

Absolvição criminal pelo Ministério Público

Cândido Furtado Maia Neto

candidomaia@uol.com.br

Falta de justa causa, trancamento da ação penal sem decisão de mérito

Direitos Humanos e os princípios *nulla culpa sine iudicio* e *nullum iudicium sine accusatione*, frente a um Poder Judiciário moderno no Estado Democrático

*“Felizes os famintos e sedentos de justiça, porque serão saciados” **Bem-aventuranças***

*“É tão difícil chegar ao Céu como fazer Justiça” **Voltaire***

*“Não há Justiça sem Deus” **Rui Barbosa***

Primeiro se faz necessário esclarecer que o presente ensaio jurídico não possui nenhuma pretensão de enfrentar ou retirar legitimidade do Judiciário; pelo contrário, é fazer com que o Poder Judiciário se engrandeça ainda mais, que aumente a credibilidade popular de seus magistrados no instante em que a justiça criminal se realize com mais transparência e imparcialidade.

É preciso dar a real e correta efetividade ao sistema penal acusatório democrático e constitucional, implementado pela Carta Magna de 1988, porque até os dias de hoje a práxis jurídico-penal processual continua sendo flagrantemente inquisitiva. Um absurdo para os tempos atuais frente a vigência das cláusulas pétreas fundamentais e dos princípios de Direitos Humanos.

Quando o Ministério Público delibera pela absolvição, significa o mesmo que “retirar a acusação”, em outros termos, o mesmo que a desistência da ação penal, por ilegitimidade de causa, carência de pressupostos processuais e falta de interesse estatal para continuar com a *persecutio criminis*. Tranca-se a ação penal, porque o órgão ministerial não pretende mais exercitar o *ius perseguendi* e o *ius puniendi*. Assim por razões de justiça, lógica, coerência, racionalidade e correta aplicação da lei, resta ao Poder Judiciário encerrar a ação penal, em nome dos princípios da imparcialidade e do *no iudex ex officio*.

Nesta hipótese, não se aplica o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, mas sim os princípios *nulla culpa sine iudicio* e *nullum iudicium sine accusatione*, visto que o Ministério Público é o *dominus litis* e titular exclusivo da *persecutio criminis*.

Em certos casos o Estado deve e pode renunciar ou dispor da ação penal, por critérios de justiça ou justificadores para o exercício da prestação jurisdicional, no modelo acusatório penal democrático.

Pleiteada pelo Ministério Público a absolvição do acusado, implica na desnecessidade de julgamento de mérito pelo Poder Judiciário - julgamento antecipado da lide a exemplo do disposto no art. 267 do CPC: quando o autor desistir ou retira a ação; quando se verificar ausência de pressupostos legais ou quando não concorrer qualquer das condições da ação. Decisão judicial declaratória de extinção do feito, por falta de legitimidade de causa, do interesse de agir e de pressupostos processuais como condições indispensáveis para a ação penal, nos termos do art. 647/648 do Código de Processo Penal.

A sentença de mérito de absolvição pelo Poder Judiciário somente é possível quando o Ministério Público requerer a procedência da ação penal e o magistrado entende o contrário, ou seja, pela improcedência da acusação, por carência de provas, negativa de autoria ou existência de causas excludentes de ilicitude, “ex vi” do art. 386 CPP.

A prova incumbe a quem acusa - ao Ministério Público -, *sine probatione, sine accusatione, nullum iudicio, e nulla poena*. Somente o órgão encarregado da acusação possui legitimidade para *ex officio* para deliberar pela falta de interesse na continuidade do feito.

Ao se definir a correta postura institucional do Ministério Público coloca-se no escanteio a mera e retrograda função única de acusar, marcando assim posição contra o império do abominável sistema inquisitivo. A missão sublime, una e indivisível do Ministério Público como instituição de defesa das garantias judiciais e do sistema penal acusatório democrático faz do representante do *Parquet* um verdadeiro *Ombudsman* dos Direitos Humanos.

Note-se. No passado, época do Brasil imperial por exemplo, os representantes do Ministério Público denominavam-se Promotores Públicos, uns eram escalados para promover a acusação ou a ação penal pública e outros designados para desempenhar a tarefa de defender o réu no processo-crime, daí a origem das expressões “advogado de acusação” e “advogado de defesa”.

Deve-se observar no sistema democrático acusatório o princípio da ampla defesa e do contraditório, como expressa o artigo. 5º inciso LV da Constituição federal: “**aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**”. O que significa que tanto na fase investigatória, na polícia, como na instrução criminal em juízo, se faz obrigatório o respeito a ampla defesa e ao contraditório, onde todos os acusados possuem direito de defesa, e o *onus probandi* incumbe a quem alega, ou seja, ao agente ministerial, encarregado exclusivo da acusação, no sistema legal pátrio vigente.

Com a falta de provas de fato ou de direito não está autorizado o *decisium* condenatório, pois na dúvida sempre prevalecem os princípios *sine culpa, sine poena* ou *in dubio pro reo*, assim trilha o direito penal democrático, liberal e humanitário. O búsilis para a solução da culpabilidade resulta em favor do agente.

Ninguém pode ser declarado culpado sobre a base de probabilidade. O *verdicto* de culpabilidade precisa ser certo e verdadeiro; portanto, probabilidade é subjetiva, tudo que se refere a um evento passado, assim sendo tal situação significa que as informações - provas constantes nos autos - são incompletas, razão pela qual desautoriza o juízo de condenação, pois os fundamentos são parciais e não totais, nem absolutos e nem objetivos. O que logicamente é provável está acompanhado de dúvidas, de crença e não coroado de verdade. A probabilidade no procedimento criminal atropela a certeza e conduz a injustiças. A opinião interpretada por uma suspeita não é correta porque tem como base a evidência, esta por si só não produziu suficiente informação que autorize acusar, condenar ou responsabilizar.

Não há que se falar em prova concreta e objetiva quanto não há conhecimento e intencionalidade de fraudar a lei, em cada caso *sub examine* - na forma dos incisos i e ii do art. 18, art. 20 e art. 23 todos do código penal, no que se referem ao dolo, a culpa, ao erro de tipo e as excludentes de antijuridicidade. A constituição do tipo penal, conforme adoção da vigente sistemática criminal pátria exige para a configuração do delito tais elementos – normativos, objetivos e subjetivos -, de acordo com a Teoria Finalista da Ação; portanto, se assim não restar provado, descaracterizada queda toda e qualquer irrogação penal (a denúncia).

Não havendo prova para condenar nos termos da exordial, o Ministério Público deve deliberar pela declaração de trancamento da ação penal, não sendo necessário o julgamento de mérito nos termos definidos no inciso vi, do artigo 386 do Dec. lei n.º 3.689/41, **por não existirem provas suficientes.**

O Ministério Público é a instituição estatal, no âmbito da administração da justiça, essencial à prestação jurisdicional, possuidora da titularidade da promoção da ação penal pública, *ex vi* do art. 129, I da Carta Magna. E durante toda a *persecutio criminis* – instrução criminal - continua na condição de titular privativo da ação penal, para dispor da mesma ante as provas de acordo com o princípio do livre convencimento de cada um de seus agentes.

Ressaltamos que o princípio da disponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal no direito criminal moderno não é mais absoluto. A doutrina, a literatura, a legislação e a jurisprudência mais avançada tem se manifestado por sua relatividade, para a melhor e mais democrática solução dos casos *sub judice*, permitindo-se a utilização de princípios gerais humanitários e adequados ao sistema instituído pela República Federativa do Brasil (art. 1º “*caput*” CF). O órgão estatal encarregado da promoção da ação penal – Ministério Público -, é aquele que define a política criminal oficial do Estado, em base a cada caso *in concreto*.

Nesta linha de raciocínio deve o Ministério Público atuar primeiro com estrita consideração aos princípios reitores de uma boa política criminal, por exemplo, em atenção a insignificância da lesão, a economia e celeridade processual, a utilidade do movimento da máquina judiciária, sem contudo ferir o princípio mor da legalidade.

As Nações Unidas aprovou as Diretrizes Básicas para a Função do Ministério Público, de 1990, na cláusula 18 encontramos expresso as alternativas para o processo crime; a saber: “*De acordo com a sua legislação nacional, os magistrados do Ministério Público examinam com toda a atenção a possibilidade de renúncia aos procedimentos judiciais, de pôr termo aos processos de forma condicional ou incondicional ou de os transferir para fora do sistema judiciário oficial, respeitando plenamente os direitos do ou dos suspeitos e da ou das vítimas. Os Estados devem, para esse fim, examinar atentamente, a possibilidade de adotar métodos de transferência dos casos presentes aos tribunais não só para aligeirar a pesada carga de processos que lhes estão distribuídos mas também para evitar o estigma criado pela detenção antes do julgamento, a formação da culpa e a condenação e os efeitos perniciosos que a detenção pode implicar*”.

Fica claro e taxativo que a obrigatoriedade da ação penal pública não é absoluta. A própria lei penal material e formal prevêem o modelo de ação penal pública condicionada. Ampliando-se o presente raciocínio temos que o princípio da oportunidade não deve ser utilizado somente na ação privada, mas em todas as espécies de ação penal, definindo e harmonizando o sistema criminal acusatório democrático, onde vários princípios se inter-relacionam e se integram compondo a estrutura do ordenamento normativo.

O princípio da subsidiariedade no direito penal está ligado ao que se entende por *ultima ratio* das ciências jurídicas, por sua vez a solicitação de condenação e aplicação de pena privativa de liberdade, também se vincula a *ultima ratio* entre as propostas de condenação, para serem utilizadas primeiro ou aferidas as medidas substitutivas e alternativas vigentes no sistema processual-penal brasileiro (art. 43 CP c.c art.5º inc. XLVI, letras “b” a “e”CF).

Também é certo e legítimo afirmar que o *ius persequendi* e o *ius puniendi* pertencem ao Ministério Público, fazendo parte de sua missão institucional e do encargo estatal no sistema de justiça penal. No passado, dizia-se, o *ius puniendi* é função do Poder Judiciário. Hoje não é mais correto tal assertiva, visto que o Ministério Público é titular da ação penal, com exclusividade, por isso, tanto se manifesta *ex officio* pelo arquivamento do inquérito policial como pela absolvição do réu. Na

hipótese de discordância por parte do magistrado, resta o envio do feito ao Procurador-Geral, se este tiver o mesmo entendimento exarado pelo agente do *Parquet*, nada mais cabe ao Poder Judiciário. O sistema legal constitucional-processual penal não prevê nenhuma espécie ou possibilidade de recurso ou de revisão da decisão emanada ou homologada pelo chefe supremo do Ministério Público, seja ao nível de justiça estadual ou federal (art. 28 CPP).

O ato jurisdicional de arquivamento do inquérito policial ou de peças de investigação por decisão do Procurador-Geral equivale a uma verdadeira sentença judicial (MAIA NETO, Cândido Furtado, in "O poder político-jurídico-criminal dos chefes supremos do Ministério Público". Jornal Gazeta do Povo; Curitiba-PR/18.01.1993)

Até mesmo a promoção de arquivamento dos autos de inquérito policial pelo Ministério Público de primeira instância, é um ato ou um instituto jurídico *sui generis*, não se enquadra a uma espécie de requerimento, propriamente conhecido que depende de deferimento ou de indeferimento, mas trata-se de uma deliberação ministerial com força de *decisium*, no instante em que o Poder Judiciário não detém competência para arquivar *ex officio*, e tão pouco meios jurídicos para contrariar ou rever a posição homologatória de arquivamento pelo Procurador-Geral, principalmente quando for caso de crimes cuja competência originária é da instância superior (art. 102, I, letras "b" e "c" CF).

A participação do Poder Judiciário na investigação policial ou criminal, no sistema acusatório democrático, é tão somente no sentido de supervisionar os atos na função única de *juiz de garantias*, como tutor dos direitos individuais fundamentais do cidadão, assim vigora nos sistemas de administração de justiça de outros países latino-americanos, a exemplo do Paraguai, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Bolívia, etc.

Destacamos que a figura do juiz investigador já foi considerada inconstitucional, nos termos da Lei nº 9.034/1995 – Organizações Criminosas, por decisão do STF (ADIn nº 1517 – 6. O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9034, de 03 de maio de 1995, Acórdão, DJ 22.10.2004. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil - CF, artigos [129, I e VIII](#) e [§ 2º](#); e [144, § 1º, I e IV](#), e [§ 4º](#). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte). O sistema inquisitivo foi revogado, devendo-se hoje respeitar os princípios da imparcialidade e da inércia do Poder Judiciário.

Incumbe ao Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, em outras palavras, a proteção dos Direitos Humanos, nos termos das Carta Magna federal (art. 127 CF).

A Constituição cidadã denominação dada à Lei Maior da federação brasileira pelo saudoso deputado Ulisses Guimarães, ou o "Texto Verde Superior" que simboliza a cor da esperança nacional, predominante no pavilhão da república, facultou ao Ministério Público o poder exclusivo da *persecutio criminis*, compreendendo desde a fase inicial da investigação até o término da instrução criminal, sem exceção, do primeiro ao último ato jurisdicional afeto ao *Parquet - ab initio, ad unum-*, em face das atribuições legais de *dominus litis* da demanda e proprietário do *ius persequendi* e *ius puniendi* estatal.

No sistema penal acusatório democrático o Poder Judiciário não detém a possibilidade legal de iniciar a ação penal, ou de agir *ex officio* produzindo provas. O art. 502 CPP, foi revogado tacitamente, em parte, pela implantação constitucional do sistema acusatório democrático, por ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório, do encargo probante ministerial, e da

imparcialidade do Judiciário, Não seria legítimo o Poder Judiciário condenar contrariando a tese de absolvição exposta pelo Ministério Público.

A condenação deve ser congruente com a acusação, há que existir íntima co-relação. O juiz não pode decidir *ultra petitem* ou sugerir *emendatio libelo*. Os arts 383/384/385 do Código de Processo Penal, estão revogados, em respeito aos princípios da transparência e da ética. O Estado-Administração-Justiça precisa ser ético, para tal desiderato se faz necessário a imparcialidade total e absoluta do magistrado. A este exemplo temos o conteúdo da súmula 453 do STF: “*Não se aplicam à 2ª instância o art. 384 e parágrafo único do CPP, que possibilita dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude das circunstâncias elementares não contidas explicita ou implicitamente na denúncia ou na queixa*”. Se a instância superior e revisora não está autorizada a dar nova definição do fato delituoso, como permitir o juízo “*a quo*”, que proceda desta forma.

O Poder Judiciário não deve devolver os autos ao Ministério Público para aditamento da exordial, porque é o mesmo que estar acusando antecipadamente e a acusação penal é exclusiva do Ministério Público. Os mencionados artigos encontram-se em choque com os princípios reitores do sistema acusatório. Estes dispositivos se coadunam com o sistema inquisitivo. É incabível o Poder Judiciário produzir provas, seja em nome da paz social, da ordem ou da segurança pública.

O aforismo “*narra mihi factum dabo tibi jus*” esclarece bem a situação “*narra-me o fato e te darei o direito*”, sem o qual não é possível julgar e nem condenar, quando o Ministério Público retira a acusação, ou seja, não menciona ou deixa de considerar fato anteriormente exposto como ilícito.

Após a promulgação da Carta Magna de 5.10.1988, muitos dispositivos da lei processual penal foram revogados, tácita ou expressamente pelo Texto Maior, à luz dos princípios da hierarquia e de respeito à validade das normas, quando em contrário aos direitos e valores fundamentais do homem.

A exigência de cumprimento de Tratados, Convenções e de instrumentos de Direitos Humanos, deve ser a meta principal do Ministério Público, como exemplo, as resoluções dos Congressos Latino-americanos das Nações Unidas para Prevenção e Tratamento do Delinquente; a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU), para não citar outros de grande importância e necessários fundamentalmente à modernização e democratização da administração de Justiça penal.

As garantias fundamentais individuais do cidadão que se vinculam aos indiciados e aos processados, são também chamadas de garantias judiciais como expressa a cláusula 14 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos da ONU (1966), e cláusula 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos da OEA (1969), todas vinculadas ao sistema jurídico-penal acusatório e democrático (MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Direitos Humanos Individuais Fundamentais no Processo Penal Democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso de Poder” - Revista Jurídica da UNISEP – Faculdade de Direito da União de Ensino do Sudoeste do Paraná, pg. 198/215, vol. 1-1, Ago/Dez/2005; - Revista de Estudos Criminais, nº 21, Ano VI, Janeiro-Março, 2006, PUC/ITEC, Porto Alegre/RG; - Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, v.7 nº 37, abril-maio/2006, São Paulo-SP, pg. 64/85; - www.tribunadajustica.com.br (maio/junho-2006); e - www.anadep.org.br (agosto/2006) Associação Nacional dos Defensores Públicos; Revista da OAB – Conselho Federal, ano XXXVI, nº 83, jul/Dez, 2006, pg. 29, Brasília-DF).

O respeito a dignidade da pessoa humana e aos princípios gerais humanitários é tarefa primordial do Ministério Público, para a efetivação do tratamento isonômico perante a lei, ante a proibição de distinção de sexo, raça, profissão, cor, religião ou *status* social dos acusados, nos termos do art. 5º

“*caput*” e inc. I da CF, combinado com os instrumentos internacionais das Nações Unidas referentes a proibição de discriminação racial, religiosa, social, contra a mulher, etc.

Devemos pensar também que a Lei federal n. 7.209/84 (Código Penal - Parte Geral) adotou a teoria finalista da ação, onde o dolo não mais pertence a culpabilidade (revogando a teoria causal), e passa a integrar a tipicidade da infração como elemento constitutivo do delito; assim cabe aos representante do Ministério Público examinar por completo o ato ilícito, em tese, e a intenção do agente, quando da *imputatio delicti* ou do pedido de arquivamento.

A instituição do Ministério Público assemelha-se a um verdadeiro Poder Fiscalizador do Estado, em alguns países como Espanha e Portugal, seus representantes também são denominados de magistrados, por isso, Garsonnet, já a muito tempo disse que os juízes são a magistratura *assise* – sentada e inerte a espera de provocação –, e os representantes do Ministério Público, são os magistrados *debrot* - de pé - que impulsionam a "maquina" judiciária ao postularem ante os Tribunais a correta e justa aplicação da lei.

O Ministério Público controla externamente os órgãos de segurança pública (a polícia judiciária estadual, federal e militar), ao mesmo tempo é fiscal da correta aplicação da lei pelo Poder Judiciário. Trata-se do sistema de peso e contra-peso, de freios e medidas democráticas para a harmonia da administração de justiça, sem contudo ferir a autonomia e a independência entre órgãos, instituições e Poderes estatais. O parágrafo único do art. 1º e o art. 2º da Carta Magna expressam: “*todo poder emana do povo*” ...“*são independentes e harmônicos entre si*”.

Se não existe acusação não se tem processo e por conseqüência inexistente jurisdição, em outras palavras não há poder de julgar.

No Estado de Direitos Humanos, como pregava o renomado e saudoso prof. Alessandro Baratta, deve-se respeitar os princípios intra-sistemáticos de limitação formal: a reserva legal, a taxatividade, a irretroatividade, a supremacia lei penal e a representação popular; princípios de limitação funcional: resposta não contingente, proporcionalidade abstrata, humanidade, idoneidade, subsidiariedade, proporcionalidade concreta, autonomias culturais, etc.; como os princípios de limitação pessoal ou de responsabilidade: imputação pessoal, responsabilidade pelo ato, exigibilidade social de comportamento alternativo e avaliação das possibilidades de conduta diversa; ademais dos princípios extra-sistemáticos: de descriminalização - intervenção útil, reducionismo penal, politização dos conflitos, conservação das garantias formais e fundamentais do regime democrático e do devido processo legal -, além do princípios metodológicos de construção alternativa de conflitos, para se alcançar a verdadeira justiça.

Também o mestre argentino E.R.Zaffaroni, apresenta os princípios limitativos do Estado de Direitos Humanos como norte para a melhor e mais correta interpretação e aplicação da lei pelos agentes do Ministério Público, a saber:

- Princípio de legalidade: limitativo da natureza e da classificação; formal constitucional: tipo normativo material e formal (juízo natural);
- Princípio da máxima taxatividade legal: interpretação restritiva e analogia *in bonam partem*;
- Princípio de respeito histórico no âmbito legal do proibido: direito consuetudinário - descriminalização de fato ou tácita e *abolitio criminis*;
- Princípio da irretroatividade da lei penal por derivação da legalidade e do estado de direito;

- Princípio de leis anômalas descriminalizatórias e mais benignas: leis de anistia e aquelas que apagam o delito e os efeitos da condenação;
- Princípio da retroatividade da jurisprudência: jurisprudência obrigatória e súmulas vinculantes mais favoráveis;
- Princípio da lesividade: só quando ofende concretamente um bem jurídico;
- Princípio da proporcionalidade mínima: insignificância da lesão;
- Princípio de intranscendência: individualização da pena para os efeitos da acusação, do processo, da pena e da prisão;
- Princípio de humanidade: proibição de aplicação de penas cruéis em concreto, até as permitidas, respeito ao direito constitucional e internacional;
- Princípio proibição dupla punição: *non bis in idem*, duplo processamento, dupla acusação, dupla investigação, dupla penalização, ante a teoria geral do ordenamento jurídico;
- Princípio da boa-fé e *pro homine*: hierarquia superior das leis onde não se pode limitar os direitos consagrados na Carta Magna e nos documentos de Direitos Humanos;
- Princípio da limitação material: criminalização;
- Princípio da superioridade ética do Estado: quando o Estado de Direito é suplantado pelo Estado de Polícia perde seu nível ético;
- Princípio de saneamento genealógico: história do Direito Penal, racionalizações e interpretações legais deturpadas no tempo e no espaço; e o
- Princípio de culpabilidade: exclusão por mera acusação – irrogação -, presunção de inocência, caso fortuito ou força maior, e a inimputabilidade penal (MAIA NETO, Cândido Furtado, in *Notáveis do Direito Penal*, artigo pg. 67 e segts, Ed. Consulex, Brasília-DF, 2006).

Os princípios e as cláusulas de Direitos Humanos valem mais do que os artigos de lei – ex. código penal e de processo penal -. O Dec. lei nº 3.689/41, estabelece que em todo território brasileiro o processo penal rege-se pela norma adjetiva, ressalvado os Tratados e as Convenções de direito público internacional (art. 1.º, inc. i). Já decidiu o Pretório Excelso, na hipótese de conflito entre lei (ordinária) e tratado prevalece o Tratado (leia-se todos documentos internacionais de Direitos Humanos: STF, HC 58.272, DJU 3.4.81, p. 2854; HC 58.731, DJU 3.4.81 p. 2854).

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ONU -1969) expressa nos artigos 26 e 27: “Todo Tratado obriga as Partes e deve ser executado por elas de boa-fé” (*pacta sunt servanda*); e “uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um Tratado”; inclui-se, nesta hipótese, dentro de um conceito *lato sensu*, também outros instrumentos legais de Direitos Humanos, como: Pactos, Convenções, Declarações, etc. Ademais, a Convenção Americana (OEA) sobre Direitos Humanos, ou o chamado Pacto de San José da Costa Rica (1969), aderido pelo governo brasileiro, no ano de 1992, determina que nenhum dispositivo da presente Convenção poderá ser interpretado no sentido de permitir a supressão, excluir ou limitar exercício de direitos e da liberdade (MAIA NETO, Cândido Furtado in *“Direitos Humanos do Preso”*, ed Forense, Rio de Janeiro-RJ, 1998).

A própria *lex fundamentalis* no parágrafo 2º do artigo 5º dos direitos e garantias fundamentais, dispõe; “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Emenda Constitucional nº 45/2004, art. 5º § 3º CF (MAIA NETO, Cândido Furtado - Direito Constitucional-Penal do Mercosul, ed. Juruá, Curitiba-PR, 2005)

O Decreto-lei n. 3.689 de 1941, em vigor, no seu artigo 3º, expressa: *“a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”*; evidentemente que somente quando favorecer ao acusado. A norma criminal retroagirá em benefício do acusado, regra reitora de direito penal democrático, aplica-se sempre a lei mais benigna, e em caso de dúvida o princípio *in dubio pro reo*, sem prejuízo dos tratados internacionais aderidos pelo governo brasileiro.

Certos axiomas ou máximas latinas fazem parte do sistema penal garantista para a estrita legalidade e efetivação do estado democrático de direito, como assevera o prof. Luig Ferrajoli, esclarecendo muito bem sobre “quando e como castigar” e “quando e como julgar” (*in Derecho y Razón*, ed. Trotta, Madrid, 1989, pgs.353 e sgts, e 537 e sgts), para se pode ter melhor compreensão e a exata noção jurídica do que se estamos propondo neste ensaio monográfico, cito os seguintes princípios:

- *nulla actio sine culpa*;
- *nulla culpa sine iudicio*;
- *nullum iudicium sine accusatione*;
- *nulla accusatio sine probatione*; e
- *nulla probatio sine defensione*.

Quando o juiz de direito discorda da posição ministerial sobre a absolvição, torna-se parcial e assume automaticamente a figura de acusador, que não é admissível no direito acusatório moderno. No passado hediondo, o próprio juiz investigava, tinha o similar papel desempenhado pela polícia, até torturava em nome da justiça e dos interesses do Altar e da Coroa, aplicava penas cruéis, infamantes, degradantes e desumanas, na época dos Tribunais do Santo Ofício; hoje, o Poder Judiciário não detêm mais o ofício de acusar e condenar contrariando a posição do Ministério Público.

O Ministério Público não acusa por acusação no estado democrático depende de provas concretas e absolutas. *“Na dúvida, arquiva-se, tranca-se a Ação Penal ou absolve-se - in dubio pro reo -, e nunca se processa, pronuncia-se ou condena-se - in dubio pro societate - As garantias individuais são direitos concretos que prevalecem ante as abstrações - in dubio pro societate -, estas servem ao direito autoritário, aos regimes antidemocráticos ou aos governos ditatoriais. Não se pode permitir que nos regimes democráticos as abstrações [em nome da sociedade] venham destruir o sistema jurídico humanitário positivo, para dar lugar a um odioso direito repressivo, onde o Estado condena e acusa sem provas concretas”* (MAIA NETO, Cândido Furtado: in “O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos”, ed.Juruá, Curitiba-PR, 2003)

Não há, no sistema penal acusatório democrático a possibilidade do magistrado condenar o réu contrariando a tese ministerial de absolvição, porque torna-se acusador e quebra a regra dos princípios do *onus probandi* e do contraditório, uma vez que não mais existe entre as partes litigantes posições opostas, quando a “acusação” e a defesa expõem a mesma tese.

Mais grave ainda é a ofensa ao princípio da imparcialidade, e sem ela não se pode falar em JUSTIÇA com letras maiúsculas, restando um estado de direito eminentemente formal e ditatorial.

A imparcialidade do Poder Judiciário tem como base o princípio *no iudex ex officio*, não julgar de ofício, pela necessidade de inércia e de provocação para o julgamento de uma causa, se não há acusação é nulo o juízo, princípio *nullum iudicium sin acusación*.

Estamos falando da possibilidade de uma espécie de julgamento antecipado da lide penal, na hipótese do Ministério Público após ter apresentado a denúncia e durante o trâmite da instrução, antes da apresentação das alegações finais, ao interpretar corretamente o direito e verificar todas as provas e circunstâncias fáticas, delibera pelo “retiro da acusação” em nome dos imperativos de justiça.

Quando o Ministério Público solicita a absolvição e o Poder Judiciário não concorda, a única alternativa legal ou “válvula de escape” jurídica será o reenvio dos autos ao Procurador-Geral, em analogia ao disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal. Ao contrário, tendo o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República o mesmo entendimento do magistrado, ou seja, na hipótese do arquivamento ou da absolvição não ser a melhor ou mais correta medida, resta então aos Chefes Supremos dos Ministérios Públicos, estadual ou federal, para designar outro agente ministerial, respeitando os princípios do livre convencimento, da autonomia e da independência funcional; e *in continenti* requerer *ex officio*, nos próprios autos ao juízo da causa que se dê por suspeito ou impedido para desligar-se do feito, solicitando também por ofício ao Presidente do Tribunal para que providencie a substituição do magistrado, designando outro juiz para a dar pleno andamento a causa, em nome dos princípios da imparcialidade e da justiça. Posto que se o mesmo magistrado continuar no processo-crime, de pronto estará viciado o feito pela parcialidade, e esta é antônimo de justiça.

Este seria o sistema legal mais democrático de controle do Ministério Público pelo Poder Judiciário, ademais da possibilidade de haver a responsabilização administrativa do agente ministerial perante os órgãos superiores do *Parquet*, na hipótese de comprovada má-fé ou dolo

Cabe também uma reforma no artigo 28 do Código de Processo Penal vigente, para a participação mais ativa do ofendido, a fim de serem preservados os direitos do sujeito passivo do delito, assegurando-se às vítimas de crimes, na qualidade de titulares do bem jurídico-penal tutelado pelo Estado, uma prestação jurisdicional mais adequada, com o devido, justo e necessário processo legal.

Está previsto na lei penal adjetiva e infra-constitucional –art. 411 CPP -, que quando o juiz absolve o réu nos casos imputação ministerial em crime dolosos contra a vida, cuja competência é do Tribunal do Júri (art 5º, inc. XXXVIII CF), deve recorrer de ofício. Esta regra é incompatível com o direito democrático, trata-se de uma forma de acusação velada, mesmo absolvendo insiste na revisão. Ao poder público cabe a possibilidade de atenuação ou comutação da pena (art. 84, inc. XII CF), cuja competência é do Presidente da República, para se evitar excessos de poder e dar maior desrespeito ao princípio *pro homine*. Para o acusado não se tornar vítima do sistema legal quando imperam e afloram certos abusos legais e processuais ou um estado de polícia latente.

O Poder Judiciário democrático e moderno jamais recorre de ofício quando absolve o réu, porque o princípio *no iudex ex officio* impede. O direito ou a legitimidade para a revisão da decisão judicial é garantia do cidadão que se sente injustiçado, e não do Estado-Juiz, porque seria o mesmo que decidir sem certeza, não ter segurança ou não se conformar com a própria decisão. O disposto no Código de Processo Penal serve ao direito autoritário (Dec-lei nº 3.689/41 - Estado Novo) e não ao sistema acusatório democrático

É ilícita a prova produzida por quem não tem direito ou interesse de agir. O interesse de agir nos crimes de ação penal pública é do Ministério Público e não do Poder Judiciário. Torna-se suspeito e impedido (arts. 112 e 252/254 CPP) o magistrado que se declara a favor desta ou daquela prova, durante a instrução criminal determinando a produção probatória sem o requerimento das partes.

A vítima, ofendido ou sujeito passivo do delito quando participante no processo na qualidade de assistente do Ministério Público, somente possui legitimidade para contrariar o titular da ação penal, quando este propugna pela absolvição, quando existir indícios de má-fé ou prevaricação. Este dispositivo da lei penal adjetiva foi revogado com a entrada em vigência do texto constitucional (art. 129, inc. I CF). O artigo 598 e o parágrafo único do art. 600 do código de processo penal, na época, foram criados para aumentar o poder acusatório e repressivo do Estado, na época do sistema ditatorial ou inquisitivo (CPP – Estado Novo), possibilitando o particular usar de sua influência política e *status* social para somar forças com o Estado-Juiz, tornando ainda mais ferrenha, mais forte, mais drástica e mais cruel a acusação.

O conteúdo do sistema constitucional acusatório não se ajusta com exposição de motivos do código de processo penal (ver exposição de motivos do CPP). Não é lógico e nem lícito a vítima tomar postura vingativa quando o órgão estatal se posiciona pela absolvição. Para a reparação dos danos ou prejuízos resultantes do crime, encontra-se prevista no art. 63 e segts. do CPP, a chamada ação *ex-delicto*, bem como expressam os artigos 186 a 188 e 927 a 954 do Código Civil. A vítima ou o ofendido é assistente do Ministério Público e não da acusação, ademais de não se permitir pelo princípio da legalidade que a vítima detenha faculdades análogas ao do Ministério Público, porque perturba a função jurisdicional e normalidade dos processos criminais.

Vejamos a hipótese da soberania do *veredicto* do conselho de sentença – jurado popular – quando nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida, no exemplo de ser absolvido o acusado de homicídio como delito mais grave existente no sistema legal e no mundo – e o Ministério Público não recorrer, nada pode fazer o Poder Judiciário, mesmo tendo o juiz presidente do Tribunal do Júri entendimento diverso, ou seja, pela condenação.

Falar que o Poder Judiciário por ser o poder do Estado incumbido constitucionalmente para decidir, e que por sua independência não se encontra atrelado à posição absolutória, é deturpar a presente questão. Estamos analisando o assunto em respeito aos princípios reitores do sistema acusatório democráticos à luz de uma administração pública que prima pela divisão de atribuições. Dizer também, que se o Poder Judiciário não tiver a possibilidade de condenar quando o Ministério Público solicita a absolvição, este ficará livre e sem controle, podendo até ocorrer excessos, arbítrios, suspeições e corrupções, não é convincente, por que atos ou ilegalidades podem ocorrer em qualquer setor ou agência estatal. E se desvios de funções se derem resta provar e responsabilizar seus autores nos termos do contido no artigo 41 do Código de Processo Penal c.c. arts. 29 e 59 do Código Penal.

Se o Ministério Público requer a condenação do réu, o Poder Judiciário pode decidir pela absolvição. Trata-se de um sistema de controle legal constitucional à luz dos mandamentos de Direitos Humanos, para sempre proteger, aplicar e interpretar a lei mais benéfica ao acusado, como regra básica do direito penal acusatório e democrático.

Quando a defesa interpõe recurso e o *Parquet* concorda com os mesmos argumentos, exemplo pela diminuição da pena, não cabe aplicar a regra do artigo 599 e 600 do mencionado *Codex*, pois não se trata de contra-razões mas de ratificação das mesmas razões apresentadas. Note-se, também neste caso que não existe o contraditório para ser analisado na 2ª instância, pois o Ministério Público e a defesa possuem o mesmo entendimento sobre o fato *sub examine*. Ao nosso ver já esgotou a função ministerial de 1ª instância, cabe então somente ao representante ministerial de 2ª instância apresentar promoção.

Vejamos por exemplo o sistema jurídico dos Estados Unidos da América, centralizado no direito consuetudinário e na base jurisprudencial (common law) e nas leis (statutory law) que provêm da Constituição de 1789, onde na separação dos poderes, aos tribunais federais e estaduais (U.S. Supreme Court; U.S. Court of Appeals, Court of Appeal, U.S. District Court, y Municipal or Superior Courts) competem demandar uma causa penal por infringência a lei, tendo início a proposta de um funcionário do governo denominado de “prosecution”, membro do Ministério Público, que trabalham nas Procuradorias dos Estados Unidos (Procuradoria da República ou Procuradorias dos Estados, como no Brasil), integrando o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, com observância na Quarta Emenda à Constituição, que protege os direitos individuais dentre eles o direito a um juízo justo. Neste sistema judicial norte-americano existe a delação e o acordo premiado, uma espécie de transação penal, onde o representante do Ministério Público, reduz a imputação, quando o acusado assume a culpabilidade de seu ato, dando conseqüência a aplicação de pena mais branda e o processo penal se desburocratiza através de um procedimento rápido, célere e sumário. Assim os tribunais não dão continuidade a uma demanda e não decidem ao contrário do Ministério Público quando os “prosecutions” solicitam arquivamento, trancamento ou absolvição (ver Cooley, Thomas M., in *“Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América, trad. Ricardo R. Gama, ed, Russel, Campinas, 2002; Hendler, Edmundo S., in “El Derecho Penal en los Estados Unidos de América”, ed. Textos, México, 1992; y “Una Guía Hacia la Capacitación Jurídica”, pub Colegio de Abogados del Estado de California, 1994).*

O Ministério Público é uma das instituições mais sérias, do País e no mundo, sendo respeitada como garantia da cidadania no regime democrático, pois atua em nome dos Direitos Humanos e da Justiça Penal, buscando eficiência e racionalidade, por esta razão já a muito tempo nos manifestamos a respeito da orientação de que o Promotor de Justiça ou o Procurador da República não deve solicitar condenação na denúncia. Pedir condenação no início da ação penal e ao seu término a absolvição, no mínimo configura precipitação, incongruência e desconhecimento das regras exigidas pela justiça penal democrática. (**MAIA NETO**, Cândido Furtado, in *“Por que o Promotor de Justiça não deve pedir a condenação na denúncia”* e *“O Promotor de Justiça advogado da sociedade por excelência”*, trabalho impresso e publicado pelo Departamento de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR, 1987; e *“O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos”*, ed. Juruá, Curitiba-PR, 2003).

Finalizado, ressaltando que não se trata de medir força com o Poder Judiciário, mas da titularidade e da capacidade postulatória como missão institucional do Ministério Público, seja pela absolvição, pela desistência da ação penal por ilegitimidade de causa, por carência de pressupostos processuais, ante o interesse estatal de agir ou de continuar com a *persecutio criminis* e o encargo do *onus probandi*. O Ministério Público é uma instituição independente e autônoma na estrutura da prestação jurisdicional do Estado, incumbida da acusação, com exclusividade.