

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO E O JUIZADO DE INSTRUÇÃO

*Edinaldo de Holanda Borges**

Sumário: 1. Princípios fundamentais. 2. O desenvolvimento institucional

1. Princípios fundamentais

A elaboração ou reforma de um Código de Processo Penal depende, antes de tudo, da eleição do sistema processual. Tanto a fase de investigação como a judicial seguem os princípios do sistema adotado, possibilitando o encadeamento lógico-normativo.

A adoção do sistema acusatório implica necessidade de outra opção entre o *princípio da oportunidade*, adotado pelos Estados Unidos, e o *princípio da legalidade*, seguido pela Alemanha. São orientações fundamentais da direção processual para o estabelecimento da *JUSTIÇA RETRIBUTIVA*.

Pelo *princípio da oportunidade*, segundo o cânone norte-americano, prevalece o juízo de conveniência para a promoção da ação penal. Sobrepõe-se à legalidade o poder dispositivo do Ministério Público para a *prosecution* e para outros atos de imunidade, conferida a quem colabora com a investigação.

Sobredito princípio concentra em mãos do Ministério Público todo o poder repressivo do Estado e encontra justificativa, nos Estados Unidos, na necessidade de selecionar os casos considerados mais relevantes ao interesse público, em face da quantidade de infrações, ou volume de serviço.

A atuação do Ministério Público, no que tange à disponibilidade jurídico-penal não está sujeita a nenhum controle, pois sua decisão de não acusar é irrecorrível, tendo em vista, consoante assinala James Stark, em *The rights of crime-victims*, que a tentativa da vítima de envidar o Ministério Público a exercer a ação, mediante o *writ of mandamus*, foi rechaçada pela Corte Suprema norte-americana¹, que considerou a oportunidade da acusação sujeita à

* Edinaldo de Holanda Borges é subprocurador-geral da República.

¹ STARK, James H.; GOLDSTEIN, Howard W. *The rights of crime-victims*, apud GUARIGLIA. *Facultades discricionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*. Buenos Aires: AD-HOC. p. 90.

discrecionariade exclusiva do Ministério Público.

Esse juízo de conveniência criou naquele país o denominado *plea bargaining*, pelo qual o Ministério Público negocia com o acusado condições mais favoráveis, à conta do reconhecimento de culpabilidade (*quilty plea*).

Referido princípio de oportunidade, *data venia*, ao afastar o comando superior da legalidade, destrói o Estado Democrático de Direito, uma vez que o Iluminismo criou o Estado Moderno, com base no limite normativo do exercício de repressão.

Dois sistemas se extremam, ou na colisão com o Direito ou como retrocesso do andaime histórico. Um é o sistema acusatório, com a adoção do princípio da oportunidade, que investe contra o Estado de Direito, em face da abolição do postulado da legalidade. O outro, o juizado de instrução, é o retorno, embora mitigado, do Estado Medieval. O primeiro fraciona a independência do Judiciário. O segundo, praticamente exclui o Ministério Público da relação processual de repressão.

As legislações mais avançadas da atualidade consagram o sistema acusatório do tipo misto, que separa a investigação, de natureza inquisitiva e a cargo do Ministério Público, da instrução contraditória, resguardando a independência do Ministério Público e do Poder Judiciário e consagrando a Divisão de Poderes e o Estado de Direito, como princípios nucleares do pensamento moderno.

Impõe-se a consagração desses princípios para evitar que o *ESTADO ECONÔMICO* se sobreponha ao *ESTADO DE DIREITO*.

2. O desenvolvimento institucional

2.1 A dualidade histórica

Desde os primórdios e em sua evolução histórica, o processo penal alternou-se entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, variando, em conseqüência, o método probatório para aferição dos fatos e avaliação das condutas. Durante a Antigüidade clássica, de cultura florescente, prevaleceu o sistema acusatório, enquanto na Idade Média, em correspondência à estagnação cultural, se sobrepôs o sistema inquisitivo, marcado principalmente pelas torturas físicas, como o Juízo de Deus e a Prova das Ordálias. Com o pensamento moderno, que se caracterizou pelo Renascimento da cultura clássica, sobreveio o sistema acusatório, como forma de democratização do direito de punir do Estado.

Sobreleva a diferença entre os dois sistemas. Se as três funções do processo, afirma Alberto Viera Ruiz², se distribuem entre três sujeitos diferentes e independentes uns dos outros, temos o processo do tipo acusatório. Se essas funções se concentram em um só sujeito ou órgão, o processo é do tipo inquisitorial.

O sistema acusatório é identificado por seus elementos essenciais que, segundo Armenta Deu³, são constituídos pela existência de ação prévia para o início e continuação do

² VIERA RUIZ, Luis Alberto. *El proceso penal y el Código Modelo para Iberoamérica*. Roma: CEDAM, 1994. p. 19.

³ ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: Bosch Editor, 1995.

processo e a estrita separação entre os órgãos detentores das funções acusatória e jurisdicional.

Com a criação do *TRIUM ACTUM PERSONARUM*, da dicção de Bulgaro, tornou-se possível a formulação dos princípios processuais que consagram os direitos da pessoa em face do Estado, como o postulado do contraditório, em que a prova deixa de ser formal para se converter em real ou material.

O sistema inquisitivo pelo qual o Poder exercitou o seu direito de punir identificou-se com o Estado totalitário, pois é por meio do Processo Penal que o Estado exerce a maior violência contra o indivíduo. O sistema acusatório, ao contrário, revelou-se um instrumento de redemocratização do Estado Moderno. Por essa dualidade, entrevê Rusconi que “o processo penal de um Estado é um adequado termômetro do conteúdo autoritário ou democrático de sua organização social”⁴.

O processo inquisitivo caracterizou-se por dois traços fundamentais: era escrito e secreto, ou seja, não admitia nem a oralidade, nem a publicidade. Na Alemanha, durante os séculos 14 e 17, prevaleceram os juízos de *Santa Vehme*, quando se segregava o lugar e a forma do processo, sendo também sigiloso o nome do acusador, dos juízes e, inclusive, secreta era também a sentença. A acusação era procedida por particular, denominado de acusador ou denunciante. A diferença consistia em que o denunciante não se obrigava nem a provar a acusação nem a prosseguir no processo. Já o acusador teria de prosseguir com a acusação, sob pena de o juiz continuar de ofício e castigá-lo (*si accusator nolit persequi accusationem, iudex debet finire eam ex suo officio et punire accusatorem*).

As denúncias anônimas e secretas eram admitidas sob a presunção de facilitar a descoberta dos delitos, criando-se, para tanto, lugares especiais para o seu oferecimento, e que eram denominados de “bocas de leão” e “bocas de verdade”.

Só em 1745, na Itália, o rei Carlos de Bourbon proibiu o recebimento de denúncias anônimas, estabelecendo, posteriormente, a necessidade de confirmação solene da denúncia perante o magistrado.

No processo inquisitivo era de regra a *custódia preventiva*, que ficava ao arbítrio do juiz, e só excepcionalmente se concedia a “liberdade provisória”, deferida mediante *caução juratória* ou *fiança penal*. A primeira, a caução juratória, era o juramento do réu pobre de comparecer a todos os atos do processo, enquanto a fiança penal era a garantia fiduciária de terceiro que se obrigava a apresentar o réu, bem como ao pagamento das custas processuais (*judicato solvendo*).

Bastava apenas o “inquisidor”, diz Maier⁵, para a realização completa do Direito Penal. O inquisidor, argumenta, reunia todo o poder para a realização da lei penal, o que fazia de ofício, sem necessidade alguma de provocação externa. Não havia necessidade de um

⁴ Manzini, entretanto, entendeu de forma contrária, ou seja, que o processo inquisitivo, apesar de tantas declarações demagógicas, diz ele, se desenvolveu como uma necessidade social, sobre a base do processo acusatório e, segundo ele, oferecia melhores meios, que o processo acusatório, para uma eficaz repressão da delinquência e estava mais em conformidade com o espírito dos tempos e do regime que sucedeu às chamadas liberdades municipais (MANZINI. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. para o espanhol por Santiago Sentis Melendo e outro. Prólogo de Alcalá-Zamora y Castillo).

⁵ MAIER, J. B. J. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires. p. 21-22.

acusador, uma vez que não existia defesa, já que a decisão era tomada sem debate prévio.

Nessas vias históricas em que se digladiou o processo em inquisitivo ou acusatório sobreleva a etapa da investigação, cuja natureza jurídica também constitui objeto de divergência doutrinária. Quando essa fase é dirigida por órgão não-judicial, considera-se a atividade como administrativa, qualificada como mero procedimento. Nesse caso, a articulação é unilateral, não rendendo ensejo ao postulado processual contraditório. Quando, entretanto, essa instrução é presidida por órgão judicial, tem-se a sua natureza como de cunho jurisdicional.

A conceituação sobremencionada é de decisiva importância porque define o órgão ao qual compete a direção dessa investigação preliminar. Dois sistemas dividem os modelos mundiais: o sistema francês, em que dita investigação compete a um órgão judicial, por meio de um juiz de instrução; no outro sistema, seguido pela Alemanha, Estados Unidos e ultimamente a Itália, a investigação é dirigida pelo órgão do Ministério Público. Não há mais meio-termo. A realização dessa fase por órgão estranho ao âmbito processual, como a polícia, é atividade pré-processual que não mais se conta, como paradigma, em legislações mais avançadas, pelo seu abandono, tendo em vista a experiência histórica de sua ineficácia e sobrevivência da violência medieval inquisitiva.

Assim, resume-se o cálculo doutrinário entre o juizado de instrução e o procedimento acusatório puro, com a investigação sendo subordinada ao Ministério Público, detentor exclusivo do juízo de propositura. E, entre ambos, tem-se a afirmar, como consciência jurídica dominante, como afirma a Exposição de Motivos do Código Modelo de Processo Penal para a América Latina (p. 23), que não é consentâneo com a necessidade de resguardo da dignidade da pessoa perseguida a entrega de ambas as funções, a de requerer e a de decidir, a um só órgão estatal, o juiz de instrução. Isso porque, cita Viera Ruiz, ou o bom inquisidor mata o bom juiz ou o bom juiz desterra o inquisidor⁶.

O “Juizado de Instrução”, que ainda sobrevive na França, é qualificado por Carrara como *processo inquisitivo*, com a afirmação de que “esse método de juízo não apresenta nenhuma garantia especial, fora a consciência e escrupulosidade dos juízes”⁷. E ainda acrescenta o renomado jurista: “Para compreender até que classe de excessos chegou em certos países (especialmente na França) a prática do processo inquisitório, deve-se ter a paciência de ler livros desses tempos.” E cita um autor francês, Bouvet, que, em sua obra *Les manières admirables pour découvrir toutes sortes de crimes*, descreve um método utilizado por um juiz para descobrir um crime, utilizando a introdução de pessoa de sua confiança na cela de um presidiário, onde, durante a noite, lamentará haver praticado o tipo de crime que se pretende seja revelado pelo acusado, conduzindo-o à confissão. Com base nesse exemplo, conclui Carrara: “O resto deste catecismo infernal é todo da mesma índole, pois a estas artes infames levou a prática do processo inquisitivo. E dizer que há homens que, em pleno século 19, desejam esses métodos como ótimos e se glorificam de seu espírito religioso”⁸.

Para Guariglia, a *instrução judicial* encerra uma contradição. Isso porque o *fiscal*, que deveria investigar, só pode controlar o que o juiz investiga e este, que deveria controlar a

⁶ VIERA RUIZ, Luis Alberto. El proceso penal y el Código Modelo para Iberoamérica. In: *Un “Codice Tipo” di procedura penale per l’America Latina*. Projeto Itália-América Latina, Universidade de Roma, CEDAM. p. 21.

⁷ CARRARA, *Programa*, § 484.

⁸ *Ibidem*, § 849.

investigação, a realiza pessoalmente⁹. Segundo o mesmo autor, a necessidade de a investigação preparatória ficar a cargo do Ministério Público se infere diretamente de sua função postulatória, pois resulta artificial que o *fiscal* deva acusar, firmar sua convicção, à base de elementos dos quais não tenha participado quando de sua aferição.

Ainda atualmente permanece em doutrina a divisão entre os dois sistemas para qualificar os meios processuais de perseguição. Ou a perseguição penal se concentra em mãos privadas, afirma Armenta Deu, e o processo penal é um processo de partes ou, pelo contrário, o Estado assume a função dessa perseguição, que a exercita por meio de duas alternativas, ou por um sistema inquisitivo ou por um sistema acusatório¹⁰. E o que se verifica é que a direção histórica tem conduzido ao último sistema, pela grande garantia que ocorre para a defesa, na separação entre as funções de acusação e de julgamento. Nesse caso, a perseguição fica sempre subordinada a um órgão equidistante e independente. Na Alemanha, dominou o sistema acusatório, com a atribuição da instrução a um fiscal (*Wo kein klager, da kein Richter*).

A maior segurança da pessoa, no sistema de acusação, reside na duplicidade de juízos, proferidos por órgãos diferentes. No primeiro, o juízo de propositura, não-definitivo, recebe a influência direta da controvérsia dos fatos, quando da investigação e descoberta dos crimes. O segundo juízo, de avaliação definitiva, recebe os fatos já ordenados pela instrução, sem o estrídulo da investigação. A fiscalização prévia não pode ser desenvolvida pelo órgão de julgamento, porque desperta no investigador condicionamentos passionais, conduzindo à dúvida, que só pode ser nutrida por juízo diferente, o de propositura (*in dubio pro societate*).

A duplicidade de juízo é, além de segurança jurídica do acusado, um sistema democrático de julgamento, razão da afirmação de Mittermayer:

“O processo criminal pode ostentar duas formas fundamentalmente distintas, a da acusação e a da instrução. Não diferem somente por seus traços exteriores, por exemplo, em que em uma aparece primeiro um acusador, e que o processo, travando-se entre este e o acusado, segue a marcha análoga a do processo civil, enquanto que no segundo um magistrado instrutor obra e procede de ofício: a diferença profunda que os separa consiste antes na direção geral no caráter principal dos atos diversos que os constituem... Quem estuda a história destas duas formas convence-se logo que a organização da sociedade política exercerá sobre seus desenvolvimentos uma poderosa influência, que onde reina a democracia, domina o processo de acusação”¹¹.

⁹ GUARIGLIA, Fabricio O. *Facultades discrecionales del Ministerio Público*. Buenos Aires: AD-HOC. p. 85.

¹⁰ Op. cit., p. 31.

¹¹ MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução de Alberto Antônio Soares, anotações de Pontes de Miranda. Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. p. 60-68. Para Garofalo (*Criminologia*, p. 407), “o sistema inquisitório introduzido pela justiça eclesiástica da Idade Média e definitivamente adotado na França por Luís 12, foi sem dúvida um progresso, porque reconheceu como fim do processo a indagação imparcial da verdade”. Fournier, entretanto, considera que o sistema acusatório é o mais próprio para os regimes de liberdade (*Code de Procédure Criminelle de l'État de New-York*. Paris, 1893). G. Vidal considera caracteres decisivos do sistema acusatório a liberdade da acusação, a liberdade da defesa e a liberdade da convicção dos juízes (*Cours de droit criminel*. Paris, 1906. p. 728).

E acrescenta o referido jurista que a forma inquisitorial pertence principalmente ao sistema monárquico e adquire seu maior desenvolvimento nos Estados nos quais o movimento de idéias políticas é contido por um poder ativo e central.

O processo inquisitivo foi característico dos regimes medievais porque prevalecia o poder estatal sobre o direito individual e a repressão se tornava absoluta (*inquisitio est magis favorabilis ad reprimendum delicta quam acusatio, et ideo statuta in favorem inquisitionis non extenduntur ad acusatorem*)¹². Com o advento do Estado Moderno, quando foram proclamados os direitos da pessoa humana, em face do Poder, estabeleceu-se a equação da “força do direito contra o direito da força” da expressão de Rui Barbosa. O poder de repressão deixou de ser absoluto, porque encontrou limites no direito indeclinável do cidadão, que deu estrutura à fórmula “The man versus the State”, de citação de Pontes de Miranda.

O trânsito do pensamento medieval para o pensamento moderno refletiu-se no processo penal pela exigência de uma ação que lhe dê início (*jus et procedatur*) e determine o seu desenvolvimento, como pretensão deduzida em juízo, circunscrevendo aos seus limites o pronunciamento judicial (princípio da congruência processual). A divisão das funções de acusação e de julgamento (*Wo kein Klager, da kein Richter*) não só é garantia de independência do Judiciário, como também a subordinação da acusação a outro órgão, pelo princípio da legalidade. Nesse sentido, afirma Armenta Deu, a introdução do Ministério Público no processo penal conduz a um abrandamento do acusatório *stricto sensu*, pois passa a ser qualificado como formal. Esse abrandamento se justifica pela pretensão de garantir, de um lado, a efetividade da perseguição penal (mediante o dever para este órgão de investigar e perseguir todo fato com aparência delitiva, conforme o princípio da legalidade) e, de outro, procurar a imprescindível imparcialidade do juiz, inexistente em um sistema inquisitivo¹³.

O que encerra uma contradição é concentrar em um órgão, o Judiciário, que é o guardião dos direitos individuais, essa função de resguardo do direito privado e a função pública de perseguir. E essa dualidade convive com o Juizado de Instrução, já que a investigação é fato próprio da perseguição. Para Rusconi é segurança do direito de defesa a separação dos órgãos de investigação e de julgamento, para que, quem decide, não se tenha comprometido com o êxito da investigação. E, em abono de sua tese, cita o exemplo da criminalidade econômica de maior impacto social: “A traumática relação juiz-instrutor-instrução judicial não permite um grau razoável de eficácia na perseguição desse tipo de delito, pela mesma rigidez, entre outras razões, do funcionamento dessa estrutura”. E conclui o mencionado autor: “Por estes motivos, tem-se defendido a investigação preparatória a cargo do Ministério Público”¹⁴.

¹² A inquisição favorece mais que a acusação à repressão dos delitos e por isso o que é estatuído em favor da inquisição não se estendeu à acusação (ARETINUS, A. *De Maleficiis, Venetiis*. 1555, p. 3, apud MANZINI. *Tratado de derecho procesal penal*. t. I, p. 51).

¹³ Op. cit., p. 33.

¹⁴ RUSCONI. *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público*. Buenos Aires: AD-HOC, p. 102-103.

2.2 Código Modelo de processo penal para a América Latina

Em setembro de 1991, realizou-se, na Itália, Congresso Internacional, sob a organização da Universidade de Roma, para elaboração de um Código Modelo de Processo Penal para a América Latina. Contou o evento com a participação de inúmeros juristas e professores da matéria, valendo salientar a presença de Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Antônio Scarance Fernandes e Carlos Eduardo Vasconcelos, todos do Brasil e Fernando de la Rúa e Vicente Vásquez, da Argentina, entre vários outros.

O Código Modelo então estabelecido pelos mais eminentes juristas de toda a América Latina consagrou o princípio processual da acusação, como postulado básico da promoção jurídico-penal, sacramentando os postulados de garantia do acusado e independência do Judiciário. Trata-se de pensamento dos mais destacados estudiosos da espécie, desvinculados de interesses classistas.

O art. 68 do sobredito Código Modelo estabelece que ao Ministério Público é confiado o exercício da perseguição penal, sendo do seu encargo o procedimento preparatório. O art. 250 preceitua que, na procura da verdade, o Ministério Público deverá praticar todas as diligências pertinentes e úteis para determinar a existência do fato, com todas as circunstâncias de importância para a lei penal, e de seus participantes, procurando sua identificação e conhecimento das circunstâncias pessoais que sirvam para valorar sua responsabilidade ou influam em sua punibilidade, verificando também o dano causado pelo delito, ainda quando não se tenha exercido a ação civil.

Os poderes do Ministério Público para os fins de investigação são consignados no art. 261, que prescreve poder de o referido órgão exigir informações de toda pessoa e de todos os funcionários públicos, estabelecendo prazo, conforme as circunstâncias do caso, e praticar, por si ou determinar a sua prática por funcionários públicos, qualquer classe de diligências. Os funcionários públicos em geral se obrigam, consoante a disposição sobremencionada, a satisfazer o requerimento ou a determinação do Ministério Público.

A polícia, quando da investigação prévia, não perde a sua subordinação hierárquica, mas pratica os atos do inquérito, sob a subordinação e a supervisão do Ministério Público, destinatário da aludida pesquisa, como *dominis littis*. O art. 74 do Código Modelo preceitua que os funcionários da polícia administrativa, enquanto cumprem atos de polícia judicial, executam suas tarefas sob supervisão direta do Ministério Público e deverão executar suas ordens, sem prejuízo da autoridade administrativa a que estão subordinados.

Pelo citado Código Modelo, os integrantes da polícia não podem recalcitrar em suas funções, tendo em vista o poder disciplinar do superior hierárquico do Ministério Público, a quem compete, segundo o art. 76, a imposição da pena de suspensão e de multa de até 25% do salário.

A sensibilidade jurídica dos mais destacados juristas que compuseram o comentado Código Processual Modelo conduziu à conclusão de que deve ser eliminada a investigação policial, durante o inquérito, pois sempre constituiu ato que propiciou a tortura. O art. 48 nega à polícia tal faculdade: “A polícia não poderá interrogar autonomamente o imputado.” Já o art. 47 prevê o depoimento do investigado nos seguintes termos: “Durante o procedimento preparatório, o imputado prestará declaração perante o Ministério Público, quando o mesmo pedir, com-

parecendo espontaneamente, ou quando o ordenar o Ministério Público, sempre na presença de um defensor.”

As legislações mais avançadas têm seguido essa tendência de conceder ao Ministério Público o encargo da investigação. Na Itália, os arts. 326 e 327 do *Codice di Procedura Penale*, de 1988, atribuem ao Ministério Público a direção da *indagine preliminare*. Da mesma forma, o Código de Processo Penal de Portugal, de 17 de fevereiro de 1987, em seu art. 53, atribui ao Ministério Público a direção do inquérito, ambos seguindo a lei processual penal alemã (§§ 158 a 177 da StPO).

2.3 O princípio acusatório

Enrique Vescovi divide os princípios fundamentais do processo em dispositivo e inquisitivo. A diferença entre ambos reside no poder de iniciativa processual. Pelo princípio dispositivo, reserva-se unicamente à parte, e nunca ao órgão jurisdicional, a iniciativa do processo, seu exercício e renúncia dos atos processuais. Diferentemente, no inquisitivo, reserva-se ao Poder Judiciário a investigação e a atuação processual autônoma. Segundo o referido autor, um processo é dirigido pelo princípio dispositivo quando as partes podem iniciá-lo livremente e têm a disponibilidade deste e de seus atos, enquanto a regência pelo princípio inquisitivo confere ao Judiciário a iniciativa da investigação e da decisão, sem sujeição a limites fixados pelas partes.

No processo penal inquisitivo domina o postulado da *oficialidade*, enquanto o dispositivo é determinado pela *acusação*, regendo-se pelos aforismos romanos de *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iure ex officio*.

No processo dispositivo predomina o entendimento segundo o qual não pode haver exercício jurisdicional sem sua natural provocação por meio da ação. Esse impulso que é exercido pela parte delimita o poder de julgamento, segundo as fronteiras estabelecidas inicialmente e conforme o princípio da congruência.

Nas legislações que se seguiram ao Iluminismo, a parte do impulso processual penal deixou de ser privada para constituir-se em “parte pública”, com a denominação de Ministério Público¹⁵. Assegura-se a duplicidade de juízo, o juízo de proposição e o de julgamento, dividindo-se a perseguição em duas fases e consagrando o princípio acusatório do tipo misto.

Essa constitui a direção histórica do pensamento processual, que inclui a investigação prévia entre as atribuições do Ministério Público, a exemplo do recente Código de Processo Penal Italiano de 1988, que consigna sobredita atribuição, conforme escólio de Permaria Corso: “*In aderenza alla scelta del rito accusatorio il pubblico ministero diventa il dominus del*

¹⁵ Desta substituição participa o pensamento de Carnellutti: “Só em processo penal, pela diferença do processo civil, face à diversidade do *remédio*, a pretensão não só pode, quanto deve ser formulada pelo Ministério Público; ainda que o direito o afirme a parte lesionada, convém que a sua afirmação se associe (se bem que às vezes de maneira formal) ao Ministério Público. Isto significa, em última análise, que a lei não confia na parte, não só para a atuação da pena, mas sequer para mover o processo dirigido a ela. Isto ocorre porque o processo penal, tanto na fase executiva, como na fase de conhecimento, é um instrumento perigoso, que deve ser manejado unicamente por aqueles a quem a lei defere esse ofício; e ainda por isto mesmo com a máxima cautela” (*Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970. v. 2, p. 63).

procedimiento preparatorio e deve compiere tutti gli atti necessari (art. 68) per accertare la verità e, ove nel caso, esercitare l'azione penale.”¹⁶ Para o referido autor a polícia judiciária deve estar subordinada ao Ministério Público, sem prejuízo da subordinação hierárquica a que está submetida¹⁷.

A atualidade das funções do Ministério Público é bem descrita por Roxin¹⁸, professor de Direito Processual Penal, na Alemanha. Ele se fundamenta nos motivos jurídico-políticos que desencadearam a criação do órgão, desde o 2º Reich. Para ele, a primeira razão de criação do Ministério Público foi a abolição do “processo inquisitivo antigo”, que reunia em uma só mão, a do juiz, as atividades de perseguir e de julgar. Ao ser transmitido ao Ministério Público, no procedimento preliminar, a reunião do material probatório, garantiu-se ao Judiciário a independência para julgar.

A segunda razão, diz o eminente professor, foi dotar o processo penal de um “funcionário objetivo da instrução”. Para ele, o Ministério Público não constitui apenas parte na relação processual, mas *custos legis* ou fiscal da lei. Isso significa que a sua função consiste em zelar pelo acusado, desenvolvendo todo o procedimento de reunião da prova, ao mesmo tempo que vela por todos os direitos processuais da parte investigada. Esse é o mais nobre atributo da função ministerial, porque, ao exercer uma função antidemocrática de repressão, resguarda ao mesmo tempo seus postulados democráticos. Distingue onde há a violação da lei, para que haja observância da lei não violada, a favor do indiciado. Dimensiona a extensão da norma violada, para que as normas não violadas constituam direito do acusado.

Finalmente, diz Roxin, a terceira razão de criação do Ministério Público reside no *controle sobre a polícia*, que ele considera inerente ao Estado de Direito. Sob tal aspecto o sobredito professor alemão cita Savigny, para quem a política criminal deve ser posta sob a direção do Ministério Público, subordinando as suas atividades ao fiscal da lei. As lesões jurídicas, afirma Savigny, atribuídas aos agentes policiais, durante as investigações preliminares, poderão ser remediadas dando-se uma base jurídica a essas investigações, tarefa que deve ser atribuída ao Ministério Público, solução esta que daria à instituição maior consideração aos olhos do povo¹⁹. Segundo o provento jurista, o Ministério Público é concebido como uma coluna do Estado de Direito e ponto de apoio da *liberdade política*.

Para o professor alemão, uma instrução judicial prévia é juridicamente inaceitável. Isso porque, segundo o princípio da imediatidade que domina o processo penal, se o juiz depende da instrução contraditória que dirige, para proferir decisão, o Ministério Público depende, para formação de seu juízo de propositura, da reunião, por si, de elementos para sua convicção, não sendo aceitável que não dirija a coleta desses elementos²⁰.

Com fundamento na função de *custos legis* (*Wächter der Gesetze*), Maier qualifica a atuação essencial do Ministério Público como sendo a de

¹⁶ CORSO, Piermaria. *Atti e punctioni dei soggetti processuali nel Codice Procesal Penal*. p. 60.

¹⁷ *Ibidem*, p. 62.

¹⁸ ROXIN, Claus. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC. p. 40.

¹⁹ *Ibidem*, p. 42.

²⁰ *Ibidem*, p. 44.

“controlar a polícia para que seus procedimentos se ajustem às regras do Estado de Direito, de modo que os funcionários da polícia criminal, mais inclinados a violações jurídicas contra o imputado, durante a investigação, se submetam à supervisão e ordens do Ministério Público”²¹.

O Ministério Público moderno, como fiscal da lei, atributo que qualifica a sua atividade como democrática, por acusar e defender, não surgiu de concepção isolada. O absolutismo monárquico, ao se transformar em República, converteu o *Estado-propriedade* em *Estado-Nação*²², e o antigo advogado do rei se transformou em advogado do povo, na defesa dos interesses anônimos e democráticos. Daí, a existência do Estado Democrático implicar fortalecimento do Ministério Público. Isso porque, no Estado de Direito não pode haver investigação a não ser por órgão comprometido com o princípio nuclear da legalidade.

O problema que domina o pensamento alemão atual é a preservação do Estado de Direito, quando da realização da *justiça retributiva*. Para tanto, nem a investigação, a promoção ou o julgamento podem depender, em nenhuma circunstância, de outro Poder (o Executivo)²³. Uma das dificuldades, entretanto, encontrada é a subordinação da polícia criminal. Pelo alvitre de Roxin, com base em conclusões da Associação Federal de Juízes Alemães, a recepção inicial da prova deveria ser efetuada por intermédio de um *exame cruzado* (*wechsel Verhor*) do Ministério Público e da defesa. E, nesse passo, ante a impossibilidade de separar a polícia criminal, em sua totalidade, do resto da polícia e incorporá-la ao Ministério Público, a proposta mais razoável seria a subordinação ao Ministério Público de uma parte dessa polícia, que ficaria sujeita ao poder único de instrução do fiscal da lei, que poderia conduzir a investigação, segundo suas diretrizes.

Atualmente, não é mais possível contornar o caminho histórico da democracia, que só alcança a sua plenitude com o afastamento do Poder Executivo da realização da Justiça repressiva, para que sejam preservados os direitos fundamentais da pessoa humana, sob o pálio dos princípios da igualdade e da legalidade.

Além de que a titularidade policial da investigação é retrocesso histórico, atentado aos princípios da *DEMOCRACIA*, pois subordina o processo penal e a justiça retributiva ao Poder Executivo. Tanto que, com a proposta de Emenda Constitucional nº 151-A/95, em tramitação no Congresso Nacional, o Brasil se posiciona na contramão da história.

Não se defende o aprimoramento da instituição pública por corporativismo, mas pelos fundamentos da evolução histórica, que se dirigem ao aperfeiçoamento e crescimento do *ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*.

²¹ MAIER, Julio B.J. *El Ministerio Publico en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC. pp. 30-31.

²² Crossman definiu “nação” para estabelecer a conexão entre “nação moderna” e “Estado Moderno”. Segundo ele, tem-se por Nação “um povo que vive sob um único governo central, suficientemente forte para manter sua independência frente a outras potências”. E inclui no conceito de Estado-Nação os atributos de nacionalismo e democracia (CROSSMAN. *Biografia do Estado Moderno*). Pode-se acrescentar a soberania, no sentido de o poder de legislar pertencer ao povo, sem escamoteação.

²³ Há um trabalho de um autor italiano, G. Ghezzi, intitulado *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, que defende a eleição direta do procurador-geral pelo povo. Já Nicolò Zanoni, também italiano, publicou uma obra, *Pubblico Ministero e Costituzione*, na qual sugere a escolha do procurador-geral por eleição do Parlamento (Milano: CEDAM, 1996. p. 164). Calamandrei defendeu, perante a Assembléia Constituinte Italiana, idêntico projeto, de eleição pelo Parlamento, trabalho apresentado em 1983 pelo socialista Craxi à direção do partido.