

MINISTÉRIO PÚBLICO E PROCESSO ACUSATÓRIO: por uma ética constitucionalista no processo penal

Anderson Lodetti de Oliveira ¹

Sumário: Introdução; 1. O Ministério Público; 2. O processo acusatório e o papel do órgão acusador; 3. O processo penal brasileiro e o acusatório: perspectivas para uma nova ética do Ministério Público; 3.1. Inquérito e investigação criminal; 3.2. Acusação; 3.3. Instrução e julgamento; Conclusão; Referências consultadas.

Resumo: O presente artigo visa mostrar como o modelo de processo penal acusatório é o que mais se coaduna com os princípios e garantias constitucionais, sendo, portanto, dever do Ministério Público, enquanto órgão defensor do regime democrático e dos preceitos constitucionais, implementar uma nova práxis processual na qual esse modelo seja privilegiado, apesar dos limites da nossa legislação processual penal, que ainda reproduz muito do modelo inquisitorial e autoritário.

Palavras-chave: Processo Penal – Acusatório – Ministério Público – Investigação Criminal – Acusação – Sentença Penal.

Abstract: The present article aims at demonstrating how the accusatory penal process is the one which better embodies constitutional principles and guarantees, being, therefore, duty of the Public Ministry, whose objective is to defend the democratic regime and the rule of law, to implement a new practice in penal process law in which this model may be privileged, in spite of limitations imposed by Brazilian penal process law, which still reproduces much of the inquisitional and authoritarian model.

Key words: Penal Process – Accusatory – Public Ministry – Criminal Investigation – Accusation – Penal Sentence.

¹ Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade do Contestado. Mestrando em Criminologia e Políticas Criminais na Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC.

Introdução

Este artigo visa defender a imediata mudança de atitude dos membros do Ministério Público com relação ao processo penal vigente, desde a fase de investigação até a fase da sentença. O Ministério Público deve modificar algumas de suas práticas antigas para poder melhor cumprir sua função de guardião ativo dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. No processo penal, essa função guardiã dos valores e princípios constitucionais será adequadamente desempenhada na medida em que o órgão ministerial consiga aprimorar o processo acusatório, em que prevalecem a liberdade, o devido processo legal substancial e a ordem democrática.

O ponto de partida da análise será a função constitucional do Ministério Público, que deve pautar todas as suas ações. Em segundo momento, mostraremos como o acusatório é o único modelo de processo que responde a um direito penal garantista, que está em total consonância com os direitos fundamentais acolhidos na Constituição Federal. E por que nesse modelo a investigação e a acusação são momentos separados. Por fim, serão abordados os problemas atuais com relação à implementação do modelo acusatório ideal e a necessidade do Ministério Público começar a mudar algumas práticas que não são mais compatíveis com o atual modelo de Estado vigente.

1 O Ministério Público

O Ministério Público é uma das funções essenciais à Justiça, de acordo com a nossa Constituição Federal. O título parece não nos dizer muito, deixando em aberto várias questões a respeito desse órgão estatal com uma função tão importante e, ao mesmo tempo, uma colocação tão incerta dentro da clássica divisão de poderes.

Em um primeiro momento, poderíamos dizer que o Ministério Público é órgão do Executivo porque age de ofício para cumprir a lei. Mas agir de ofício é só uma das características do Executivo, que inclusive o Legislativo possui (faz leis sem ser provocado; monta CPIs; fiscaliza atos do Executivo, etc.). O Ministério Público não tem a função de concretizar os comandos legais, organizando agentes e patrimônio para a realização do interesse público. Portanto, só pelo fato de agir de ofício, não quer dizer que seja órgão executivo. Também não é o fato de o Procurador-Geral da República ser nomeado pelo Presidente da República que o faz órgão do Executivo. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal também o são, e ninguém ousaria defender a tese de que este Poder é subordinado àquele. A tendência hoje é afastar o Ministério Público do Poder Executivo, justamente para que a autonomia e a finalidade daquele não se confunda com a lógica deste, como defende CLUNY.²

Então, onde encaixar o Ministério Público? O Ministério Público não pode ser pensado à moda dos três poderes clássicos. Sua função atual só pode ser compreendida dentro de uma perspectiva de Estado Democrático de Direito, no qual todo o poder só é válido se usado para o fim de concretizar os valores constitucionalmente consagrados, respeitando a dignidade da pessoa humana e o pluralismo ideológico e político, visando constituir uma sociedade livre, justa e solidária.

O art. 127 da Constituição Federal fala que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” No art. 129, o constituinte arrolou uma série de deveres e alguns instrumentos para a sua melhor persecução. Mas, no mesmo dispositivo, deixou claro que o ali disposto não era taxativo, pois permitiu ao órgão ministerial “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”(art. 129, IX).

O Ministério Público existe para que o Judiciário seja um órgão independente, imparcial e inerte. A verdadeira função do Ministério Público é complementar a função judiciária. O juiz precisa ser um agente imparcial

2 CLUNY, Antônio. *Pensar o Ministério Público hoje*. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 30.

e jamais agir de ofício, sob pena de simpatizar com determinada causa, buscar os problemas, se envolver nas contendas e, em vez de julgar uma pretensão de partes, aplicar o direito ao caso concreto. Quando o juiz só aplica o direito, nada o difere das autoridades administrativas. O que diferencia o judiciário é que este aplica o direito depois de analisadas duas pretensões trazidas por partes. O juiz é o “contra-poder” por natureza, pois ele representa a norma e, em um Estado Democrático, a norma válida, que está conforme todos os princípios e valores constitucionais. Somente por ser inerte é que o juiz pode ser um contra-poder.

Para que o juiz mantenha-se como órgão julgador, e não como órgão aplicador do direito, foi necessário que outro órgão, com as mesmas garantias e com os mesmos objetivos – mas com função diferente – fosse criado. Este órgão é o Ministério Público, cuja finalidade é a mesma do juiz, pois ambos têm o dever de manter todo o poder dentro dos limites da validade constitucional, obedecendo seus princípios e, principalmente, os direitos fundamentais. Só que o Ministério Público não é órgão inerte e imparcial, ele “vai atrás”, age de ofício, fiscaliza, acompanha, supervisiona e leva perante o juiz todos aqueles que agirem contra a ordem constitucional e legal. Só porque existe um guardião ativo da Constituição é que o juiz pode julgar pretensões de forma imparcial para manter o regime democrático e constitucional. A síntese de Santos é excelente:

Se é de Direito o Estado que se auto-limita pelo direito; e se é ao Ministério Público que em exclusivo compete “defender a legalidade democrática” – aos Tribunais outrossim competindo “reprimir a violação” dessa legalidade – ou bem que o defensor dessa qualidade é autônomo em relação aos poderes do Estado, para poder defender a legalidade democrática, inclusive contra eles, ou bem que aqueles poderes, em vez de se auto-limitarem pelo Direito, heterolimitam o próprio defensor.³

O objetivo do Ministério Público é o mesmo do judiciário, isto é, garantir a vigência da ordem constitucional aplicando as leis válidas e negando as leis inválidas. A função é que é diferente: aquele é ativo, fiscaliza e leva suas pretensões diante do judiciário, este é inerte, imparcial e anali-

3 SANTOS, António de Almeida. In: CLUNY, António. Op. cit., prefácio.

sa os fatos trazidos pelas partes para aplicar o direito válido. A Constituição Federal manda o Ministério Público “defender o regime democrático”, “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição”, “proteger patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos”, “propor ADIN”, “exercer controle externo da atividade policial”, “requisitar informações e diligências investigatórias.” A Lei Complementar 1975/1993, que dispõe sobre a organização do Ministério Público da União, determina que este tem competência: para requisitar documentos, perícias, exames e informações a qualquer órgão da Administração Pública direta e indireta; realizar inspeções e diligências investigatórias; ter livre acesso a qualquer repartição pública ou privada; expedir notificações e intimações para instruir seus procedimentos e outras competências ali elencadas (art. 6, 7, 8 e 9).

Esse rol de competências deixa claro que a finalidade do Ministério Público é a busca pelo respeito incondicional aos preceitos constitucionais, sejam eles violados por particulares – o que permite ação penal, ação de improbidade administrativa, quando possível, e ação de indenização por danos ao patrimônio público ou interesses difusos e coletivos – ou violados pelos próprios agentes públicos. Neste último caso, o Ministério Público tem o poder para acompanhar qualquer procedimento para apurar fatos, ou requisitar a instauração de um procedimento, notificar, intimar, enfim, ser um guardião ativo de todos os princípios assegurados na Constituição. É o Ministério Público substancial, de Ramidoff, que se compromete com a efetiva implementação dos direitos fundamentais, ou seja, da própria democracia.⁴ Substancial porque está sujeito somente às leis válidas, que estejam conforme os princípios e valores constitucionais.

Quem controla esse guardião? Um órgão com tamanha responsabilidade e tão grande rol de atribuições tende sempre a abusar de seu poder. Por isso, ao Ministério Público não foi dado nenhum poder sancionatório. Ele é um fiscal do respeito aos poderes constituídos e ao regime democrático, que sempre terá que levar sua pretensão perante os órgãos competentes

4 RAMIDOFF, Mário Luiz. **Ministério Público Substancial**: por uma atuação cidadã, ética e independente. XIV Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de Teses: Institucional – Ministério Público e a cidadania plena. v.3. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001. p. 12.

para aplicar as sanções. Ele sabe do crime, mas quem aplica a pena é o juiz. Ele sabe da improbidade, mas tem que levar ao judiciário sua pretensão. Ele sabe da condescendência criminoso do chefe da repartição, mas não pode substituí-lo na aplicação da sanção. Só pode pedir ao judiciário uma condenação criminal e/ou uma por improbidade administrativa, se for o caso. O art. 6 da Lei Complementar 1975/1993 deixa claro que o Ministério Público só pode propor ações, representar ou expedir recomendações, jamais aplicar ele mesmo sanção alguma, justamente para separar o fiscal do juiz.

Essa abordagem das funções e objetivos do Ministério Público é essencial para que possamos compreender o tema. No processo penal o Ministério Público tem uma função essencial, uma vez que ele é o titular da ação penal pública (art. 129, I CF), sendo o responsável pela persecução penal em juízo. No entanto, a função de órgão acusador não é uma função isolada de todas as demais. O disposto no art. 129, I, está subordinado ao título IV do capítulo IV da Constituição Federal, e, principalmente, ao artigo 127. A função acusatória é, portanto, uma função de garantia dos direitos fundamentais, principalmente a vida, a liberdade, a dignidade humana, a segurança e, para fins processuais, o direito de ser ouvido, de desdizer, de apresentar sua versão e de recorrer (art. 5, LV CF), ou seja, o devido processo legal.

No processo penal, o Ministério Público tem que tomar todas as precauções possíveis para que sejam assegurados todos os direitos ao réu, para que seja buscada a verdade fática e para que a norma penal incida somente nas hipóteses em que houve um delito que merece a devida retribuição. Uma pena sem um fato é um ato de extrema brutalidade, pois é uma violência pública realizada por órgãos que só existem para que a liberdade seja preservada, seja retribuindo um crime, seja garantindo a busca da verdade.

O Ministério Público é uma parte diferente de todas as demais partes em um processo. Isso porque este guardião da ordem constitucional não tem interesse em condenar uma pessoa, mas sim em garantir a melhor aplicação da lei. E não há órgão mais interessado em saber a versão do réu, a veracidade das provas, a suficiência dos indícios, zelar pela regularidade das investigações do que o órgão que busca expandir a incidência dos valores constitucionais.

A melhor forma de garantir um processo justo, equilibrado, em que a verdade possa ser com mais proximidade alcançada, é aquela na qual o

juiz seja imparcial, independente, e analise as pretensões das partes; na qual o órgão acusador mostre quais os fatos que atribui ao réu e quais as suas provas e a construção lógica de sua acusação; e na qual o réu tenha o direito de apresentar a sua versão e as suas provas, para impedir a pretensão acusatória. O melhor modelo processual para garantir um devido processo substancial é o modelo acusatório.

2 O processo acusatório e o papel do órgão acusador

O Ministério Público tem a obrigação de lutar pela otimização e expansão de todos os valores, princípios, direitos e garantias constitucionais. Esse dever somente será satisfeito em matéria penal, se o mesmo lutar pelo aprimoramento do nosso processo em direção ao modelo acusatório. Só este modelo corresponde a um direito penal constitucional, que respeita a liberdade e a dignidade humana, garantindo uma neutralização das formas autoritárias e racistas típicas do panpenalismo e dos regimes de exceção.

O processo penal só pode ser compreendido e desenvolvido a partir de uma concepção de direito penal, pois ambos apresentam uma relação de “unidade complementada”, conforme Dias.⁵ Dependendo das vocações e dos objetivos deste, aquele será constituído e operacionalizado. Em um direito penal autoritário é mais comum um processo sem muitas garantias, com procedimentos rápidos, sem recursos, sem defesa ou com defesa falha, etc. Isso porque a intenção desse modelo de direito penal não é retribuir uma infração à norma, mas aplicar uma pena aos “inimigos do povo”, às bruxas, aos judeus, ao “eixo do mal”.⁶ O nosso Código de Processo Penal ainda reproduz a sua matriz italiana, do Código Rocco facista.

O processo penal inquisitivo era o processo penal do desconhecido, do invisível. O juiz acusa, defende e julga, decidindo *se* processa e *como* processa, decidindo o *thema probandum* e o *thema decidendum*, para encon-

5 DIAS, Jorge Figueiredo. **Processo Criminal**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1971. p. 11.

6 No Brasil, hoje, as novas bruxas são os traficantes. A grande maioria dos nossos operadores jurídicos ainda não se deu conta da “caça às bruxas” que anda reproduzindo acriticamente, sem perceber que está agindo a serviço de uma política genocida, racista e etnocida patrocinada, no início pelos EUA, hoje pela mídia. Descriminalizem as drogas...e verão como surgirá logo uma outra “bruxa” que possibilite um controle militarizado e assassino das populações pobres!

trar a tão almejada “verdade real”.⁷ Era a forma típica de punição de um poder que era embasado na metafísica, no que era divino e não podia ser empiricamente demonstrado. A busca da verdade inquisitorial era a construção da própria “verdade”. A confissão, o arrependimento, os gritos de dor eram a manifestação presente de um poder ausente, oculto, inalcançável.⁸ Não havia culpado ou inocente. Havia somente mais ou menos culpado. O simples fato de ser suspeito já era indício de culpa e merecia uma punição. A confissão simplesmente abreviava a dor e a tortura. A negação era a afronta ao poder que já havia inscrito ali o caminho da verdade, e que, por meio da dor, teria então que purificar uma alma deturpada que não a reconhecia. Por isso o processo era secreto, porque o poder que o julgava era invisível e improvável empiricamente.

O direito penal liberal é o direito penal do fato por excelência, por dois motivos: o primeiro é que a burguesia ascendente era tida como mesquinha, egoísta, que cometia usura contra as leis da Igreja, ou seja, a classe revolucionária que lutava contra os privilégios de sangue e nome da nobreza. Isso fez com que os tipos penais só previssem condutas, sem referência à pessoa,⁹ o segundo é o fato de o empirismo ter surgido como forma de conhecimento e reprodução material da existência. Os fatos são o mais interessante, como conduta humana externa. Conduta humana que produz riqueza e, ao mesmo tempo, tem um enorme potencial para prejudicar o capitalista.¹⁰ Uma sociedade disciplinar é a alma do modelo capitalista de produção.¹¹ Neste modelo o que interessa é a punição dos atos indisciplinados, não a punição em nome de Deus, as

7 DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit., p. 47.

8 FOUCAULT, Michel. “Vigiar e Punir”. 4. ed, Petrópolis: Vozes, 1986. p. 34-5.

9 TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e YOUNG, Jock. **La nueva criminología**: contribución a una teoría social de la conducta desviada. Trad. Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1977, p. 21. No entanto, uma vez que se estabeleceu no poder, não demorou muito para adotar as teorias racistas de Lombroso, Ferri e Garófalo, que sobrevivem até hoje em nossos códigos penais, revigorando todo o direito penal do autor.

10 O atual modelo de polícia surgiu na Inglaterra, como publicização das polícias dos portos, que eram privadas. Se no antigo regime a riqueza estava escondida no castelo e o poder era embasado na divindade, agora o poder é embasado no patrimônio e a riqueza está em contato direto com o proletário (mercadorias, máquinas, capital que gira, etc). O mesmo ato que produz é o ato que pode prejudicar o sistema. Ver FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: PUC, 1996.

11 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Op. cit., p. 26.

ordálias ou o julgamento moral. A produção é fruto de atos humanos, e controlá-los é a base de um aprimoramento produtivo.

O direito penal liberal é um modelo regulador de condutas. E as condutas somente seriam puníveis se fossem empiricamente demonstradas. O surgimento da prova empírica, para demonstrar a existência de um fato e a sua autoria é que dá origem à nossa forma de inquérito. O processo penal é a garantia de que somente aquele que cometeu um fato típico, devidamente provado, receberá uma pena. Não há mais pena pelo que se pensa, pelo que não pode ser provado, pela personalidade. A intenção do direito penal liberal é garantir o máximo desenvolvimento da personalidade humana dentro de uma sociedade pluralista e tolerante, desde que seus atos sejam inofensivos ao modo de produção.¹²

O inquérito é o procedimento desse modelo de busca da verdade fática. Como se reporta a um fato passado, o investigador fará o mesmo que o historiador: criará uma hipótese prévia e tentará comprová-la por indução.¹³ A investigação policial é a reconstrução de um fato com base em um rol de indícios, que virarão provas ou não em juízo. Mas a investigação policial, assim como a histórica, é limitada: jamais será possível dizer o que realmente aconteceu.¹⁴ Quando o investigador busca explicação para o fato e vai atrás de indícios para reconstruí-lo, o máximo que pode chegar é perto de uma grande probabilidade de ter sido daquele modo.

Suponhamos que Mévio tenha sido preso em flagrante carregando drogas em sua carreta. Pode o delegado ouvi-lo e, mesmo diante da sua alegação de não saber da origem da droga, indiciá-lo. Como também poderá ir atrás de outras evidências para ver se há possibilidade de que o indiciado realmente não soubesse. Suponhamos que inquiria alguns carregadores da empresa em que Mévio trabalha e todos digam que o motorista sabe o que vai na carga. Pode parar a investigação aí ou ir mais adiante. Pode ir atrás

12 Não digo “inofensivos aos direitos alheios” porque há várias violências – e a doméstica é um exemplo bem claro – que não são criminalizadas porque, apesar de serem ofensivas a direitos dos outros, são toleradas até o ponto em que não interferem na produção material de vida (capitalismo, atualmente).

13 Sobre a construção das hipóteses por indução ver: ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e suas regras**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

14 DESGUALDO, Marco Antônio. A lógica na investigação criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 27, p. 288-293.

da ficha de todos os carregadores e descobrir que um deles já foi indiciado três vezes por envolvimento com tráfico. Já ficará com dúvidas a respeito da palavra de Mévio. Terá que ouvir mais pessoas, catar mais indícios, etc. Pode ser que nem Mévio, nem o carregador soubessem..., e que o dono da empresa tivesse inserido a droga no caminhão! Isso é investigação criminal. Por mais que um fato parece claro, a reconstrução e a busca dos indícios e provas a seu respeito é sempre um caminho de escolhas, de preconceitos e de hipóteses prévias. Ninguém vai atrás de indícios e provas aleatoriamente. Agora, imaginemos um crime sem flagrante e sem que se saiba sobre seu autor.¹⁵ Como fala Desgualdo, “é óbvio que se requerem algumas convicções prévias para que uma coisa se nos imponha como problemática. Se não houver expectativas, não poderá haver surpresas”.¹⁶

Em um Estado Democrático de Direito há ainda um elemento a mais a ser considerado. Não há plena liberdade de provas e indícios para reconstruir a explicação do crime. Há limitações legais e constitucionais para a produção de determinadas provas, justamente porque há valores que devem ser tutelados sempre pelos agentes do poder público. Cluny chama essa atividade de “construção da história”, que passa pela seleção de provas e fatos, muitas vezes contraditórios e antitéticos, obedecendo sempre a regras constitucionais e legais.¹⁷

O inquérito não é um instrumento a serviço da acusação, mas sim um instrumento a serviço do esclarecimento da verdade. Tanto que o Ministério Público poderá utilizá-lo para pedir um arquivamento, quando não houver elementos suficientes para atribuir um fato criminoso a alguém. Como defende Cabette, “o inquérito é um instrumento imparcial, não vinculado à futura acusação, podendo em seu bojo trazer elementos de interesse da defesa do suposto autor da infração. Reduzi-lo a fornece-

15 No Brasil isso é muito comum. O pior é que a nossa polícia está mal equipada, mal remunerada e despreparada para o trabalho investigatório, o que faz com que a busca da reconstrução dos fatos seja mais preconceituosa que o normal. Normalmente a polícia já tem seus “suspeitos de carteirinha” aos quais se tenta ligar indícios de fatos que possam lhes ser atribuídos. Na mídia vemos todos os dias várias execuções de “traficantes” ou de “assassinos do Tim Lopes.”

16 *Ibidem*, p. 292.

17 CLUNY, Antonio. *Op. cit.*, p. 53.

dor de elementos ao titular da ação penal é manietar sua verdadeira função, muito mais ampla e relevante à consecução da Justiça".¹⁸

A investigação não tem a ver com a acusação. Acusar é atribuir uma versão fática a alguém. Dentre as várias versões e caminhos possíveis na investigação criminal, para reconstruir o fato passado, o órgão acusador escolhe a versão da qual se convenceu e vai defendê-la em juízo. O Ministério Público é o órgão acusador por excelência no nosso direito – ressalvado os casos de ação penal privada. A ele a Constituição atribuiu o dever de defender a versão mais verossímil perante um juiz imparcial. Conforme Cluny, “no fundo, toda a ação do Ministério Público, como posteriormente a do juiz, é exercida sobre a ‘*história*’ (síntese já de outras *histórias*, dado que o Ministério Público, investigando *à charge et à décharge*, tem de incorporar, necessariamente, elementos antitéticos) dos factos e dos seus protagonistas e não, como poderá pensar-se, sobre os próprios ‘*fatos*’”.¹⁹

No processo acusatório, quanto mais o Ministério Público acompanhar a investigação, mais certeza de convencimento. O réu também tem o direito de ser ouvido pela autoridade policial, e esta deve realizar as diligências e investigações que lhe forem por este requeridas, porque a investigação não é acusação. A investigação é reconstituição aproximada de um fato passado. Se a versão do réu não for ouvida e não forem tomadas as providências necessárias para averiguar sua veracidade, o inquérito será qualquer coisa, menos investigação. Será a tentativa parcial de construção de uma só hipótese. Ferrajoli dá tanta importância à paridade necessária entre as partes, que propõe a criação de um Ministério Público de defesa, com os mesmos poderes de investigação do Ministério Público.²⁰

O Ministério Público tem um papel fundamental no modelo de processo acusatório. Ele é o elo entre o que se investigou e o que se julgou. É ele quem vai levar a juízo uma versão possível de explicação do fato criminoso. Dentre todas as possibilidades de explicação, as eleições arbitrárias do in-

18 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do inquérito policial no sistema acusatório – o modelo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 35, p. 192.

19 CLUNY, Antonio. Op. cit., p.53.

20 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1989. p. 583-584.

investigador, as eliminações de hipóteses também possíveis para explicar o ocorrido, é o Ministério Público que vai fazer a seleção da plausibilidade de uma versão e vai defendê-la em juízo. “A intervenção do Ministério Público inicia-se, precisamente, onde a actividade da polícia deveria parar”.²¹

A partir do momento da acusação, o réu tem a garantia de que deve se defender daquilo, e somente daquilo, que lhe está sendo atribuído. Porque acusar é limitar uma versão (história) dentre todas as que eram possíveis. A acusação, conforme Ferrajoli, é a delimitação do juízo, que deve “formular-se em termos unívocos e precisos, idôneos para denotar exatamente o fato atribuído e para circunscrever o objeto do processo e da sentença que lhe porá fim”.²² Desde a acusação, o réu saberá exatamente do que está sendo acusado e quais as provas que respaldam a acusação, possibilitando-lhe que conheça “todos os indícios que a justificam (a acusação), de uma forma que o imputado tenha a possibilidade de refutá-las e nada lhe seja escondido”.²³ Cluny enfatiza que “o Ministério Público participa, no nosso sistema legal, por causa das funções constitucionais que lhe estão cometidas, na própria definição do objeto do processo, com todas as conseqüências que isso importa, na definição do direito aplicável ao caso concreto e, portanto, também, da pena.” E mais adiante conclui: “é que, parafraseando Salvatore Satta a propósito da petição inicial em processo civil, a acusação não é senão um projeto de sentença”.²⁴

Fica visível que o Ministério Público tem uma enorme responsabilidade na fiscalização do inquérito policial. Como um órgão comprometido com as garantias e os princípios constitucionais, ele deve zelar pela regularidade de toda a investigação, pois ele é quem vai assumi-la depois em juízo e, se não conseguir ser convincente, poderá deixar um crime impune. O Ministério Público é o verdadeiro juiz do que foi investigado. Mais do que ninguém, tem interesse em que as diligências do réu sejam realizadas e que a sua versão seja verificada. Garantindo o direito do réu participar na investigação, o órgão ministerial está garantindo a igualdade das partes e a busca de verdade. Cluny insiste que o Ministério Público não

21 Ibidem, p. 59.

22 Ibidem, p.606.

23 Ibidem, p.607.

24 CLUNY, Antonio. Op. cit., p.64.

deve só analisar se há elementos indiciários de autoria e materialidade, ele deve exigir que os elementos sejam convincentes em um juízo muito próximo que o juiz utilizará na condenação.²⁵

Uma investigação bem coordenada, na qual as duas partes tenham direitos iguais e possam ver suas versões analisadas, é dever da autoridade policial proporcionar. Caso isso não venha ocorrer, é dever do Ministério Público garantir tal paridade (art. 129, VII da CF), pois ele defenderá sempre o devido processo legal e a presunção de inocência. Aliás, lutar pela presunção da inocência é lutar para que ninguém sofra uma condenação até provada sua culpa, evitando uma violência tão arbitrária quanto o crime.²⁶ Essas providências garantistas que são obrigações do Ministério Público permitem: a) iniciar processos com acusações fundadas, sem o desrespeito à integridade moral de nenhum cidadão; b) garantia de uma acusação bem fundamentada, que apresente todos os fatos e as provas que serão produzidas, mostrando a lógica de seu convencimento; c) aumentar o contraditório e a possibilidade de defesa, que é interesse de um Ministério Público que não quer condenar, mas sim atribuir uma versão que presume verdadeira a um cidadão.

O modelo acusatório dividido em investigação, acusação e julgamento garante a imparcialidade do órgão julgador, uma vez que a investigação deu uma explicação para os fatos. O Ministério Público tem uma versão – que foi a encontrada pelo inquérito com ou sem as suas requisições de diligências – que irá apresentar em juízo, explicando os fatos e as provas que ligam os fatos ao réu. A defesa saberá exatamente o que lhe está sendo atribuído, quais as provas dessa ligação e poderá fazer suas provas e sua defesa. O juiz poderá exercer com imparcialidade a sua função, que é julgar. Assim, a luta pelo acusatório pleno é a luta pelo devido processo legal e o respeito pelas garantias fundamentais de todos os cidadãos.

25 *Ibidem*, p.49.

26 Muitos dos nossos membros do Ministério Público ainda não dão a devida importância para a presunção da inocência porque estão distantes da realidade de viver na pobreza, onde o simples fato de ser pobre é suspeito. Essas pessoas são vítimas do cotidiano ônus da prova de sua inocência, enquanto muitos delegados e promotores agradam a mídia sanguinária que patrocina o “novo circo”.

Ferrajoli chama de acusatório “a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o processo como uma contenda entre iguais, iniciada pela acusação, à qual compete o ônus da prova, enfrentando a defesa em um júízo contraditório, oral e público e resolvido pelo juiz segundo sua livre convicção”.²⁷ O juiz não poderá jamais ir atrás de provas no processo acusatório, porque sempre que o fizer, ele não será mais o “contra-poder”, a pessoa imparcial que julga, mas um investigador. E toda investigação tende a responder a uma hipótese prévia. O juiz tem que saber dos seus limites em um Estado Democrático; e sua função é a de julgar. Se houver dúvida, a sua obrigação é a de absolver o réu. O Estado tem um órgão específico para acusar, provar uma versão perante o Estado-juiz, que é o Ministério Público. Este tem que assumir com responsabilidade essa função, esmerando-se na melhor investigação, dentro da legalidade e com a finalidade de descobrir a versão mais aproximada da verdade. Para isso existe este órgão, e também para garantir que o julgamento seja acusatório e imparcial. Quando o juiz vai atrás da prova, o processo se transforma em uma investigação fiscalizada e orientada por aquele que deveria julgar, e o réu deixa de se defender de um fato limitado, com todas as suas provas, para acompanhar uma investigação que terá um desfecho arbitrário.

3 Processo penal brasileiro e acusatório: perspectivas para uma nova ética do Ministério Público

O nosso processo penal é por muitos chamado de processo acusatório. No entanto, ainda temos vários dispositivos que permitem que o juiz vá atrás de provas, que o juiz inquiria as testemunhas e que a aplicação de pena seja uma fase totalmente administrativa dentro do processo penal. A intenção desse terceiro ponto é dar algumas diretrizes para o Ministério Público começar a remover os vícios inquisitórios e autoritários do processo penal, lutando na práxis diária pela efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade, a presunção de inocência que lhe é imanente e o devido processo legal substancial.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p.564.

Os óbices à implementação de um acusatório efetivo são os mais diversos. Começam pelo nosso código processual e sua origem, que é uma cópia do código facista e autoritário de Rocco.²⁸ Uma ordem penal que não visa regular condutas, mas sim caçar inimigos de Estado, sejam eles os comunistas, as bruxas, os traficantes ou os terroristas... Um direito penal que faz da conduta algo irrelevante, atentando principalmente para a personalidade do réu, querendo confirmar nele o criminoso que o seu estereótipo ameaça revelar, nos melhores moldes lombrosianos.

Atualmente, temos também o problema da mídia, que faz da imagem e do sensacionalismo armas fortíssimas nas mãos de promotores e juízes que estão mais preocupados em fazer telenovelas no horário jornalístico do que garantir direitos de seus compatriotas. A mídia e seu clamor diário por “justiça” faz com que a resposta cada vez mais simbólica do direito penal se traduza em prisões preventivas, na enorme maioria das vezes sem nenhum dos pressupostos legais.

A falta de consciência dos limites do direito penal para controlar atos humanos em uma sociedade profundamente marcada pela desigualdade, pela miséria, pelo abandono dos valores humanos e pela exploração por parte dos países desenvolvidos, nos faz crer que o aumento desmedido da pena e da criminalização são a salvação para esta colônia latino-americana, marcada pela violência da fome, do desemprego, da exploração, do homicídio, da prostituição, do estupro e outras formas de degradação da pessoa humana.

Trabalhar com o acusatório garantista, que reforça os valores constitucionais, é conhecer as limitações do direito penal e lutar por uma sociedade que possa prescindir cada vez mais da punição institucionalizada. O acusatório no modelo apresentado é uma garantia de redução cada vez maior da incidência do direito penal, evitando a estigmatização e a degradação humana deste sistema e, principalmente, forçando a sociedade à discussão séria e responsável acerca da violência, cidadania e políticas de inclusão.

28 ROCCO dizia que a presunção da inocência é umas das “extravagâncias da Revolução Francesa.” Apud FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p.550. O mesmo pensamento de LOMBROSO e GARÓFALO. O primeiro chamava os recursos de “extravagância dos povos mongóis”, o segundo chamava o “favor rei” de uma “funesta máxima.” GAROFALO, Rafele. **Criminologia**. Trad. Danielle Maria Gonzaga. Campinas, SP: Peritas Ed.(1997), p. 263-265. Esses teóricos racistas continuam com vários adeptos até os dias de hoje.

3.1 Inquérito e investigação criminal

A nossa investigação criminal é de competência da polícia judiciária, que são as polícias civil e federal, de acordo com o art. 144 da Constituição Federal. Investigar é, como já foi dito, ir atrás de elementos que servem para reconstruir um fato passado, por aproximação, jamais por exatidão. A investigação policial pode ser unilateral ou bilateral, dependendo do seu modo de condução. Como já ressaltamos, quanto mais for ouvido o indiciado e a sua versão, maior a probabilidade de se evitarem surpresas em juízo e de se aproximar da verdade.

Há uma discussão acerca da possibilidade de investigação por parte dos membros do Ministério Público. Uma leitura de alguns incisos do art. 129 da Constituição nos dá essa impressão. Vamos tentar resolver esse problema por dois caminhos: o primeiro é o de partir da normatividade posta – no caso Constituição Federal e legislação ordinária – e encontrar a resposta a partir da sua interpretação, sem querer o oposto (ou seja, encaixar de qualquer modo a legislação no que consideramos mais adequado); o segundo é que tentaremos mostrar que quanto mais o Ministério Público controlar a investigação, em vez de realizá-la, mais a denúncia estará fundada em elementos convincentes, muito próximos de um juízo de condenação.

Com relação ao primeiro ponto, a questão em torno da possibilidade de investigação por parte do Ministério Público está nos incisos que possibilitam essa interpretação: VI, VII, VIII e IX, do art. 129. Nenhum desses incisos diz que o Ministério Público pode realizar a investigação direta. Pelo contrário, quando aludem à investigação, dizem que ele pode “requisitar a instauração de inquérito” ou requisitar “diligências”. A requisição de diligências poderia ser feita somente durante um inquérito, quando o Ministério Público, na sua função de parte imparcial, quer estar convicto da tese acusatória que defenderá. Se o membro do Ministério Público recebe algum indício razoável de crime, ele requisitará a instauração de inquérito à autoridade policial (e alguma diligência específica, se entender necessário).

A possibilidade de controle da atividade policial também não é motivo para dizer que o Ministério Público pode realizar a investigação, porque não há uma relação de hierarquia Ministério Público – Polícia, seguindo a lógica do “quem pode o mais pode o menos.” Se entendermos o con-

trole como relação hierárquica, estaremos contrariando texto expresso da Constituição que, em nenhum momento, disse que a autoridade policial é subordinada ao Ministério Público ou é um dos seus órgãos. A Constituição não transformou a polícia em órgão auxiliar do Ministério Público, pelo contrário, o texto constitucional deu competência específica para a autoridade policial, que não poderá deixar de ser exercida ainda que o seu superior hierárquico de Poder Executivo (Ministro da Justiça ou secretário de Estado) assim o queira. A nulidade, então, acabará sendo a consequência lógica da investigação por parte do Ministério Público, uma vez que está exercendo atividade típica de outra autoridade, o que vicia todos os atos administrativos por incompetência.

O controle da atividade policial na investigação é exercido nos termos de garantir uma investigação robusta, legal, suficientemente fundamentada e com aptidão para sustentar uma acusação criminal. É também o controle para que o delegado realize as diligências requeridas pelo indiciado, justamente para que a investigação seja imparcial. Cluny diz que a “direção desse inquérito é cometida por lei a uma magistratura – o Ministério Público – a quem compete, constitucionalmente, decidir e ajuizar, em primeira mão, sobre o exercício da acção penal”.²⁹ É esse o controle que a Constituição Federal endereçou ao Ministério Público; uma atividade para guiar no preenchimento de falhas, de dúvidas e de melhores diligências, que garantam uma investigação a mais completa possível e com respeito a todos os direitos fundamentais em jogo.

Outra forma de controle é o que alude o inciso VII está regulado na Lei Complementar 1975/1993, no seu art. 9.º. E em nenhuma hipótese ali enumerada está escrito que o Ministério Público poderá tomar a investigação para si. O controle que ele exerce sobre a atividade policial é o mesmo que ele exerce sobre todas as demais autoridades públicas, no zelo pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

O que foi dito até agora não pode servir para dizer que o Ministério Público está proibido de toda investigação. O que ele não pode é querer investigar inicialmente um crime, mas pode muito bem propor uma ação penal sem o inquérito, quando já tem elementos para tanto; é o caso de

29 CLUNY, Antonio. Op. cit., p.58.

investigações que são de sua competência, voltadas para a fiscalização das atividades de todas as autoridades públicas. Para instruir um inquérito civil, por exemplo, o Ministério Público arrecadará provas, fará diligências, ouvirá testemunhas. Caso convença-se de que há elementos para uma ação penal, poderá se utilizar dos elementos que colheu ele mesmo, pois tinha competência constitucional para tanto (art. 129, III e VI). O mesmo se dá quando do controle da atividade policial: a partir do momento que está investigando uma suspeita de abuso de autoridade, ele está exercendo uma competência própria (art. 129, VII e VI). E neste caso, ele poderá realizar diretamente as diligências, inquirir testemunhas, perícias, etc., sem correr o risco de deixar a condução de um inquérito por este tipo de crime cair nas armadilhas do corporativismo policial e que resultaria quase sempre no arquivamento. Então, vale a pena enfatizar que o Ministério Público tem competência investigatória, mas esta não é criminal. O que pode ocorrer é que depois de completada essa investigação fiscalizatória ele também tenha elementos para uma ação penal. Neste caso, não haverá nenhuma invasão de competência por parte do Ministério Público.

Alguns tribunais, entre eles o Supremo Tribunal Federal, vêm anulando processos embasados em provas colhidas diretamente pelo Ministério Público, alegando que o órgão acusador perde sua imparcialidade ao investigar.³⁰ Realmente, a função do órgão ministerial é acusar; o que significa um juízo muito firme acerca de um fato que será atribuído a um suspeito. Quando ele investiga, perde a perspectiva de controle dos elementos que foram colhidos, e, em vez de fazer uma seleção de indícios e requerer outras diligências, acaba convencendo-se de uma versão parcial a qual ajudou a construir. A nossa prática é muito rica de exemplos do que ocorrerá: será feita uma denúncia vazia, com poucos elementos, poucas indicações de provas e, durante o processo, serão corrigidos os erros e exageros, através de uma *mutatio* ou uma *emendatio libeli*. Quem vai pagar o preço? O réu, que nunca saberá de que fato está realmente se defendendo, pois ele pode ser alterado até pelo juiz! A invalidação dos elementos colhidos diretamente pelo Ministério Público vai na direção de um reforço da sua função garantista,

30 STF, RE 205.473-9-AL, Min. Carlos Velloso, 2T, DJU 19.03.1999. STF, RE 215301-CE, Min. Carlos Velloso, 2T, DJ 28.05.99. No mesmo sentido: STJ, Resp. 76.171-AL, Min. William Patterson, 6T, 13.02.1996. STJ, RHC 4769-PR, Min. Vicente Cernicchiaro, 6T, 07.11.95.

pois força o órgão ministerial a acompanhar a investigação e exigir mais elementos de convencimento; o que resultará em uma acusação completa e sem necessidade de posteriores remendos judiciais.

3.2 Acusação

A denúncia é a peça processual pela qual o Ministério Público atribui um fato a uma pessoa. A acusação é o limite da busca das explicações possíveis para o fato. Uma vez feita a acusação, não há nada mais com que o réu deva se preocupar que não seja a refutação direta de cada fato e cada prova que o Estado está imputando-lhe. A partir do momento em que a acusação é feita, o réu terá a plena garantia de que deve defender-se somente daquilo que estão imputando-lhe. Acusação é a “delimitação do processo”.³¹

O Código de Processo Penal brasileiro permite que a denúncia contenha uma acusação sucinta, em que estejam presentes a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime (art. 41). À primeira leitura desse dispositivo, parece que o Ministério Público está desincumbido de várias obrigações constitucionais, dentre elas a garantia do contraditório, da ampla defesa e da liberdade. Mas essa impressão não pode prevalecer, salvo se invertermos a lógica jurídica e começemos a ler a Constituição a partir da legislação ordinária (que, no caso do CPP, é filha do facismo!).

O Ministério Público é garantidor do devido processo legal e, portanto, de seus elementos básicos: contraditório, ampla defesa, juiz natural e recursos. A acusação deve indicar o fato completo, com todos os elementos e circunstâncias e, principalmente, toda a construção probatória lógica que levou o órgão acusador à conclusão de que aquele réu cometeu aquele fato. Uma denúncia que revele toda a acusação e todas as provas que devem respaldá-la é uma peça processual digna de um Ministério Público que não quer condenação, mas sim a punição de um culpado pela prática de um crime. Como defende Cluny, “o único interesse que deve perseguir o Ministério Público é o que resultar da sua função constitucio-

31 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p.606.

nal de defender a legalidade democrática, isto é, o que resultar da lei”.³² Por isso o mesmo autor diz que o Ministério Público é “parte imparcial”.³³

Uma acusação clara, limpa e explicada na sua construção lógica é obrigação de um órgão acusador verdadeiramente imparcial, que está tão interessado na busca da verdade quanto o juiz. A demonstração de imparcialidade e de respeito pela pessoa é dada quando a única intenção do Ministério Público é a garantia da liberdade, seja punindo seu agressor, seja garantindo que não haja punição sem crime provado.

A acusação deve também trazer todas as circunstâncias do crime (art. 41, CPP); a nossa doutrina andou muito relapsa com relação ao alcance desse enunciado. E o Ministério Público deve começar a modelar uma nova prática que resgate seu verdadeiro alcance. Quando tal preceito fala em “todas as circunstâncias”, ele está referindo-se às circunstâncias elementares, judiciais (art. 59), legais (art. 61,62, 65 e 66) e qualificadoras. Por que devemos considerar as circunstâncias judiciais e legais como incluídas no âmbito desse artigo? Porque somente quando há o pedido de condenação com tais circunstâncias é que há possibilidade de defesa do réu.

Infelizmente, temos uma herança positivista e inquisitorial muito forte na nossa legislação. Pela primeira tendência, a aplicação da pena é uma fase judicial administrativa, porque o juiz age de ofício catando os elementos nos autos que configuram a personalidade delinqüente do condenado. A pena é um diagnóstico para a “doença” do réu e um prognóstico de tratamento, nessa concepção lombrosiana de criminoso.³⁴ No entanto o discurso periculosista não é mais admitido constitucionalmente, pois estão resguardados o direito de ser como se quiser, de ter quaisquer crenças ideológicas, políticas ou filosóficas e a vida privada (art. 5, VI, VII e X). Pela concepção inquisitorial de inclinação cristã, a pena seria a justa medida da culpa moral do condenado,

32 CLUNY, Antonio. Op. cit. p. 54.

33 Idem, p.67.

34 Esse é o entendimento dos positivistas, que entendem que o cidadão tem direitos até o momento de sua condenação. Por isso, só há garantias processuais e legais durante antes da condenação. Depois de condenado, fica provado que ele é criminoso, a partir daí ele será entregue ao Estado para melhor curá-lo de sua perversidade. Ao juiz cabe fixar uma pena adequada à periculosidade. FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. (1928 original), p. 132.

aplicada de acordo com a gravidade de seu pecado; somente o juiz sabia qual o tamanho do mal e a justa pena para compensá-lo.

Estas duas formas de ver a pena não são mais admitidas em um Estado democrático. A pena não é mais que a sanção adequada para uma culpabilidade fática provada em juízo, que serve para mostrar que a ameaça de sanção concretizar-se-á sempre que houver um crime. A individualização da pena não pode mais ser deixada nas mãos do juiz sem nenhum parâmetro, como se o réu fosse o paciente e o juiz o médico. A pena deve ser graduada depois de um processo contraditório e acusatório, em que uma parte pediu e a outra quis impedir. O Ministério Público tem a obrigação de colocar na denúncia todas as circunstâncias judiciais e legais que prejudicam o réu no momento da fixação de sua pena. Somente assim este poderá se defender e dar sua contraversão do que a acusação quer.

Suponha que o juiz na aplicação da sentença considere que a culpabilidade do réu foi alta, que o inquérito de dez anos atrás deve contar como antecedente e que a vítima era criança por ter 16 anos. Se o Ministério Público não tiver pedido, na acusação, que o réu fosse condenado por estas circunstâncias, ele jamais poderia ter se defendido delas, havendo a aplicação de pena sem contraditório, o que é inadmissível. O réu somente poderá se defender dessas circunstâncias – caso não estivessem na denúncia – em grau de recurso, o que retira a sua garantia de um juiz natural e imparcial e cria uma supressão de instância. A pena assim aplicada é uma fase administrativa, pois o juiz está agindo de ofício sem nenhuma provocação da acusação, exatamente como um fiscal ambiental faz um embargo, um fiscal sanitário, uma apreensão, etc. O réu nunca teve a chance de contradizer o que foi considerado como alta culpabilidade. Nunca pôde contestar o fato de o inquérito não poder contar como antecedente ou que a idade da vítima – 16 anos – não poderia ser considerada idade de criança para efeitos penais. Mas, no entanto, recebeu aí alguns meses ou anos de pena sem nenhuma acusação, o que fere o princípio máximo da *nulla poena sine accusatione* e *nulla poena sine defensione*.³⁵

Julgar é dizer o direito às pretensões trazidas à juízo. Quando o juiz não está dando o direito conforme o pedido, depois de ouvir a outra

35 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p.93.

parte, mas sim está aplicando o direito de ofício como acha mais adequado, quem controlará este juiz? Qual o órgão do Estado que teria por missão justamente controlar todos, por isso é inerte e imparcial? Ora, o Ministério Público só existe para que o juiz possa ser inerte e imparcial (*ne procedat iudex ex officio*).³⁶ O Ministério Público deve ignorar o artigo 385 do CPP e deverá sempre indicar todas as circunstâncias do crime, sejam elas legais ou judiciais, pedindo a sua condenação adequada. Assim agindo, o órgão acusador está garantindo que não haverá sequer um dia de pena que tenha sido aplicada sem acusação, sem defesa e sem um órgão imparcial de julgamento.

Isso não quer dizer que o Ministério Público deva pedir uma pena exata na denúncia. A dosimetria da pena continua sendo judicial. Mas o juiz terá que respeitar todas as circunstâncias pedidas e provadas durante o processo, e não buscar circunstâncias na hora da sentença. Assim, o Ministério Público acusa por um fato e pede uma pena adequada a uma culpabilidade alta, por exemplo, por tais e tais motivos, que provará durante o processo. O réu tentará sua absolvição provando sua inocência e, caso condenado, pedirá uma pena baixa, caso consiga refutar as hipóteses que a acusação enumerou. O juiz, então, verá se as hipóteses foram refutadas ou não, e dirá qual a pena adequada ao grau de culpabilidade provado.

3.3 Instrução e julgamento

A instrução processual e o julgamento no processo penal brasileiro são um misto de acusatório com inquisitório. Apesar de a maioria dos nossos juristas dizerem que há um acusatório puro na fase judicial do nosso processo penal, é fácil encontrar vários dispositivos que privilegiam um juiz inquisitor. Cabe ao Ministério Público a luta por uma nova ética processual, na qual sua função acusatória seja valorizada e respeitada, como único titular da ação penal, e o juiz natural e imparcial seja garantido.

Quando dizemos que há inquisição ainda vigente no nosso processo penal, referimo-nos principalmente às várias previsões de iniciativa probatória por parte do juiz. O art. 168; art. 174, III e IV; art. 177, § único;

³⁶ CLUNY, Antonio. Op. cit., p.69.

art. 196; art. 209; art. 234; art. 502; art. 538, etc. Em todos esses artigos é dado poder ao juiz para proceder à busca da “verdade” fática, agindo de ofício, para dirimir dúvidas. Como já deixamos claro em tópico anterior, quando alguém “busca” a verdade, é porque está fazendo um pré-julgamento e tem uma hipótese prévia na mente. Quando o juiz busca desfazer sua dúvida acerca de um fato, por exemplo, é porque ele acha que existe alguma coisa ainda a ser explicada. Se acreditar que o réu é culpado – pelo seu estereótipo, jeito, olhar, etc. –, tenderá a ir atrás de elementos que fortaleçam essa convicção e, provavelmente, os encontrará. Encontrará não porque o réu realmente o seja, mas porque os indícios são sempre reorganizáveis e possibilitam conclusões diferentes, dependendo de como são construídos. O juiz que era imparcial e deveria julgar uma hipótese acusatória trazida pelo Ministério Público vira agora um investigador, que está à caça de fatos para complementarem sua convicção prévia (que pode ser uma convicção de inocência ou culpa). O processo deixa de ser o julgamento de uma versão limitada para virar uma investigação que só terá fim quando o juiz se cansar ou encontrar provas que considerar suficientes para o embasamento de seu pré-conceito (pré-hipótese).

Essa forma de conduzir o processo quebra toda a lógica do acusatório e, com ele, toda a garantia do devido processo legal e do respeito aos direitos de todos nós, cidadãos, pois é um ataque à ética constitucionalista. Ousamos discordar aqui de Dias,³⁷ Tourinho Filho³⁸ e Grinover, que defendem a possibilidade de o juiz ir atrás das provas no processo penal. Esta diz que o juiz não pode se satisfazer com a atividade das partes quando considerar que ela tenha sido insatisfatória, pois sua função é a busca da verdade real.³⁹

A investigação para elucidar o fato, elegendo uma ou algumas hipóteses; a acusação para limitar o fato que se atribui ao réu, com uma hipótese só; a defesa para refutar a hipótese eleita pelo Ministério Público como a mais adequada; o julgamento para ver se a razão está com a

37 DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit., p.53-57.

38 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 1999. p.430.

39 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º27, p.76.

acusação ou a defesa depois de se produzirem todas as provas perante o juiz neutro. Todas essas fases do acusatório são misturadas e, infelizmente, às vezes ignoradas no nosso processo penal.

O nosso processo penal transforma o inquérito em um mero colhedor de indícios aproximados, sem uma investigação séria acerca das hipóteses explicativas do crime. Para tanto, colabora um uso cada vez mais desmedido de prisões processuais, que acabam forçando o delegado e o Ministério Público a cumprirem prazos para evitar o relaxamento da prisão. A denúncia se transforma em uma atribuição imprecisa de alguns fatos ao réu, sem nenhuma preocupação com a forma de prová-los, as circunstâncias envolvidas ou sua correspondência com a verdade. A instrução processual se transforma em uma investigação judicial vigiada por duas partes: o Ministério Público e a defesa. A sentença acaba sendo um relatório do que foi investigado durante o processo! Tanto é assim que se o juiz, durante a sua “investigação vigiada”, descobrir fato que não estava na denúncia (que foi só um amontoado de fatos e versões as mais descomprometidas possíveis), ele pode mudar a acusação baixando para o réu se defender. É a nossa conhecidíssima *mutatio libeli*.

Esse descaso com os princípios básicos do processo penal tem conseqüências bem visíveis. A primeira delas é que muitos consideram que o inquérito policial é uma fase inútil no nosso processo penal. Nem poderia ser diferente, pois o que o delegado fez acaba sendo repetido em júízo, só que desta vez coordenado por um magistrado. Em vez de o inquérito ser uma investigação fática única, ele é uma mera etapa de colheita de indícios de que pode haver o crime e de que o indiciado pode ser seu autor. A verdadeira investigação é realizada em júízo. Apesar de a Constituição ter sido fiel aos princípios do acusatório e ter dado a um órgão competência exclusiva para a investigação, ainda repetimos a fórmula inquisitorial disfarçada.

Outro problema é que o *favor rei* é praticamente abolido, uma vez que se o juiz que não está convencido da autoria pode requisitar diligências e investigações até se convencer da culpa do réu. Isso estimula denúncias cada vez mais sem fundamentos – do tipo “colar colou” – e acusações cada vez mais descomprometidas, haja vista que o órgão ministerial sabe que o juiz poderá remendar ou corrigir todas as suas falhas.

O contraditório é prejudicado ao extremo, pois é o próprio juiz que conduz a inquirição de testemunhas, buscando confirmar uma hipótese prévia que formulou. Como vai o réu contradizer o julgador? Quem contradiz, o faz com relação a uma versão, jamais com relação às possibilidades de versão. Só pode haver contraditório quando está limitado o que se atribui a alguém.

A alegação de nulidade também é prejudicada. Como vai o réu alegar nulidade de uma inquirição de testemunha ou de uma perícia nas suas alegações finais, se sabe que o juiz poderá pedir para que a prova seja novamente produzida. Assim, perde-se o horizonte de que a cominação de nulidades serve para proteger uma ética estatal e que o Ministério Público começa a relaxar mais com relação à observação desta ética. Sabe ele que, caso haja alguma ilegalidade, o juiz requisitará depois uma nova produção.

Por fim, este modelo inquisitorial acaba reduzindo a importância da polícia judiciária e do Ministério Público, concentrando poderes nas mãos dos juízes, prejudicando uma ordem constitucional. O Ministério Público deve resgatar a sua responsabilidade pela acusação e responder pelos seus erros e falhas, pois é um dos órgãos mais importantes do atual regime democrático. Lutar pela efetivação de suas obrigações é, sem dúvida, aumentar sua responsabilidade pública e cidadã. Esse, foi o plano do constituinte. Caso contrário, se o Ministério Público deixar as coisas como estão justamente para se livrar de maiores responsabilidades, poderemos ver um futuro em que o delegado apresentará o relatório de inquérito ao juiz e este impulsionará o processo, com a presença do réu. O Ministério Público? Bem...

Conclusão

Este artigo teve por finalidade principal mostrar que a luta pela implementação do modelo acusatório é uma obrigação do Ministério Público, justamente para que sejam garantidos o devido processo legal, a presunção da inocência e o juiz natural. O Ministério Público é órgão concebido para aprimorar todas as garantias e direitos fundamentais, fiscalizando e acompanhando a atividade de todos os poderes públicos na consecução de seus objetivos legais.

A ação penal é uma das atividades de competência do Ministério Público, que não foge à lógica das demais. Quando exerce a ação penal, o órgão ministerial está garantindo a liberdade de todos, por reprimir o crime, e a liberdade daquele a quem se atribui um crime, que ainda não foi provado por um processo justo e equilibrado. É obrigação do Ministério Público lutar pelo aprimoramento do processo penal na direção de correspondência e coerência com os valores da igualdade, liberdade e dignidade humana.

O acusatório foi indicado como sendo o modelo processual que mais se coaduna com o esquema valorativo e principiológico da nossa Constituição, sendo, por isso, dever do Ministério Público adotá-lo como ética postulatória em juízo penal. O acusatório valoriza a fase policial e lhe dá o devido lugar e importância imaginados pelo constituinte de 1988. Transforma a denúncia em uma peça processual de extrema importância, que deve conter todos os elementos e circunstâncias que possam resultar em pena, garantindo assim o contraditório. Transforma o juiz em fiscal da legalidade da produção probatória e julgador livre e imparcial dos fatos provados sob o crivo do contraditório.

Somente lutando pelo seu espaço e mostrando a sua importância poderá o Ministério Público conquistar mais legitimidade e confiança da população. Sabemos que assumir o papel de acusador com responsabilidade traz muitos riscos, e aumenta a preocupação e o trabalho durante uma investigação criminal. No entanto, a Constituição deu esse papel e confiou essa responsabilidade ao Ministério Público, esperando que ele se torne um órgão imprescindível em todas as formas futuras de Estado que queiram se denominar humanitárias.

Referências consultadas

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O papel do inquérito policial no sistema acusatório - o modelo brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 35.

CLUNY, Antônio. **Pensar o Ministério Público hoje**. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 30.

DESGUALDO, Marco Antônio. **A lógica na investigação criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 27.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Processo Criminal**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1971.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. **Madrid**: Trotta, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 4. ed, Petrópolis: Vozes, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 27.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Ministério Público Substancial**: por uma atuação cidadã, ética e independente. In: XIV Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de Teses: Institucional – Ministério Público e a cidadania plena. v.3. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e YOUNG, Jock. **La nueva criminología**: contribución a una teoría social de la conducta desviada. Trad. Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 1999.