justiça.

Consustanciada está a informação de que por demais difícil é o manejo da função acusatória peculiar a membro do Ministério Público.

A postura do promotor na acusação e o respeito à ética como resgate da humanização da justiça

O Promotor de Justiça é o titular da Ação Penal, conforme preconiza o art. 129 inciso I da Constituição Federal, em concordância, também, com os dispositivos legais, Art. 100, § 1º, do Código Penal Pátrio, e art. 24 do Código de Processo Penal, independente da vontade da vítima, de seu representante legal, do Ministro da Justiça ou de quem quer que seja. Essa é, sem dúvida, a fundamentação legal da Ação Penal

Com a promoção da ação penal a cargo do Ministério Público, por comando constitucional, caiu também o procedimento de ofício nas contravenções penais, tudo ficando na seara do membro do 'Parquet'.

O Ministério Público, na área criminal, é parte. Cabe-lhe acusar com dignidade e respeito, dentro de um mínimo de ética e de honestidade, o autor do fato criminoso, sendo sua a tarefa amearhar provas para demonstrar a imputação feita e pugnar pela procedência da ação

penal. A sua posição dentro do Processo Criminal é exatamente essa, propiciando o contraditório, a ampla defesa, possibilitando ao réu ser julgado por um juiz marcado pela imparcialidade, inteiramente desprovido da pretensão acusatória.

A ação penal pública incondicionada é a regra, uma vez que o legislador destaca apenas as exceções, especificando, quando for o caso, que "*somente se procede mediante representação*" ou "*somente se procede mediante queixa*". Deixa claro o entendimento que, quando a lei não se manifesta expressamente a respeito da iniciativa da ação, limitando-se a definir o crime e a cominar-lhe a pena, está o órgão Ministerial legitimado a promover a ação penal ou, digamos melhor, a sustentar a pretensão estatal de exercitar o seu '*jus puniendi*' (Baraúnas, 1978: 58).

Para que promova a acusação se faz necessário, portanto, que o Promotor de Justiça realize profundo estudo do processo, fazendo as observações imprescindíveis, visando à busca da verdade real, sem subterfúgios, nunca esquecendo, também, a tese defensiva. Deve buscar sempre coletar elementos probatórios que ensejem demonstrar autoria e materialidade, bem como cotejar as circunstâncias em que o crime ocorreu, na busca incessante da Justiça. Igualmente importante, é recorrer à prova testemunhal serena e coerente, examinar com redobrada atenção o conteúdo da confissão, como auxiliar, e, também, o auto de exame de corpo de delito.

Nos processos criminais comuns, agir com esmero, limitando-se à coleta das provas lícitas, nunca admitindo a via oblíqua, para obter a condenação de inocentes e ganhar notoriedade que, na realidade, é vazia de conteúdo.

Nos processos submetidos ao crivo da sociedade, no caso o Júri, por exemplo, deve explicitar aos jurados as motivações injustificadas do crime, suas circunstâncias, as possíveis teses defensivas, etc, na busca não de uma condenação inconseqüente, mas de uma produção da Justa Justiça. Nesse aspecto, é que se manifesta Guerra (1989: 8):

" Por mais incrível que pareça, é necessário explicar que o Direito Penal é um mínimo ético indispensável á sobrevivência de sociedade organizada; que a pena é útil, foi feita em benefício de todos, como se faz sua dosagem, a sua necessidade de justiça".

É necessário que a acusação seja desprovida de censura, respeitando-se a pessoa do réu, separando-o do seu próprio ato. O próprio Promotor de Justiça, muitas vezes, não é melhor que a pessoa do réu; o acusado, por estar ali sentado, necessariamente, não pode ser apontado como um 'marginal'. As circunstâncias que o levaram à prática do ilícito penal, muitas vezes, constituíram a ocasião que, nesse aspecto, o diferencia de criminosos sistemáticos, os quais devem, realmente, sofrer o revés austero da sociedade, com mais critério, porém, usando dos mesmos parâmetros éticos e humanos para a busca de uma acusação escoreita; a acusação deve, pois, ser fulcrada na logicidade, demonstrando aos jurados que as penas são úteis e que a sociedade necessita aplicar a lei ao interessa social.

CAPÍTULO II

PROCESSO PENAL E PRESENÇA MINISTERIAL – EXIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO

2.1 O Promotor de Justiça e o Universo do Processo – Missão de velar pela dignidade da Justiça e das partes

O Processo Penal é, sem dúvida, o campo mais fértil de atuação do membro Ministerial. Com o advento da Constituição de 1988, ao Ministério Público foi atribuído o mister da promoção da ação penal, como evidência da sua atuação. É bom que se esclareça, que na elaboração da Constituinte, quando se tratou da Organização dos Poderes, um capítulo integral foi dedicado ao tratamento dos organismos cuja atribuição é considerada como “função essencial à Justiça”, capítulo IV, subdividido em três seções que tratam do Ministério Público, da advocacia Geral da União e da Defensoria Pública, organismos verdadeiramente indispensáveis à função jurisdicional do Estado.

Especificamente ao Ministério Público, no que se refere às suas atribuições institucionais, ficou estabelecido no art. 129, inciso I, que promoverá privativamente a Ação Penal Pública, representando este mister a grande âncora da atuação Ministerial na deflagração do processo. De fato, a confiança da comunidade, materializada na ação do legislador, teve correspondência positiva, posto que a Instituição Ministerial tem credibilidade junto à sociedade brasileira. É verdadeiramente um órgão de vanguarda. O ato de iniciativa é privativo do Ministério Público. A ressalva que se faz é de natureza também Constitucional, que prevê no inciso LIX do seu art. 5º: *“Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do MP, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requerimento do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidades para representa-lo”*.

Mesmo na ação penal privada (privada em sentido estrito e privada personalíssima),

exerce o Promotor de Justiça, não só a função de fiscal da lei, mas também de vigilante, devendo respeitar o 'princípio da indivisibilidade da ação', nos termos dos arts. 48, 45 e 46 § 2º, todos o Código de Processo penal, como também o de '*custos legis*' (arts. 500 § 2º, 600, § 2º dos Código de Processo Penal), notadamente, por se tratar de crime de natureza privada, cometido por meio de imprensa, atendendo às diretrizes da Lei n.º 5.250 de 09 de fevereiro de 1967, art., 40, § 2º.

Quando se trata de crime de Ação Penal Privada subsidiária da pública, (CPP, art. 29), funciona o membro do 'Parquet' como '*interveniente obrigatório*', na forma do Art. 564, inciso III, alínea 'd' última parte, do Código de Processo Penal.

2.2 A ação penal e o desenvolvimento do processo diante dos princípios democráticos

Na sua atividade cotidiana, na área criminal, o Ministério Público é impulsionado por inquéritos ou peças de informações que lhes são encaminhadas. Na atual conjuntura, o Estado, através da polícia judiciária, elabora os Inquéritos, deduzindo, no primeiro momento, a situação, ou seja, tendo o primeiro contato com o fato criminoso. Uma questão relevante é saber se nesse primeiro momento a situação dita criminoso não sofreu qualquer particularização ou influência de qualquer interessado. Os fatos relatados nos Inquéritos são, muitas vezes, racionalizados, filtrados, cabendo ao Ministério Público, a função auspiciosa de analisá-los com critérios, pois podem representar a verdade e, às vezes, virem alterados, induzindo ao membro do 'parquet' aceitá-los como verdadeiros.

Hoje, não devemos esconder a verdade de que a Justiça Criminal, diante das variadas distorções, é taxada de justiça discriminatória, sob o estigma de que, na jurisdição penal, há tratamento diferenciado, principalmente ou com exclusividade ao acusado marginalizado socialmente.

Nesse aspecto, é flagrante o desrespeito ao princípio constitucional, peculiar ao regime democrático, isto é, 'da igualdade de todos perante a Lei', princípio consagrado no art. 5º da

Carta Magna de 1988: *'Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza....'*

Não se deve esquecer que, além da orientação acima, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, instituído na Constituição Federal através do Art. 1º inciso III, preceitua que é a dignidade da pessoa humana que tem relação direta com o princípio humanitário do Direito Penal e, por conseguinte, sua praticidade está no desenvolver do Processo Penal, que é a materialização do Direito Penal.

Dessa forma, entendemos que o Ministério Público deverá propugnar pelo definitivo rompimento desse estigma que tanto macula os operadores do direito, atingindo a instituição judiciária e, pela via indireta, também o Órgão Ministerial, considerado a 'âncora da sociedade'. A postura ora defendida tem como objetivo acabar com a dita 'seletividade do processo criminal', e voltarmos a atenção para os crimes de múltipla lesão, quais sejam, aqueles que causam maiores prejuízos à coletividade, como os delitos contra o sistema financeiro, contra o meio ambiente, contra o consumidor, contra a ordem tributária, e outros, cujos autores, muitas vezes ou com raras exceções, enfrentam o banco dos réus, ou dizendo melhor, são efetivamente processados e contra eles infligida uma sanção penal. Claro que o infrator de menor potencialidade ofensiva não deve ser desprezado, contudo, já existe, na Legislação Pátria, instituto jurídico tratando dos crimes ou das infrações de menor lesividade, com os instrumentos de repulsa proporcional aos delitos, bem como, os meios de racionalização do processo.

A seletividade do processo, ou a morosidade da Justiça, imputada exclusivamente aos operadores do direito, alcança apenas o delito comum, peculiar a infrator comum, visível no dia-a-dia do brasileiro mais pobre, discriminado socialmente. Essa verdade, é bastante divulgada nos meios de comunicação social e a cobrança está à vista. A sociedade está se informando e cobrando das instituições o cumprimento e o respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito, que pulsam vivos nas entranhas dos Processos Criminais, e juntos ensejam intervenção do Promotor de Justiça, na busca de resposta positiva e satisfatória para a sociedade.

Na criminalidade difusa, ou seja, nos delitos de grande porte, é onde repousam os riscos à Democracia. Outro aspecto que não deve ser esquecido, a propósito da criminalidade difusa, é que esse tipo de crime tem tido influência em todos os setores organizados da

sociedade brasileira, quais sejam, no processo eleitoral, maculando as eleições e, por conseguinte, no atentando contra a soberania da vontade popular, (hoje, graças a Deus, em processo de involução, pelo uso das urnas eletrônicas, pela vigilância do Ministério Público Eleitoral, diminuindo a intervenção criminosa de políticos inescrupulosos), os conchaves maléficis nas entranhas do Congresso Nacional, o crime organizado, as barganhas dos parlamentares, o grande traficante de drogas, e tantos outros.

É imperativo, portanto, a atuação competente, vigorosa e, acima de tudo, independente, do Órgão Ministerial na sua atuação dentro do Processo Penal, a partir de uma definição estratégica de atuação no combate ao crime, porém, com as prioridades voltadas para os maiores prejuízos causados por criminosos conscientes, preservando os postulados que dão sustentação à Democracia.

A exigência da Constituição, em relação à presença Ministerial no contexto do Processo Penal, faz-se absolutamente imprescindível, porquanto, o legislador confiou à Instituição Ministerial esse auspicioso atributo, tendo, perfeita ressonância positiva na sociedade e esperança de racionalização do processo, na busca da prestação jurisdicional mais rápida e eficiente.

CAPÍTULO III

O PROMOTOR DE JUSTIÇA E A RACIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

3.1 Processo e Procedimento - formalidade versus informalidade

O Processo é o instrumento através do qual o Poder Judiciário exercita a atividade estatal, objetivando materializar o direito. Segundo Rocha (1999: 221-222), é através do processo que se cumpre a função jurisdicional. O Processo é uma cadeia de atos, enquanto o Procedimento é a forma como se processam esses atos. Ainda na opinião de Rocha (*op cit.*), o procedimento é o conjunto de normas que estabelecem as condutas a serem observadas no desenvolvimento da atividade processual pelos sujeitos do processo: juiz, autor (MP no Processo Penal de natureza pública) e réu e, assim, pelos auxiliares da Justiça e os terceiros que, eventualmente, sejam chamados a participar da atividade processual.

O ato processual é, por definição, formal. Sua normatização é de natureza 'cogente', ou seja, obedece a ritos previamente estabelecidos, visando proteger interesses gerais, não afeto às partes, pois, esses interesses são de Ordem Pública. Entretanto, com a evolução da ciência jurídica, atrelada ao desenvolvimento dos povos e, por conseguinte, da sociedade, o processo penal vem se adequando às necessidades e peculiaridades da modernidade. Há flexibilidade dos atos processuais que já se mostram necessários. Esse fato vem ganhando corpo no nosso ordenamento jurídico.

A formalidade processual, muitas vezes, vem em prejuízo da sociedade, entidade diretamente prejudicada pelo formalismo excessivo, Prejuízo que poderia perfeitamente ser evitado se houvesse racionalização do processo, mesmo respeitando e obedecendo a todos os princípios informadores do processo penal. A prestação jurisdicional rápida é uma exigência da sociedade.

3.2 Obediência aos princípios informadores do processo

Devido Processo Legal, contraditório e ampla defesa, estes princípios são, basicamente, as três âncoras nas quais se escora o Processo Penal, em obediência aos preceitos Constitucionais que foram incorporados pela Constituição de 1988, sofrendo a influência de outros documentos de importância Universal, como a Magna Carta *Libertatum* de 1215, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Acompanhando a evolução histórica dos valores humanos, a Constituição referiu-se expressamente ao *devido processo legal*, além de fazer referência explícita à privação de bens como matéria a beneficiar-se, também, dos princípios próprios do processo penal.

O devido processo traduz-se em dupla proteção ao indivíduo, atuando, tanto na proteção à liberdade e à propriedade, como no âmbito formal, quando assegura ao indivíduo que sofre o "*jus puniendi*" do Estado, total paridade de condições com o estado-persecutor e plenitude de defesa, isto é, a defesa técnica à publicidade do processo, à citação regular, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente e imparcial, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal, e outras.

O devido processo legal tem como *corolários a ampla defesa e o contraditório* que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive nos militares (STF – 2ª Turma – Agravo Regimental em agravo de instrumento n.º 132.847/SP – rel. Ministro Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 5 de fevereiro de 1993: 849), e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação ao ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa (RTJ 83/835; RJTJSP 14/219).

Os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, como mencionados acima, são garantias emergentes da Constituição, inclusive com destinatário nos procedimentos administrativos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme

entendimento do Superior Tribunal de Justiça, através da 6ª turma que se pronunciou em recurso especial dessa forma: (STJ – 6ª Turma – Resp n.º 19.710-0-RS – rel. Ministro Adhemar Maciel – Ementário STJ, 10/674; STJ – 1ª Turma – REsp n.º 24.450-3/SP – rel. Min. Milton Luiz Pereira – Ementário STJ 10/447).

Como ressaltado por Nery Júnior (1995; 143),

“... o processo administrativo, para a apuração de ato infracional cometido por criança ou adolescente (art. 103 do ECA), é informado pelo contraditório e ampla defesa, pois seu objeto é a aplicação d medida sócio-educativa pela conduta infracional, que se assemelha a imposição de sanção administrativa”.

3.3 Ampla defesa

Por ampla defesa, entende-se a garantia que é dada ao réu a quem todas as condições estabelecidas pela Constituição, no dizente aos direitos fundamentais, são asseguradas, possibilitando trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou, até mesmo, calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condição dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido caberá igual direito a outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Salienta Nery Júnior (1995: 143) que

“...o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem a íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório”.

A tutela judicial efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a

ampla defesa, pois não são meros conjuntos de trâmites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando ao assessoramento de justa e imparcial decisão.

Não há dúvidas de que o reconhecimento constitucional do devido processo legal, juntamente com os aforismas “*nulla poena sine iudicio, ou sine prévio legali iudicio*” e com o consagrado princípio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, constituem o triplo fundamento da legalidade penal em um Estado de Direito.

Entre as cláusulas que integram a garantia constitucional, a ampla defesa encontra a necessidade de defesa técnica no processo, a fim de garantir a paridade de armas entre as partes e evitar o desequilíbrio processual, possível gerador de desigualdade e injustiças. Assim, o princípio do contraditório exige a *igualdade de armas* entre as partes no processo, possibilitando a existência das mesmas possibilidades, alegações, provas, e impugnações.

Nesse sentido é que se manifesta Smanio (1997: 34), dizendo que “*para atingir sua finalidade de solucionar conflitos de natureza penal, os sujeitos processuais parciais devem ser tratados com igualdade em todo desenrolar o processo*”.

Dentro da previsão da ampla defesa, igualmente, está o direito constitucionalmente garantido de ser informado da acusação que dará início ao processo, relacionando todos os fatos considerados puníveis que imputam ao acusado, bem como a narrativa detalhada dos fatos concretos praticados. A respeito do valoroso princípio do devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, o Supremo Tribunal Federal assim se manifesta:

Devido processo legal e tutela das liberdades públicas

“STF - A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo da intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos

incumbidos da persecução criminal. Ao delinear um círculo de proteção torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha uma sentença irrecorrível que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos”, impõe ao órgão acusador o ônus da integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição de arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual” (1ª Turma do STF – HC n.º 73.338/RJ – rel. Ministro Celso de Melo – RTJ 161/264).

Acusação formalmente precisa e juridicamente apta frente ao princípio da ampla defesa:

“STF – O processo penal do tipo acusatório repele, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, nas perspectivas dos princípios constitucionais que regem o processo penal um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado à ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta” (1ª Turma – HC n.º 70.763/DF – rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção I, 23 de setembro de 1994, p. 514).

Devido Processo Legal, ampla defesa, contraditório e citação:

“STJ – Consoante a melhor doutrina a citação é ato fundamental do processo, porque de outro modo não se configuraria este como actum trium personarum, desapareceriam o contraditório e o direito de defesa, e inexistiria o devido processo legal” (3ª Turma – REsp n.º 14.201/CE – rel. Min. Waldemar Zveiter – Ementário STJ, 06/383).

Revelia e devido processo legal:

“STF – O Supremo Tribunal Federal, em interpretação estritamente fiel ao que prescreve a norma legal e atento ao postulado constitucional o due process of law, já advertiu que o acusado revel, embora não fique impedido de comparecer aos atos processuais supervenientes a configuração da contumácia, perde, no entanto, o direito de ser cientificado para qualquer noivo ato do procedimento penal persecutório” (1ª Turma – HC n.º 68.412/DF – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 08 de março de 1991: 2.204).

Contraditório e princípio da igualdade processual:

“STF – O princípio do contraditório, com assento constitucional, vincula-se diretamente ao princípio maior da igualdade substancial sendo certo que essa igualdade, tão essencial ao processo dialético, não ocorre quando uma das partes se vê cercada em seu direito de produzir prova ou debater o que se produziu” (4ª Turma – Resp n.º 998/PA – rel. Min. Sálvio de Figueiredo – Ementário STJ. 01/278).

Interrogatório judicial e contraditório:

“STF – o interrogatório não está sujeito ao princípio do contraditório. Subsiste, em consequência, a vedação legal – igualmente extensivo ao órgão da acusação – que impede o defensor do acusado de intervir ou influir na formulação das perguntas e na enunciação das respostas. A norma inscrita no Art. 187 do Código de Processo Penal foi integralmente recebida pela nova ordem constitucional” (1ª Turma – HC n.º 68.929-9 SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 28 de agosto de 1992: 13.453).

Defesa técnica insuficiente:

“STF – A presença de um defensor dativo, sem que a ela corresponda a existência efetiva de defesa substancial, nada significa no plano do processo penal e no domínio tutelar das liberdades públicas” (1ª Turma – HC n.º 68.926/MG – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 28 de agosto de 1992: 582).

No mesmo sentido:

“STF “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (2ª Turma – HC n.º 71.961-9 SC – rel. Min. Marco Aurélio j. 06 de dezembro de 1994. Súmula 523).

Todos os mecanismos basilares do processo retratam o valor e a importância que lhes asseguram a Constituição Federal. É necessária, no entanto, a não deturpação dos princípios informadores do processo, na busca de graciosamente alcançar a impunidade ou, de igual modo, ganhar notoriedade que, sob o manto da ampla defesa ou do devido processo legal, enodoam a prestação jurisdicional, impondo descrédito na Justiça e, por conseguinte,

fomentando a violência. Não só Juizes, Promotores e o aparelho policial são responsáveis pela boa convivência social, combate à violência e outras mazelas sociais. A comunidade, com certeza, tem a sua importante parcela de contribuição nesse processo.

Os operadores do direito, Juizes, Promotores, advogados e serventuários da justiça têm a mesma responsabilidade no trato com a tutela das liberdades públicas, devendo obediências aos princípios informadores do processo e, sobretudo, no manuseio dos autos, o fazer com o inafastável princípio da ética. A falta de ética significa deterioração das instituições que refletem em prejuízos irreparáveis pra a sociedade.

Ao discorrer sobre os princípios informadores do processo, com especialidade na tutela das liberdades públicas, os doutrinadores e o próprio legislador, objetiva a proteção social, não servindo de manta para tutelar a impunidade, que também se origina pela deturpação do processo nas mãos de operadores inescrupulosos.

3.4 Inquérito policial e contraditório

O contraditório nos procedimentos policiais, (penais) não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigativa é preparatória, muitas vezes até dispensável, para a acusação. Entretanto, reputa-se de fundamental importância para a ação penal a feitura de um bom inquérito, a elaboração de idôneos documentos, agenciamento de elementos que servirão de provas, na fase inquisitorial, muito embora, nesse interim, não se tenha ainda a figura do 'acusado', constituindo pois, mero procedimento administrativo, de caráter puramente investigatório, destinado a exclusivamente subsidiar a atuação do Ministério Público, '*dominus litis*' da ação penal em manifestação de mérito, isto é, o oferecimento da Denúncia.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal (*apud Moraes, op cit.: 258-259*), se reporta:

“a investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao Inquérito Policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo” (STF – 1ª Turma – HC n.º 69.372/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 7 de maio de 1993: 8.328).

Inquérito Policial e contraditório

“STJ – O inquérito policial é mera peça informativa destinada à formação da opinião delicti do Parquet, simples investigação criminal de natureza inquisitiva. Sem natureza de processo judicial” (STJ 6ª Turma – HC n.º 2.102-9/RR – rel. Min. Pedro Aciole – ementário STJ, 09/691).

Assim,

“não cabe o amplo contraditório em nome do direito de defesa no Inquérito Policial, que é apenas um levantamento de indícios que poderão instruir ou não denúncia formal que poderá ser recebida ou não pelo Juiz” (5ª Turma – HC n.º 3.898-5/SC – rel. Min. Edson Vidigal – Ementário STJ, 11/600).

Princípio do Contraditório e provas produzidas no inquérito policial

“STF – Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivos – embora suficiente para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público – não obstam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação do Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio somente em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório” (1ª Turma HC n.º 73 338/RJ – rel. Min. Celso de Mello – RTJ 161/264, apud Moraes, op cit.: 258-259).

CAPÍTULO IV

O 'PARQUET' E O RESGATE DO HUMANISMO NOS PROCESSOS CRIMINAIS

4.1 Princípio da presunção de inocência e estado de flagrância

A Constituição Federal preconiza no seu art. 5º inciso LVII que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, consagrando o chamado ‘princípio da presunção de inocência’, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, como garantia processual penal, que protege ou tutela a liberdade pessoal do indivíduo.

Com a difusão desse princípio (presunção de inocência), é indubitável que o Estado persecutor da ação penal tem que comprovar a culpabilidade do indivíduo, mediante provas lícitas, objetivando uma decisão justa e imutável.

A presunção de inocência é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia de ampla defesa. Essa garantia já era preconizada pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26 de agosto de 1789, *“todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado”*.

A Constituição, quando consagrou a presunção de inocência, escorou o posicionamento em quatro postulados básicos, quais sejam:

- limitação à atividade legislativa;
- critério condicionador das interpretações das normas vigentes;
- critério de tratamento extra-processual em todos os seus aspectos
- obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador (estado persecutor da ação penal).

Dessa forma, a '*presunção de inocência*' condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, inexoravelmente, a condenação, inexistindo as necessárias e legítimas provas que sirvam de esteio ao pronunciamento meritório do julgador.

A *presunção de inocência consubstancia-se*, portanto, no direito de não ser declarado culpado, senão por intermédio de uma sentença judicial com trânsito em julgado, ao término de uma instrução criminal, conduzida por um procedimento criminal que respeite as normas condutoras ínsitas no *devido processo legal*, na sua total extensão, em que o acusado pode utilizar todos os meios necessários para produção de sua defesa, (ampla defesa) e que suas provas objetivem a contraposição das provas apresentadas pela acusação, emergindo daí um escoreito contraditório que se traduz na alma da dialética do processo.

Sob a ótica do princípio da *presunção de inocência*, decorrem as exigências elementares previstas constitucionalmente, as quais nominamos:

- a- o ônus da prova dos fatos constitutivos da persecução penal pertence com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção de provas por parte da defesa de provas ou elementos que se refiram a fatos negativos em desfavor do acusado, originando-s daí a chamada "*prova diabólica*".
- b- necessidade de coleta de provas de repetição de provas já obtidas perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa;
- c- absoluta independência funcional do magistrado na valoração livre das provas, (princípio do juiz natural, princípio da imparcialidade,,).

A existência de interação entre os princípios da *presunção de inocência*, juiz natural, devido processo legal e contraditório é, portanto, derivado do Estado Democrático de Direito, uma vez que, somente por intermédio de uma seqüência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória justa, envolva de legitimidade, legalidade e outros aspectos de natureza lógica, afastando-se, portanto, a *presunção de inocência* que se arvora o acusado para não sofrer o revés condenatório do estado.

4.2 Princípio da presunção de inocência e prisões processuais

A convalidação do princípio da inocência pela Constituição Federal, em que pese o peso que representa no dizente aos Direitos Humanos Fundamentais, insertos no texto Constitucional, não retira a legalidade e legitimidade (constitucionalidade) das variadas espécies de prisões provisórias que continuam sendo, de modo pacífico, reconhecidas pela Jurisprudência, por considerá-las legítimas, dentro dos padrões admitidos pela Constituição, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade do réu ou dos acusados em geral, podendo, de modo válido e admitidos pela Lei Maior, incidir essas prisões, sobre o *status libertatis* do indivíduo, sem ferir, portanto, a presunção de inocência. Assim, assegura a Constituição Federal, em consonância com a Lei Processual Penal e as Leis esparsas que tratam da matéria, a validade das prisões temporárias, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgados.

Em relação à sentença condenatória sem trânsito em julgado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria simples (seis votos contra cinco), entendeu que a inteligência do art. 594 do CPP, cujo comando determina – “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”), não foi revogado, continua em pleno vigor. Vejamos:

“não tendo sido revogado pela presunção de inocência, conforme art. 5º inciso LVII da Constituição Federal que segundo a maioria, concerne à disciplina do ônus da prova, nem pela aprovação, em 28 de maio de 1992, por decreto legislativo do Congresso Nacional, do Pacto de São José da Costa Rica” (STF –HC 72.366-SP, rel. Min. Néri da Silveira, sessão de 13 de setembro de 1995. Ficaram vencidos os votos dos Ministros Mauricio Correia, Francisco Rezek, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence).

O mesmo entendimento é compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça que sumulou a questão, tornando-se pacificada no ordenamento jurídico brasileiro. “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (Súmula 09 do Superior Tribunal de Justiça).

Para corroborar com esse pensamento (legalidade das prisões provisórias,

preventivas...) a Lei n.º 8.038/90, não defere aos acusados aguardar em liberdade qualquer recurso que ainda esteja pendente na esfera superior da Justiça, (tribunais superiores) posto que referidos recursos são despojados assim de eficácia suspensiva. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, através de sua primeira turma. (STF – 1ª Turma – HC n.º 73 151-1/RJ – rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 19 de abril de 1996; 12.216).

Prisão processual e prevalência dos direitos humanos

“STJ – A prisão processual deve ser fundamentada. Significa indicar o fato. Insuficiente apenas a indicação da norma, de que é exemplo, da decisão restringir-se a mencionar que o acusado não preenche os requisitos do art. 408 § 2º do Código de Processo Penal. O combate à violência encontra adesão da sociedade. Urge, entretanto, acatar o sistema jurídico democrático e as penosas e lentas conquistas dos Direitos Humanos” (6ª Turma – RHC n.º 3.365-7/SP – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – Ementário STJ, 10/712).

Constitucionalidade das prisões temporárias

“STJ – Prisão temporária – Lei n.º 7.960/89. Legitimidade do ato. Atento ao requisito do art. 5º inciso LXI, da Constituição Federal, há considerar-se legítimo o decreto de prisão temporária motivado no art. 1º, inciso I e II da Lei n.º 7.960/89, a qual por sua vez, também se mostra atenta ao precitado comando constitucional” (5ª Turma – RHC n.º 1.576-0/SC – rel. Min. José Dantas – Ementário STJ, 05/675).

Constitucionalidade da prisão preventiva

“A Constituição Federal, não paira dúvida, tem como regra geral ficar-se em liberdade, enquanto se aguarda o desenrolar do processo penal. Todo cidadão é inocente até que seja irremediavelmente condenado (art. 5º inciso LVII). É que o preso, por sofrer restrição em sua liberdade de locomoção, não deixar de ter o direito a ampla defesa diminuído. Mas, por outro lado, pode estar em jogo valor que também deve ser protegido para apuração da verdade real. Daí a mesma Constituição (que constitui um sistema lógico-político) permitir a prisão em circunstância excepcionais (art. 5º, LXI e LXVIO, exigindo sempre sua fundamentação, sobretudo por tratar de exceção (art. 93, IX). Por tal motivo, mesmo o primário e de bons antecedentes poder ser preso sem nenhuma arranhão aos princípios constitucionais” (6ª Turma – RHC n.º 3.715-6/MG – rel. Min. Adhemar Macial – ementário STJ, 11/690). No mesmo sentido STJ – 5ª Turma – RHC n.º 511/SP – rel. Min. Pedro Acioli – ementário STJ, 08/760.

Prisão por sentença condenatória sem trânsito em julgado I

*“STF – O inciso LVII do Art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, é obstáculo, apenas, a que se lance o nome do réu no rol dos culpados, enquanto não estiver definitivamente condenado, mas não a prisão imediata após o julgamento do recurso ordinário, como previsto no art. 637 do Código de Processo Penal” (1ª Turma – HC n.º 72.171/SP – rel. Min. Sidney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 de outubro de 1995, p. 36.332). No mesmo sentido; STF – 2ª Turma HC n.º 71.401-3/MS – rel. Min. Maurício Correia, *Diário da Justiça*, Seção I, 08 de setembro de 1995: 28.355).*

Prisão por sentença condenatória II

“STJ – A Jurisprudência da Corte, fundada no princípio constitucional da inocência presumida (CF art. 5º) tem proclamado o entendimento de que a regra do art. 594, do CPP, deve ser concebida de forma atenuada, sendo descabida a submissão do réu à prisão para poder apelar sem a indicação objetiva da necessidade da medida” (6ª Turma – HC n.º 4.400/SC – rel. Min. Vicente Leal; j. 20.04.1995; v.u. ementa).

Prisão por pronúncia

*“STF – Prisão cautelar – instituto compatível com o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF art. 5º inciso LVII) – Concessão de liberdade provisória – Mera faculdade judicial (...). O réu pronunciado – ainda que primário e de bons antecedentes – nenhum direito tem à obtenção da liberdade provisória. A preservação status libertatis do acusado traduz, nesse contexto, mera faculdade reconhecida ao juiz” (1ª Turma – HC n.º 69.026)/DF – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção, I, 04 de setembro de 1992: 14.091).*

4.3 Princípio do estado de inocência e princípio ‘in dubio pro reo’

O princípio Constitucional do ‘estado de inocência’, principalmente quando se trata de exame do ‘estado de flagrância’ não pode e nem deve ser confundido com o princípio do ‘in dubio pro reo’, posto que, em que pese serem espécie do mesmo gênero, isto é, do princípio do *favor rei*, não são semelhantes nem guarda tão similaridade para serem confundidos. O princípio da presunção de inocência tem incidência processual e

extraprocessual, conforme posição já consolidada na Constituição Federal, tem aplicação procedimental, no momento de agitação do processo, no manuseio com a liberdade do réu, na apreciação da conduta fazendo frente às provas inseridas pelo Ministério Público na atuação processual. O princípio *in dubio pro reo*, só terá incidência processual quando da apreciação final de toda matéria processual, submetida ao crivo do censo jurídico o julgador e só tem sua aplicação mais evidente quando surgir dúvida quanto a idoneidade das provas.

Ressalte-se que se o Ministério Público não conseguir provar as alegações expendidas pela peça acusatória, não existindo, pois, qualquer dúvida do magistrado, permanecerá a existência do princípio da *presunção de inocência*, sem haver necessidade, portanto, de utilização do princípio *in dubio pro reo*.

O entendimento é que o princípio *in dubio pro reo* impõe ao magistrado o decreto de absolvição quando o órgão da acusação não tenha logrado êxito na coleta das provas, de modo que tais provas ou elementos imponham convencimento indubitoso ao magistrado, fato que enseja convencimento total da procedibilidade da acusação.

Na verdade, o que se observa é que a previsão *in dubio pro reo* é também instrumento do processo, regularmente previsto e serve para garantir um princípio maior que é o princípio da *presunção de inocência*.

A Jurisprudência é pacífica quando trata da situação. Vejamos, pois, o que pensa o STF, sobre os dois princípios – *presunção de inocência e in dubio pro reo*.

Presunção de inocência e princípio do *in dubio pro reo*:

“STF – Nenhuma acusação pena presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece em nosso sistema jurídico de direito positivo, a regra, que, m dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor, que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto Lei n.º 88, de 20.12.37, art. 20, n.º 5)” (1ª Turma HC n.º 73.338/RJ – rel. Min. Celso de Mello – RT 161/264).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão do presente trabalho é, acima de tudo, demonstrar o compromisso que assume o Promotor de Justiça no manuseio do Processo Penal. Ao folhear o Processo Penal no seu dia a dia o representante do Ministério Público, geralmente lida com a “liberdade”, atributo, depois da vida, mais tutelado pelo Direito Penal, corolário do Direito Natural.

A atuação do Promotor de Justiça no Processo Penal, constitui-se de um lado verdadeiro paradigma na defesa dos Direitos Fundamentais, quanto a observação da regularidade das regras do Processo, de outro, na defesa intransigente da sociedade velar pela permanência regular da ordem jurídica, fundamento do Estado Democrático.

O Processo Penal é por excelência, cultivado pela instrumentalidade. Não pode prevalecer a sanção sem regular processo. Ao que parece o próprio estado, impôs-se diante da necessidade de regular a vida social, impondo com força, a sanção, fazendo-se valer sua posição forte na mediação dos conflitos. Contudo, impôs também limitação na sua Ação ou no seu *jus puniendi*, adotando regras que devem ser obedecidas na manipulação dos autos.

Nesse contexto, da instrumentalidade do processo é que deve o Promotor de Justiça, velar por sua primazia, fazendo valer sempre o postulado já consolidado – “*nulla poena sine judice e nulla poena sine judicio*”.

Objetiva por fim, o processo como objeto final da ciência processual penal – a paz social – esta de forma imediata, traduzindo-se, pois, na “*realizabilidade da pretensão punitiva derivada de um delito, através da utilização da garantia da prestação jurisdicional*”, com diz (Tourinho Filho, 2000: 33).

A sua finalidade é dar dinamismo as normas de Direito Penal. Enquanto o Direito Penal estabelece as sanções, ‘*in abstracto*’, o Processo Penal encarrega-se de lhes emprestar os meios para a materialização da sanção jurídica, posto que toda pena é imposta processualmente.

Na lição de Mazzile (1999), o Processo Penal consiste em obter, mediante a intervenção do Juiz, a declaração da certeza, positiva ou negativa, do fundamento da pretensão punitiva derivada de um delito.

Tem, portanto, objetivo prático, atual e jurídico, limitando a dizer sobre a verdade em relação ao fato concreto e a aplicação de suas conseqüências jurídicas.

Tudo pela Glória de Deus.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *O Direito Processual e o resgate do humanismo*. In HERKENHOFF, João Batista. Thex Editora, 1997.

_____. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1983.

ATHAYDE, Tristão de. *Princípios e casos*. In: *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro: 07/03/1980: 11.

BARAÚNAS, José Roberto. *Lições de Processo Penal*. José Bushatski, 1978.

BÍBLIA SAGRADA. *Gêneses*, 4, versículo 3-15.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Brasília: 1988.

DECLARAÇÃO FRANCESA DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, promulgada em 26 de agosto de 1789.

DECRETO LEI n.º 88, de 20.12.37, art. 20, n.º 5.

FREITAS, Manuel Pinheiro. Controle externo da atividade policial: do discurso à prática. In: *Livro de teses*. Congresso Nacional do Ministério Público. 26 a 29 de maio de 1998. Fortaleza: Associação do Ministério Público do Estado do Ceará/ACMP, 1998. p. 16-43.

GOMES, Luiz Flávio (org.) *Código Penal*, 4. ed., São Paulo: RT, 1999.

GONÇALVES, Edilson Santana. *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito*. Fortaleza: ABC, 2000.

GUERRA, J.B. Cordeiro. *A arte de acusar*. 1. ed. São Paulo: Forense, 1989.

HERKENHOFF, João Batista. *O Direito Processual e o resgate do Humanismo*. Rio de Janeiro: Thex, 1997.

_____. *Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEI n.º 5.250 de 09 de fevereiro de 1967.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. III. Rio de Janeiro: Borsói, 1963.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Comentário aos arts. 1º a 5º Da Constituição Federal*. 3. ed., São Paulo: Atlas. Coleção Temas Jurídicos – 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. O conceito de acusação. *Apud* GONÇALVES, Edílson Santana. *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito*. Fortaleza: ABC, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed.

RUIZ, Urbano e CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. São Paulo: 1999.

SMANIO, *Criminologia e Juizado Especial Criminal*. São Paulo Atlas, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Vol. 1. 22 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

JURISPRUDÊNCIAS

1ª Turma do STF – HC n.º 73.338/RJ – rel. Ministro Celso de Mello – RTJ 161/264.

3ª Turma STF – REsp n.º 14.201/CE – rel. Min. Waldemar Zveiter – Ementário STJ, 06/383.

1ª Turma STF – HC n.º 68.412/DF – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 08 de março de 1991, p.2.204.

6ª Turma STJ – Resp n.º 19.710-0-RS – rel. Ministro Adhemar Maciel – Ementário STJ, 10/674; STJ – 1ª Turma – REsp n.º 24.450-3/SP – rel. Min. Milton Luiz Pereira – Ementário STJ 10/447

1ª Turma – HC n.º 68.412/DF – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 08 de março de 1991, p.2.204.

4ª Turma – Resp n.º 998/PA – rel. Min. Sálvio de Figueiredo – Ementário STJ. 01/278.

1ª Turma – HC n.º 68.929-9 SP – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 28 de agosto de 1992, p. 13.453.

1ª Turma – HC n.º 68.926/MG – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da justiça*, Seção I, 28 de agosto de 1992, p. 582.

STF 2ª Turma – HC n.º 71.961-9 SC – rel. Min. Marco Aurélio. 06 de dezembro de 1994. Súmula 523.

STF – 1ª Turma – HC n.º 69.372/SP – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 de maio de 1993, p. 8.328.

STJ 6ª Turma – HC n.º 2.102-9/RR – rel. Min. Pedro Acioli – ementário STJ, 09/691.

5ª Turma – HC n.º 3.898-5/SC – rel. Min. Edson Vidigal – Ementário STJ, 11/600.

1ª Turma HC n.º 73 338/RJ – rel. Min. Celso de Mello – RTJ 161/264.

STF –HC 72.366-SP, rel. Min. Néri da Silveira, sessão de 13 de setembro de 1995. Ficaram

vencidos os votos do Ministros Maurício Correia, Francisco Rezek, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence.

STF – 1ª Turma – HC n.º 73 151-1/RJ – rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 de abril de 1996, p. 12.216.

6ª Turma – RHC n.º 3.365-7/SP – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – Ementário STJ, 10/712.

5ª Truma – RHC n.º 1.576-0/SC – rel. Min. José Dantas – Ementário STJ, 05/675.

6ª Turma – RHC n.º 3.715-6/MG – rel. Min. Adhemar Macial – ementário STJ, 11/690.

ª Turma – HC n.º 72.171/SP – rel. Min. Sidney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 de outubro de 1995, p. 36.332.

STF – 2ª Turma HC n.º 71.401-3/MS – rel. Min. Maurício Correia, *Diário da Justiça*, Seção I, 08 de setembro de 1995, p. 28.355.

6ª Turma – HC n.º 4.400/SC – rel. Min. Vicente Leal; j. 20.04.1995; v.u. ementa.

1ª Turma – HC n.º 69.026)/DF – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção, I, 04 de setembro de 1992, p. 14.091.

1ª Turma HC n.º 73.338/RJ – rel. Min. Celso de Mello – RT 161/264.