

A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 385 DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
*THE CONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLE 385
FROM THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE
CODE*

Pedro Henrique Demercian

Procurador de Justiça em SP.

Professor Assistente-Doutor na PUCSP.

Tiago Caruso Torres

Advogado.

Mestrando em Direito Penal e Processual Penal pela PUCSP.





RESUMO

A Constituição Federal consagra o processo penal de estrutura acusatória, que, no entanto, não é incompatível com a previsão de poderes instrutórios do juiz, que, em nosso ordenamento, não é um mero árbitro. A regra do artigo 385 do Código de Processo Penal não guarda relação com a estrutura acusatória do processo e tampouco apresenta conflito lógico com a denúncia. Está ligada aos poderes instrutórios do juiz e à ausência de poder dispositivo do Ministério Público, já que nosso sistema é marcado pela obrigatoriedade e indisponibilidade, o que se evidencia, inclusive, na fase de expansão da própria ação, em grau de recurso. O órgão do Ministério Público não pode, ex vi legis, nem mesmo, desistir do recurso que haja interposto (CPP, art.576). O Ministério Público, titular privativo da ação penal pública (mas não seu proprietário), formula, na denúncia, o pedido que deverá ser posto em julgamento. Naquele momento (denúncia), portanto, ele determina o âmbito de cognição da acusação pelo magistrado, até porque o réu se defende dos fatos imputados na denúncia e esses mesmos fatos circunscrevem os limites do julgamento.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Processo acusatório. Poderes instrutórios do juiz.

ABSTRACT

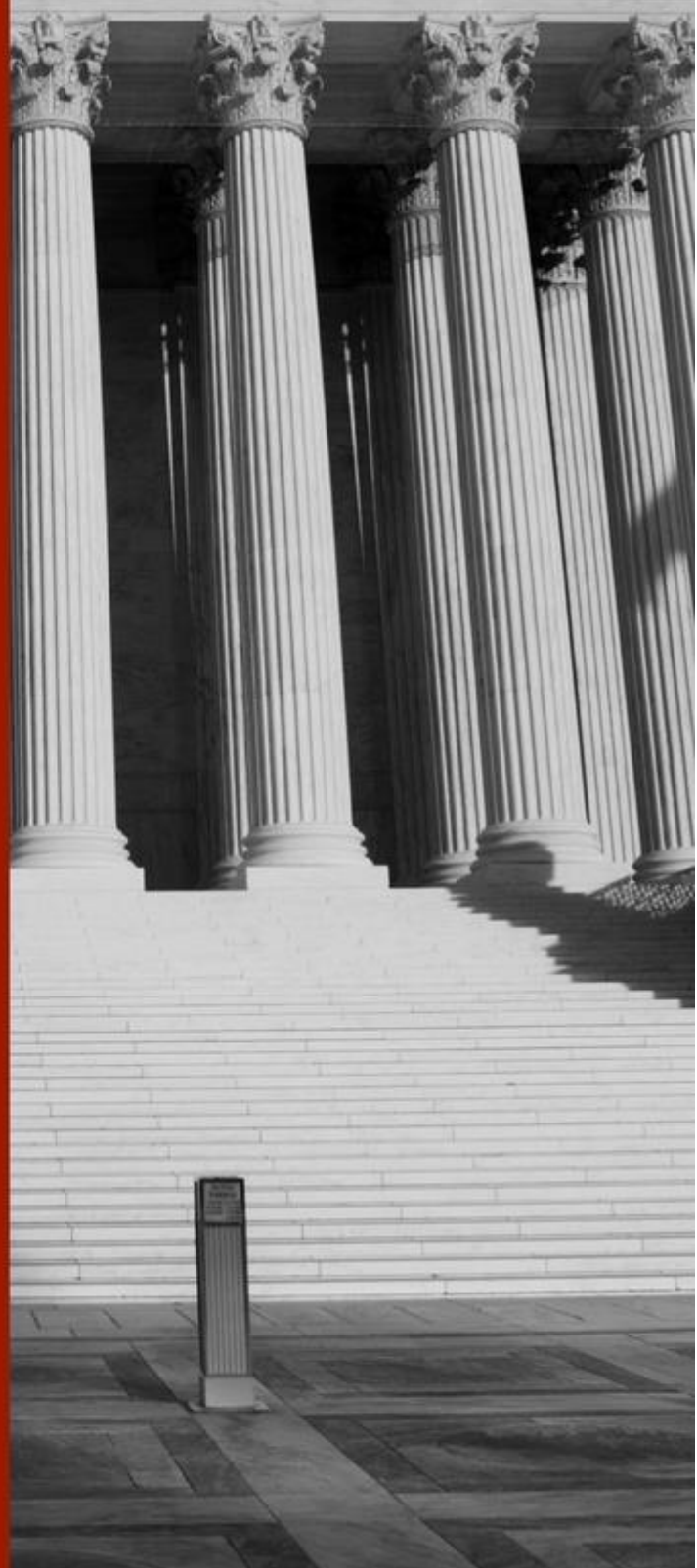
The Federal Constitution establishes the criminal procedure with an accusatory structure, which, however, is not incompatible with the judge's preliminary investigatory powers, which, in our system, is not an adversarial system. The rule of article 385 of the Code of Criminal Procedure is unrelated to the accusatory structure of the process and does not present a logical conflict with the complaint. It is linked to the investigating powers of the judge and to the lack of power of the Public Prosecutor's Office, since our system is marked by compulsion and unavailability, which is evident even in the stage of expansion of the action itself, in the degree of appeal. The public prosecutor's office can not, ex vi legis, not even give up the appeal it has filed (CPP, art.576). The Public Prosecutor, who is the private owner of the public criminal action, formulates, in the complaint, the request that should be put to judgment. At that moment (denunciation), therefore, it determines the scope of cognition of the prosecution by the magistrate, even because the defendant defends the facts imputed in the complaint and those same facts circumscribe the limits of the judgment.

Keywords: Criminal Procedure Law. Accusatory system. Judge's preliminar investigatory powers.

SUMÁRIO

1. Introdução.
 2. O processo acusatório e os poderes instrutórios do juiz.
 3. Fundamentos da acusação de natureza pública.
 4. Os fundamentos do artigo 28 do código de processo penal.
 5. Conclusões.
- Referências.

UNDER LAW



1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em processo penal acusatório e, como consequência, a tripartição de funções, é cogente a análise do monopólio da ação penal, inscrita no art. 129, I, que atribui ao Ministério Público o poder privativo de exercer, na forma da lei, a ação penal pública.

Como o objeto da presente reflexão tem assento na própria *Lei Fundamental da República*, para sua correta abordagem é preciso, antes de tudo, buscar-se o sentido de sua colocação na Constituição Federal e as relações que ele intimamente guarda com o garantismo que a influenciou decisivamente. Além disso, as regras que norteiam o processo só operam com validade no mundo jurídico quando atendam de maneira imperiosa aos mandamentos da Lei Maior.

Portanto, na formulação da estrutura da presente reflexão, buscou-se, desde logo, a análise, antes de tudo, do sistema de estrutura acusatória e, a partir desse preceito intimamente ligados ao monopólio da ação penal pública, dar embasamento à questão de fundo.

2 O PROCESSO ACUSATÓRIO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

2.1 Introdução: processo acusatório

A atividade jurisdicional que se desenvolve visando a descoberta da verdade real e, em última análise, a aplicação da sanção àquele que praticou o fato infringente da norma penal incriminadora, é concretizada no processo. São três os sistemas estruturais de processo: o acusatório, o inquisitivo e o misto, delimitados por características muito particulares.

É bem verdade que a regulamentação dos processos apresenta diferenças sensíveis de País para País, de época para época, o que não impede, contudo, sua classificação, tendo-se em conta, principalmente, suas peculiaridades e traços distintivos¹.

No sistema acusatório, que é o que mais diretamente interessa à presente tese, as funções de acusar (pública ou privada), defender e julgar são incumbidas a diferentes pessoas. A apreciação das provas incumbe a um juiz imparcial que deverá necessariamente fundamentar sua decisão, de acordo com o bom senso, a experiência e os elementos informativos coligidos pela acusação e pela defesa. Consagra-se, portanto, o método da persuasão racional.

¹ Nesse sentido, ver Conso (1985).

É certo, de todo modo, que, na medida em que se diminuem os poderes “de ofício” do juiz, vedando-lhe, v.g., a iniciativa da ação – ou qualquer outro procedimento persecutório – mais nos aproximamos do *sistema acusatório puro*² (ALMEIDA, 1938, p. 31).

Em nosso país, principalmente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 (que revogou os chamados procedimentos judicialiformes), adota-se, em tese, um processo de estrutura acusatória³.

Há separação clara nas funções de acusar, defender e julgar; é garantida a igualdade de partes presença de um juiz imparcial⁴. Estabelece-se, enfim, o *actum trium personarum*.

Na precisa observação de Hermínio Alberto Marques Porto (1995, p. 206), a preocupação de se reforçar o sistema acusatório, no âmbito do anteprojeto Frederico Marques, podia ser sentida no aparelhamento do Ministério Público; no reforço das garantias constitucionais para o pleno e efetivo exercício do direito de defesa e, também, na revogação dos chamados procedimentos de ofício, colocando-se o juiz numa situação de equidistância em relação às partes.

Portanto, é inerente a um autêntico sistema acusatório, a investigação prévia incumbida à Polícia Judiciária que, funcionando como órgão auxiliar do juízo e do Ministério Público, reúne num inquérito policial uma série de informações que devem servir, exclusivamente, para a formação do convencimento do *dominus litis* quanto à viabilidade da ação penal. Essa fase “prepara a persecução penal que vai ser levada a juízo por meio da ação penal” (MARQUES, 1965, v. 1, p. 189). É ínsita a um processo de estrutura acusatória a necessária previsão do contraditório, como será analisado a seguir. De todo modo, parece importante salientar, desde logo, que não se pode confundir sistema acusatório e contraditório.

Convém assinalar, outrossim, que o nosso sistema acusatório não apresenta afinidade, quanto à iniciativa instrutória do magistrado, com o chamado *adversarial system*, que

² Também, nesse sentido, ver Carnelutti (1933, v. 2, p.355-356).

³ Atento a esse importante aspecto, a chamada minirreforma processual penal de 2008, deu nova redação ao artigo 384 do CPP, tornando defeso ao juiz, de ofício, alterar a acusação. Elidiu-se do sistema, portanto, a cognominada *mutatio libelli sem aditamento*, que autorizava ao magistrado a alteração da imputação, quando a pena final a ser aplicada não fosse superior àquela do delito originariamente denunciado.

⁴ Como se verá mais adiante, a imparcialidade do juiz não é incompatível com o uso de suas faculdades instrutórias. Como salienta José Carlos Barbosa Moreira (1989, p.48), no momento em que o juiz determina uma diligência, não lhe é dado adivinhar o êxito, que poderá beneficiar a este ou àquele litigante, ou seja, “[...] se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro”. Em outras palavras, qualquer que seja a sua postura, o magistrado acabará favorecendo uma das partes.

predomina no direito anglo-americano, embora ali não seja adotado, atualmente, na sua plenitude e inteireza.

O sistema *adversarial* – que efetivamente não representa um contraponto ao processo de estrutura acusatória⁵ – é plasmado sobre a premissa de que a verdade é mais facilmente descoberta quando há duas partes em litígio e cada uma delas conduz a própria investigação, apresentando diferentes teorias sobre a lei e sobre o caso concreto ao tribunal. Neste sistema o juiz é efetivamente neutro e inerte, só intervindo quando a lei assim o determina ou, por outro lado, quando é solicitado por uma das partes.

Na verdade, como já se disse, o sistema adversarial não é empregado na sua pureza no direito norte-americano (GRINOVER, 1999, p. 71-79)⁶, pois dos juízes se espera a supervisão do procedimento para assegurar a efetiva justiça (*fairness*) (HALL, 1996, p.270-271).

Esse modelo processual conta, nos Estados Unidos, com muitos críticos. Seus detratores argumentam que a verdade não é encontrada porque o sistema encoraja as partes a apresentar narrativas deturpadas, enganosas e, não raro, inverídicas sobre fatos.

O *adversarial system* é também acoimado injusto, pois, embora esteja baseado na teoria de que haverá duas partes em igualdade de condições, essa premissa é questionável, já que dependerá das habilidades específicas do advogado e do promotor, além do seu próprio aparato e força de investigação. Pondera-se, por exemplo, que os órgãos estatais incumbidos da persecução estão mais bem aparelhados do que os acusados, o que torna irreal aquele ideal de igualdade de condições (HALL, 1996, p.280; LAFAVE; ISRAEL, 1992, p.36).

No *inquisitorial system*⁷, por outro lado, o processo não é encarado como uma disputa, mas sim como uma indagação, uma perquirição, na qual a corte é instada a reunir elementos de prova e, de maneira independente, avaliá-las e proferir o julgamento.

Nesse sistema não interessa, por exemplo, se o acusado admitiu ou não a culpa, ou o que o promotor ofereceu em troca. O procedimento pode ser conduzido indiferentemente à atitude ou ao pedido da acusação. O tribunal não está preso à disputa entre as partes.

De todo modo, o sistema adversarial está longe de ser abolido. É ele que melhor propicia as variadas formas de *plea negotiation*, nas quais se espera do juiz grande dose de neutralidade

⁵ Ver, ainda, Malcom Feeley (1987, p. 753-766, v. 3).

⁶ Como salienta Malcom Feeley (1987, p. 764, v. 3), pelo menos nos casos mais sérios e graves, posto que no *adversarial system*, os juízes frequentemente determinam que o acusador reveja o *caso* e advirta o acusado do seu direito ao julgamento.

⁷ Como adverte Ada Pellegrini Grinover (1999), não se pode confundir o *inquisitorial system* com sistema inquisitivo, as expressões não apresentam qualquer sinonímia.

e inércia. Esse fato é relevantíssimo, especialmente quando se sabe que cerca de 90 a 95% das condenações no sistema norte-americano provêm da *Justiça Negociada* (FEELEY, 1987, p. 763).

Em outras palavras, a imparcialidade do juiz não é incompatível com o uso de suas faculdades instrutórias.

Como salienta José Carlos Barbosa Moreira (1989, p.48), no momento em que o juiz determina, por exemplo, uma diligência, não lhe é dado adivinhar o êxito, que poderá beneficiar a este ou àquele litigante, ou seja, “[...] se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro [...]”. Vale dizer, qualquer que seja a sua postura, o magistrado acabará favorecendo uma das partes.

Em suma, o juiz, num processo de estrutura acusatória, consentâneo com o estado democrático de direito, não pode se tornar um ser autômato, um mero árbitro, um mero expectador, mesmo verificando a hipossuficiência de uma parte ou a proteção insuficiente da sociedade.

2.2 Processo inquisitivo

O processo do tipo inquisitivo⁸ constitui o verdadeiro reverso da medalha do sistema anteriormente analisado. Nele, o juiz é o diretor do procedimento e concentra as funções de acusar e julgar.

O direito de defesa é limitado - como regra - e inexistente, em algumas oportunidades. Não há publicidade e isso conduz a uma instrução escrita do princípio ao fim. A decisão é entregue ao arbítrio do magistrado.

No autorizado magistério de Giovanni Conso, o sistema inquisitivo, tal como praticado no tempo de Diocleciano, dos imperadores do Oriente e no Direito Canônico, tem como principais características:

- a) intervenção ex officio do juiz; b) caráter sigiloso do processo com relação não apenas aos cidadãos, mas ao próprio acusado; c) procedimento e defesa totalmente escritos; d) desigualdade de poderes entre o juiz-acusador e o acusado; e) total

⁸ A etimologia da expressão "inquisitivo", como observou Francesco Carrara (1957, p. 317, v. 2), tem seu berço nos *quaesitores* dos romanos, que eram "cidadãos excepcionalmente encarregados pelo Senado de investigar certos delitos especiais".

liberdade do juiz na colheita da prova; g) encarceramento preventivo do acusado (CONSO, 1985, p. 288)⁹.

Por suas características, não é difícil inferir que o acusado é, na verdade, objeto do processo (e não sujeito de direitos) e não tem, como consequência, a proteção de qualquer garantia substancial.

2.3 Processo misto (DEMERCIAN, 1999, p. 22-28, 2001, p. 05-08, 2009, p. 18-23)

O processo misto deita raízes na Revolução Francesa, mais especificamente na luta dos *enciclopedistas* contra os abusos propiciados por processos de estrutura inquisitiva então vigentes (TOURINHO FILHO, 1997, v. 1, p. 89).

Como ensina Carrara (1957, v. 2, § 851, p. 324), situa-se "entre o processo acusatório puro e o inquisitório, do mesmo modo que a monarquia constitucional se encontra entre a república e o governo despótico". "Não se trata, contudo, da fusão dos dois sistemas anteriores", pois não há "interpenetração dos dois processos", mas sim a adaptação, "a reunião e a alternância" das formas já estudadas¹⁰.

Sua estrutura híbrida não facilita a definição taxativa de todos os seus aspectos. É certo, de qualquer forma, que ele se desenvolve de maneira escalonada e bipartida. A primeira fase - a instrutória - é secreta e escrita, presidida por um juiz "armado de poderes inquisitivos" (MARQUES, 1965, p. 85-86).

Na segunda fase - a contraditória - em que se dá o julgamento propriamente dito, admite-se o amplo exercício do direito de defesa, com todas as garantias dele emergentes.

Há países que preveem a condução do processo pelo órgão do Ministério Público, como é o caso da Colômbia, *em que a etapa de investigação prévia, preliminar à instrução, como também a própria instrução processual sigilosa* lhes são atribuídas (GRINOVER, 1993).

⁹No mesmo sentido, Gian Domenico Pisapia, 1982 p. 20-21.

¹⁰Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1938, p. 28) salienta, por sua vez, que: "Os tipos mistos são aqueles em que a forma acusatória não absorve a inquisitorialidade judicial; ou aqueles que, desdobrados em fases, as contém de tipos diferentes".

No Brasil, respeitadas as judiciosas opiniões em sentido contrário (NUCCI, 1997, p.147), o processo tem estrutura acusatória e a previsão de uma fase investigatória preliminar não lhe retira essa conotação¹¹.

Com efeito, o inquérito policial não integra a instrução do processo (MARQUES, 1961, v. 1, p.83-84). Trata-se de uma fase meramente investigatória, dispensável e cuja única finalidade é fornecer ao titular da ação penal elementos suficientes para a formação da *opinio delictis* e o consequente oferecimento da acusação¹².

Muito embora a atividade da Polícia Judiciária tenha por finalidade preparar uma futura ação penal, colhendo os primeiros elementos de informação e impedindo, *e.g.*, que os vestígios do crime desapareçam, essa atribuição não se desenvolve em face de uma acusação formal e tampouco pressupõe a existência das partes.

Além disso, como se vê pela própria exposição de motivos do Código de Processo Penal, uma das discussões na elaboração do diploma foi exatamente quanto à adoção, ou não, do chamado juizado de instrução, que, por aquela época, vigorava na grande maioria dos países da Europa Continental. Em nosso País adotou-se sistema distinto.

Houve, pelo menos na elaboração do texto, uma clara opção pela estrutura acusatória, que, muito tempo depois, foi reforçada, na sua inteireza, pela Constituição Federal de 1988.

2.4 Conclusões preliminares

Por todo exposto até o presente momento, não se discute que o processo penal brasileiro é plasmado na acusatoriedade. Por essa razão é que se estabelece o *actum trium personarum*, com a clara distinção entre as funções de acusar, defender e julgar. O Ministério Público, titular privativo da ação penal pública (mas não seu proprietário), formula na denúncia o pedido que deverá ser posto em julgamento. Naquele momento (denúncia), portanto, ele determina o âmbito de cognição da acusação pelo magistrado, até porque o réu se defende dos fatos imputados na denúncia e esses mesmos fatos circunscrevem os limites do julgamento.

¹¹Como se lê na exposição de motivos do Código de Processo Penal: “O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, a averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade”.

¹²Cf. arts. 40; 39, § 5º, 46, § 1º, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, sem embargo de judiciosas opiniões em sentido contrário, não há como concluir que as alegações finais possam *substituir a denúncia* (QUEIROZ, 2016), por traduzirem um posicionamento final do órgão acusador.

Como se disse, a acusação é gizada pelas imputações contidas na denúncia. O réu se defende dos fatos articulados contra ele na petição inicial e não, posteriormente, nas alegações apresentadas pelo órgão da acusação, que consubstanciam uma importante análise crítica e valorativa dos elementos de prova produzidos durante a instrução, mas tem por finalidade cooperar especificamente para a formação do convencimento do julgador. Tanto é verdade que, se ficar provado durante a instrução fato diverso daquele descrito na denúncia impõe-se seu aditamento, nos precisos termos do artigo 384 do Código de Processo Penal.

Além disso, pela atual sistemática processual, nada impede que um promotor peça a absolvição e, depois, seu eventual sucessor interponha recurso contra a sentença absolutória por discordar do seu teor.

É certo, ainda, que, pela sistemática brasileira, a ação penal é obrigatória e indisponível (CPP, artigos 24 e 42), já que seu titular dela não pode dispor por razões de conveniência e oportunidade. Deflagrada a persecução penal na sua segunda fase, com o oferecimento da denúncia, inicia-se uma intensa atividade probatória, de estrutura dialética e cooperatória, com o objetivo de influir na formação do convencimento do juiz. O magistrado – destinatário da prova – não está adstrito aos argumentos articulados pelas partes nas suas alegações finais, podendo condenar o acusado, posto que o Ministério Público tenha proposto, ao final, sua absolvição.

Essa prática – expressamente prevista no artigo 385 do Código de Processo Penal – não viola a estrutura acusatória do processo penal, pois o magistrado atua com a estrita observância do interesse público, que norteia a aplicação da *sanctio juris*.

Não se pode, na verdade, confundir a estrutura acusatória do processo penal, que veda ao órgão que deu início à demanda de aplicar a pena, com poderes instrutórios do juiz no processo penal.

3 FUNDAMENTOS DA ACUSAÇÃO DE NATUREZA PÚBLICA

Não seria exagerada a afirmação de que a evolução do processo penal, desde os primórdios até a contemporaneidade, se confunde com o desenvolvimento da própria ação

penal. Nas sociedades mais primitivas o Estado se mostrava indiferente à batalha que se tratava entre particulares, vigorando, portanto, o sistema da vingança privada, a justiça com as próprias mãos e a lei do mais forte.

Com a evolução da sociedade, percebeu-se que o Estado tinha interesse de intervir nessa contenda entre os cidadãos, pois este seria um dos mecanismos para se manter a paz social, a ordem social ou a ordem pública. Nesse momento, o Estado avocou a administração da justiça, vedando ao particular a realização de um suposto direito com as próprias mãos. Portanto, como salienta Vicente de Paulo Vicente Azevedo (1958, v. 1, p. 172-173), a ação penal pertence à sociedade e o Estado a exerce em seu nome. Ela pertence à sociedade porque é exercida no bem comum e se destina a defende-la, fazendo imperar o direito.

Esse conceito foi responsável pelo lançamento das sementes do Ministério Público, que é órgão independente da estrutura do Estado, a quem se incumbiu, em defesa da sociedade e o monopólio da ação penal pública, isto é, o poder-dever de provocar a atuação do Poder Judiciário.

Como é cediço, a jurisdição – notadamente nos sistemas de estrutura acusatória como o nosso – não é espontânea, não se movimenta *motu proprio*, independentemente de provocação. A ação penal pública, portanto, entregue pelo constituinte, em caráter privativo, ao Ministério Público (artigo 129, I, CF) é o instrumento propulsor dessa jurisdição, que não pode ser prestada senão mediante provocação. Esta é, portanto, a essência do processo penal de estrutura acusatória.

Considerando que a própria ação penal, bem assim, como regra, sua iniciativa, são públicas, a partir do momento em que o Ministério Público provoca a atuação do judiciário, por meio da denúncia, desenvolve-se uma intensa e complexa atividade em juízo para se chegar à aplicação da *sanctio juris*, isto é, fazer atuar a vontade da lei.

No atual ordenamento brasileiro, marcado pela inflexibilidade do princípio da obrigatoriedade, pouco importa se o *dominus litis* no curso da demanda se convenceu da inocência do acusado, pois a atividade que se exerce pondo em marcha o processo tem como escopo a formação da livre convicção do julgador, responsável pela jurisdição.

Nessa ordem de ideias, a regra do artigo 385 do Código de Processo Penal, não guarda relação com a estrutura acusatória do processo e tampouco apresenta conflito lógico com a denúncia. Está ligada aos poderes instrutórios do juiz e à ausência de poder dispositivo do Ministério Público, já que nosso sistema é marcado pela obrigatoriedade e indisponibilidade, o

que se evidencia, inclusive, na fase de expansão da própria ação, em grau de recurso. Como se sabe, o órgão do Ministério Público, *ex vi legis*, não pode, nem mesmo, desistir do recurso que haja interposto (CPP, art.576).

4 OS FUNDAMENTOS DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

4.1 O significado da obrigatoriedade: introdução

O princípio da obrigatoriedade da ação penal impõe ao Promotor de Justiça não só o dever funcional positivo (de promover a ação penal pública e buscar a comprovação do fato em tese típico), como também o dever funcional negativo (de requerer o arquivamento do inquérito ou peças informativas, quando a realidade dos fatos não fornecer elementos suficientes que traduzam a suspeita razoável de autoria e materialidade) (ALMEIDA, 1938, p. 92).

É importante observar, por outro lado, que a parte final do art. 129, I, da Constituição Federal, ao utilizar a expressão *na forma da lei*, deixa claro que a obrigatoriedade não decorre direta e expressamente de regra constitucional¹³, cabendo à lei determinar os limites e as hipóteses para o exercício do direito de ação¹⁴.

Nesse último aspecto, é possível identificar pelo menos três grandes correntes de pensamento: (a). há quem defenda a adoção de um sistema baseado estritamente na obrigatoriedade; (b). em sentido diametralmente oposto, estão os idealizadores de uma suposta nova era no direito processual, preconizando a imperiosa necessidade de se adotar um método mais flexível e ágil para a solução dos litígios, que estaria baseado, precisamente, na adoção do

¹³Em países como a Itália, tanto o monopólio da ação penal pública (que é entregue ao Ministério Público), como também a sua expressão (obrigatoriedade), decorrem de regra constitucional. Com efeito, dispõe o art. 112 da Constituição Italiana que: "*Il pubblico ministero há l'obbligo di esercitare l'azione penale.*" No Brasil, o princípio da obrigatoriedade tem assento no Código de Processo Penal, no Código Penal e leis esparsas.

¹⁴Convém lembrar que a Constituição precede a lei na ordem hierárquica e, em parte, vincula positivamente o seu conteúdo. Entretanto, legislar não é, simplesmente, *executar* preceitos constitucionais. O fim precípua da legislação é "modificar o Direito objetivo", isto é, "inovar a regulação das distintas situações e relações da vida social, compondo os diversos conflitos de interesses e ordenando o conjunto social em direção a fins que variam segundo a conveniência e a utilidade de cada momento". Daí porque a atividade precípua do Legislativo é "essencialmente livre e aberta". De fato, salvo quanto às cláusulas imodificáveis, o sistema que a Constituição inaugura é aberto, pois garante "o livre acesso de todos ao processo político" e admite, tacitamente, "a hipótese de uma revogação futura das decisões atuais", razão pela qual sob o seu império "são possíveis leis de conteúdo muito diverso e até antagônico" (Cf., a propósito, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, 1999, p.114-116; no mesmo sentido: Clèmerson Merlin Clève, 1995, p.36).

princípio da oportunidade; (c). por fim, há quem defenda a coexistência e conciliação dos dois métodos anteriores.

Não se pode negar que o cânone da obrigatoriedade é um dos suportes essenciais do chamado Estado de Direito, e tem por escopo colocar a Justiça Criminal a salvo de suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio (TUCCI, 1986, p. 78).

Esse princípio atende ao anseio do Estado Democrático de Direito, pois submete a atuação dos órgãos públicos ao direito constituído (JARDIM, 1997, p.120) e, além disso, não seria razoável o exercício da ação penal baseado em fluidos critérios políticos e de utilidade social (TOURINHO FILHO, 1997, p. 327).

Por esta razão, o melhor caminho ainda parece ser o do exercício da ação por um órgão Estatal, organicamente distribuído, dotado de autonomia e independência, que aja com objetividade e dentro de estritos critérios de legalidade.

Como já se disse anteriormente, o princípio da obrigatoriedade tem como consectários a *oficialidade*¹⁵, segundo a qual o Estado deve estar presente por um órgão que age por iniciativa própria e sem a necessidade de provocação e a regra da *legalidade*, segundo a qual esse órgão público, no exercício inderrogável de sua função, verificadas concretamente as condições da lei, deve fazer valer a pretensão punitiva (por meio da ação) e dela não pode dispor, salvo quando a lei expressamente assim o estabeleça (irretratibilidade). Desse conceito de *obrigatoriedade* é que são extraídas, justificadamente, as variadas formas de controle sobre a atuação dos órgãos do Ministério Público.

Ressalve-se, contudo, que a lei pode estabelecer critérios mais flexíveis para o exercício do jus puniendi Estatal, baseado no consenso, no acordo entre o imputado e o *dominus litis*, sempre sob o controle judicial.

Nosso ordenamento, ressalvadas as hipóteses prescritas pela Lei dos Juizados Especiais Criminais (transação penal e suspensão condicional do processo) e as formas de colaboração premiada, não contempla solução de controvérsias pelo acordo, pelo consenso. O Ministério Público, portanto, não pode desistir (em sentido estrito) da ação, o que não impede, naturalmente, que proponha a absolvição, de acordo com o seu livre convencimento, que é expressão da independência funcional. De todo modo, esse seu entendimento não vincula o julgador.

¹⁵Cf., nesse sentido, brilhante estudo elaborado por Carlos Frederico Coelho Nogueira (2001).

4.2 O controle sobre a atividade do MP: reexame do pedido arquivamento (art.28 do CPP)

O órgão do Ministério Público quando avalia a possibilidade ou não de propor a ação penal está sujeito a determinadas formas de controle. No direito processual penal brasileiro há o chamado controle judicial-administrativo, inserto no art. 28 do Código de Processo Penal, que permite ao Magistrado – velando pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal — remeter os autos ao órgão máximo da instituição.

Este, por sua vez, no exercício de uma forma de poder de derrogação, substitui o ato do promotor de justiça por outro ato dele, Procurador-geral, à semelhança do que ocorre quando o Tribunal (de jurisdição superior) conhece e dá provimento ao recurso interposto contra decisão de jurisdição inferior.

Esse dispositivo, de acordo com o entendimento majoritário na doutrina pátria, só é aplicável à hipótese de dissidência entre o juiz e o promotor. Como se vê, a atribuição do Procurador-geral de Justiça, nessa matéria, pressupõe a presença cumulativa de dois requisitos: a) o pedido de arquivamento, pelo Promotor de Justiça natural e b) a discordância judicial.¹⁶

É essa a interpretação preconizada pelo Supremo Tribunal Federal (apud MIRABETE, 1994, p. 70), como se pode conferir em venerando acórdão cuja ementa consigna: “Havendo o Ministério Público requerido o arquivamento da *notitia criminis*, sem discordância do juiz, não cabe a remessa dos autos ao Procurador-Geral” (RT 679/392).

Havendo, portanto, concordância judicial com pedido de arquivamento, bem ou mal, certo ou errado, a decisão só poderá ser revista em face do surgimento de novas provas. É essa, inclusive, pelo menos aparentemente, a consequência que se extrai da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

Em outras palavras, o Procurador-geral não pode, em princípio, avocar inquéritos arquivados e suprimir a manifestação do órgão do Ministério Público de primeira instância¹⁸.

¹⁶Nesse sentido, dentre outros: Afrânio Silva Jardim (1997, p.172-173); Fernando da Costa Tourinho Filho (1997, p. 390); José Frederico Marques (1965, p.170); Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p.118); Hélio Tornaghi, 1987, v. 1, p.53); Marcellus Polastri Lima (1997, p. 240).

¹⁷Cf., nesse sentido: STF: RHC 66293, 1ª Turma, Rel. Min. SIDNEY SANCHES, publicado em 05.08.88, p. 18627; EDHC nº 68739, 1ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado em 07.02.1992, p.737, RTJ 138/2; no mesmo sentido: STF: HC 72925, RTJ 158/199, HC 68739, RTJ 138/524, HC 61301, RTJ 106/96 e HC 81001-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, data 23.10.2001. Diz a súmula 524 do Supremo Tribunal Federal que: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação ser iniciada sem novas provas”.

¹⁸É importante ressaltar, nesse aspecto, o disposto no art. 397, § 2º, do Código de Processo Penal Militar, que prevê uma espécie de advocatária pelo Procurador-geral, sempre que tiver conhecimento de que, existindo em determinado caso elementos para a ação penal, esta não foi promovida.

É interessante ressaltar, ainda, que em nosso sistema processual, ressalvado o pedido de arquivamento de peças informativas, nas hipóteses de competência originária do Tribunal de Justiça, não há previsão de recurso administrativo ou judicial por parte da vítima e, muito menos, pode o Promotor de Justiça ser compelido a atuar pelo Poder Judiciário¹⁹.

Como observa Hugo Nigro Mazzilli (1998, p.166-167), quando o Ministério Público *formula ou deixa de formular a acusação penal, está exercendo parcela de soberania estatal*, isto é, o estado *pelo seu órgão competente e constitucionalmente investido* decide se irá ou não exercer o *jus puniendi*. Por essa razão, não se evidencia, na hipótese, nenhuma ofensa à regra inserta no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, no sentido de que a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário qualquer ofensa ou ameaça de lesão a direito.

Para exemplificar essa última situação, pense-se naqueles casos de reexame necessário, em que o Tribunal dá provimento ao chamado recurso de ofício. A consequência daí resultante não é o oferecimento da denúncia, mas a submissão do caso ao Procurador-geral de Justiça. Essa é a única maneira de se preservar um autêntico processo de estrutura acusatória e, conseqüentemente, o princípio da *inércia de jurisdição* (*ne procedat judex ex officio*).

Como se disse, no entanto, esse poder deve ser exercido com muita responsabilidade e eficiência, sempre informado pelo princípio da obrigatoriedade.

Nesse tema, é importante consignar, ainda, que são inúmeros os casos de vítimas que, inconformadas com pedidos de arquivamento, judicialmente deferidos (alguns deles indevidamente), dirigem-se ao Procurador-geral pleiteando a revisão da matéria. Atualmente a matéria nem sequer é conhecida pelo Chefe do *Parquet*²⁰.

Há, entretanto, quem defenda, com inteira razão, a adoção de mecanismos que, sem interferir no monopólio constitucional da ação penal pública, permitam, em algumas hipóteses, a revisão da promoção de arquivamento formulada pelo órgão do Ministério Público de

¹⁹Como já se viu no capítulo próprio, há países em que o controle sobre a acusação pode ser exercido pela vítima, mediante interposição de recurso ao superior hierárquico e ao próprio tribunal (como é o caso da Alemanha: STPO, § 172; e Portugal: CPP, arts. 278) ou com o exercício da ação civil reparatória no juízo criminal (como se verifica na França). No Código de Processo Penal Tipo para a América Latina o ofendido pode se insurgir contra o arquivamento e, se o pedido for acolhido, o tribunal poderá ditar a ordem para que seja feita a acusação (cf. art. 274, § 3º) (FERNANDES, 1997, p.109-110).

²⁰Um exemplo disso no Estado de São Paulo pode ser conferido em reiteradas decisões proferidas pelo Procurador-geral de Justiça, a saber: PGJ/SP pt. n.ºs 86.687/99; 83687/99; 82789/99, de 11.01.99; 15381/99, de 15.03.99; 72181/99, de 20.10.99; 82789/99, de 11.01.99; 15381/99, de 15.03.99; 84867/99, de 02.12.99; 83641/98, de 29.11.98; 69839/98, de 23.11.98; 73882/98, de 16.11.98; 51663/98, de 25.08.98; 43346/98, de 24.07.98; 25441/98, de 10.08.98; 16527/98, de 08.05.98; 21829/98; 25441/98; 40609/97; 36458/97; 53784/97, de 11.11.97; 21829/97, de 02.09.97, todas elas cuidando de situações em que vítimas, inconformadas com arquivamentos deferidos judicialmente, dirigem-se à Chefia da Instituição, requerendo sua revisão.

primeira instância, com a adoção de critérios variados que ora atribuem à vítima o direito de interpor recurso administrativo ao Procurador-geral e ora preveem formas de reexame necessário do arquivamento (CAZETTA JUNIOR; SOUZA E SILVA, 1996).

Além disso, em nosso País já é possível identificar, em alguns casos, por criação pretoriana, o exercício alternativo da ação pela vítima ou pelo órgão do Ministério Público. É assente o entendimento no Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade do exercício da ação penal privada pelo funcionário público atingido na sua honra, posto que no exercício das suas funções²¹.

Essas questões — notadamente quando o Supremo Tribunal Federal reconhece, expressamente, no Ministério Público o “papel relevantíssimo de ser intérprete e expressão, nas circunstâncias variáveis de tempo e espaço, da política penal vigente” (Habeas Corpus nº 75.343-4/Minas Gerais, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12.11.1997), não a reduzindo à mera opção abstrata do legislador — merecem uma séria reflexão, especialmente por aqueles a quem, como já foi dito, se outorgou a função de fiscal do poder e advogado da sociedade.

Em razão do que foi dito, não parece correto – pelo menos em face da nova ordem constitucional – que a devolução de tão relevante matéria ao órgão máximo do Ministério Público possa ser tão frágil, a ponto de estar limitada a um único dispositivo de lei. Para a adequada compreensão da matéria é preciso que se busque o sentido ontológico desse controle judicial-administrativo.

Já na Exposição de Motivos fica evidenciado que o comando inserto no art. 28 do Código de Processo Penal foi concebido com o propósito de dirimir dúvidas, que até então existiam, quanto à possibilidade de o juiz de direito determinar ao órgão do Ministério Público o início da ação penal²².

²¹Cf. AGRINQ – Agravo Regimental em inquérito, Rel. originário Min. CELSO DE MELLO, Rel. para acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 29.04.94, p. 09730, Ement. Vol. 01742, p. 00055 — RTJ 154/410-425 e JSTF, Ed. Lex, 188/378-398 – Tribunal Pleno. No mesmo sentido: HC-74649 / SP – STF – 1ª Turma, Habeas Corpus, Rel.: Ministro ILMAR GALVÃO, DJ de 11-04-97, p.12189, Ement. vol. 01864-05, p.01052; HC-71845 / RS, Habeas Corpus, Relator: Ministro FRANCISCO REZEK, DJ de 03-05-96, p.13899, Ement. vol.01826-01, p.00180, JSTF, Ed. LEX, 215/310-316, Julgamento :21/03/1995 – 2ª Turma; RECR-173938/AP, Recurso Extraordinário Criminal, Rel. originário: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Rel. para o Acórdão: Min. MARCO AURELIO, Publicação DJ 07-04-95, PP-08886, Ement. vol.01782-06, p.01303, JSTF, ED. LEX, 201/387-400, Julgamento: 18/10/1994 – 2ª Turma; HC-70736 / MG, HABEAS CORPUS, Rel.: Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 08-04-94, p.07242, Ement. vol.01739-05, p.00887, RTJ 152/565-568, 2ª Turma. V., ainda: HC-44228, RTJ-42/806, RE-82908, ACR-932, RE-57729, RTJ-32/586, HC-50534, RTJ-64/617, RHC-58493, RTJ-100/135, HC-65425, RTJ-123/988, RHC-67299, RTJ-129/1193, QCR-472, RTJ-123/90, HC-68540, RTJ-136/651, RE-168224, RTJ 42/809.

²²Lembre-se que em meados da década de 30, quando se discutia a elaboração de um novo código de processo penal unificado, o Ministério Público ainda vivia os resquícios da sua origem no direito brasileiro, de mero

Roberto Lyra, no início do século, antes da edição do atual Código de Processo Penal, época em que o processo penal brasileiro não era unificado, faz alusão a julgados dos mais diversos Estados brasileiro e do Distrito Federal, demonstrando que, em face da independência e autonomia existente entre o Poder Judiciário e o Ministério Público, era defeso ao magistrado determinar ao órgão oficial da acusação o início da persecução penal. A solução encontrada pelo legislador processual penal, inspirada no processo de estrutura acusatória, teve o nítido propósito de separar as funções de acusar e julgar, consagrando o princípio da inércia de jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*) (TORNAGHI, 1998, p. 53-54; MARQUES, 1961, p. 333 e 339; ESPÍNOLA FILHO, 1976, v. 1, t. 1, p.365; AZEVEDO, 1958, v. 1, p.155-156).

Esse ponto de vista é reforçado quando se sabe que, no início do século, nas décadas de 30 e 40, quando o Ministério Público ainda buscava uma identidade, o princípio da independência funcional era compreendido em dois sentidos: o primeiro, em relação ao Poder Executivo (autonomia); e o segundo, precisamente, em relação aos juízes junto aos quais os promotores atuavam (separação de funções) (AZEVEDO, 1958, v. 1, p. 103).

Bem se vê que o dispositivo não surgiu, nem foi inspirado, na ideia de se dar ao juiz o controle absoluto sobre o pedido de arquivamento. Ao contrário, o que se procurou ressaltar foi, exatamente, a impossibilidade do *dominus litis* ser compelido por outro ente estatal a dar início à ação penal.

A devolução prevista no art. 28 do Código de Processo Penal, portanto, não é pressuposto único para o reexame da matéria pelo Procurador-geral de Justiça. Na verdade, ela é mais uma via ou mecanismo de controle.

Trata-se, em princípio, na visão de José Frederico Marques, de uma atividade anômala e sem caráter jurisdicional exercida pelo magistrado (MARQUES, 1961, p. 340)²³.

Nada impede, segundo me parece, que o Procurador-geral, expressão máxima da unidade do Ministério Público, a pedido do interessado, reexamine o pedido de arquivamento e, em nome da *Instituição*, dê a última palavra, desde que, como se viu, a decisão de arquivamento não adquira a estabilidade da coisa julgada material (v.g., nas hipóteses de

auxiliar do poder executivo e sem quaisquer garantias. Somente em 1930 é que foi editada a primeira lei dando garantias aos membros da *Instituição* e apenas em 1934 passou a constituir matéria da Constituição Federal.

²³Esse entendimento, sem embargo da autoridade de seu defensor, deve ser recebido com reservas, especialmente quando o arquivamento versar sobre causa extintiva da punibilidade ou atipicidade do fato, por seus reflexos em relação à coisa julgada.

extinção da punibilidade ou atipicidade do fato)²⁴. Essa solução independe de qualquer alteração legislativa e parece consentânea com os princípios da unidade e independência funcionais.

Em outras palavras, submeter o reexame da matéria objeto de arquivamento ao exclusivo controle judicial, limitaria a unidade preconizada pela Constituição Federal (art. 127, § 1º) e, mais do que isso, acabaria por interferir, por via indireta, na própria autonomia *Institucional* (C.F., art. 127, § 2º).

Além do mais, como observa, com inteira propriedade, Fernando da Costa Tourinho Filho (1997, v. 1, p. 387-388), se o Procurador-geral, mesmo sem novas provas, pode rever o arquivamento quando provocado pelo juiz, por que inusitada razão não poderia fazê-lo de ofício?

Convém notar, de outra parte, que nem mesmo a súmula 524 do Supremo Tribunal Federal constitui óbice a esse posicionamento. Na verdade, procurou-se apenas evitar que o inquérito policial pudesse ser arquivado e desarquivado ao talante de juiz e do promotor ou, como prefere Eduardo Espínola Filho, que o pedido de arquivamento não se sujeitasse aos caprichos e às *esquisitices* (1961, v. 1, p. 365) daquelas autoridades. Tanto isto é verdade que a revisão do arquivamento, ainda que determinada nos termos do art. 28 do CPP, não exige a complementação ou a existência de outras provas.

Em síntese, o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal não pode ter qualquer relação substancial com a atividade autônoma e peculiar desenvolvida pelo órgão máximo do Ministério Público.

É oportuno lembrar que a mesma *Corte Constitucional*, em situação similar, sem que se fizesse necessária a revogação da regra, deu nova leitura aos artigos 397, § 1º c.c. 498, *b*, do Código de Processo Penal Militar, que autorizavam ao ministro Corregedor-geral da Justiça Militar corrigir arquivamento irregular em inquérito ou processo, determinando a persecução penal. Na oportunidade, decidiu-se que, mesmo sem uma decisão específica do juiz auditor,

²⁴O Colendo Supremo Tribunal Federal entendeu que mesmo quando o arquivamento é determinado pelo Procurador-geral, a matéria estará sujeita ao controle judicial, se se tratar de causa extintiva da punibilidade ou atipicidade do fato, em face dos reflexos que têm dessas decisões na coisa julgada material. Nesse sentido: Inquérito nº 1.538/PR - questão de ordem. Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. EMENTA: Inquérito policial: arquivamento. Diversamente do que sucede no arquivamento requerido com a anuência do Procurador-geral da República e fundamentado na ausência de elementos informativos para a denúncia - cujo atendimento é compulsório pelo Tribunal -, aquele que se lastreia na atipicidade do fato ou na extinção da sua punibilidade - dados os seus efeitos de coisa julgada material - há de ser objeto de decisão jurisdicional do órgão judicial competente: precedentes do STF: prescrição consumada.

seria possível a revisão do pedido de arquivamento, com a provocação do Procurador-geral de Justiça por instrumento inominado.²⁵ Em outras palavras, a interpretação sistemática da legislação que fundamenta o exercício e o monopólio da ação penal pelo Ministério Público não veda, por exemplo, o reexame dos pedidos de arquivamento, posto que ausente a provocação judicial.

4.3 Da aplicação analógica do artigo 28 do CPP

Doutrina e jurisprudência admitem a interpretação extensiva do artigo 28 do CPP em hipóteses ontologicamente semelhantes como, por exemplo, a recusa do promotor de aditar a denúncia já recebida para inclusão de fato novo. Essa solução, como é intuitivo, está necessariamente vinculada à necessidade de intervenção do Procurador-Geral com o fito de suprir ato privativo de órgão do Ministério Público.

Não se justifica, portanto, a remessa dos autos ao Procurador-Geral, por analogia ao art. 28 do CPP, quando o prosseguimento do feito estiver vinculado a medida cuja prática dependa do próprio Magistrado. Inaplicável, portanto, o citado dispositivo de lei, quando, no curso do processo, o órgão do Ministério Público de primeira instância pugnar, equivocadamente, pela extinção da punibilidade ou mesmo a absolvição. Nesse caso, basta que o Juiz de Direito indefira o pleito Ministerial e dê ao processo o impulso oficial que entender cabível.

Convém observar que o princípio da proporcionalidade não pode ser encarado apenas na sua dimensão negativa (proibição de excesso), mas também, e principalmente, na dimensão positiva, isto é, proibição da proteção insuficiente. Portanto, se o juiz, no processo de formação do seu livre convencimento, pode e deve proferir sentença condenatória – tal como proposto no pedido inicial formulado pelo órgão da acusação na denúncia – fazendo atuar a vontade da lei ao caso concreto.

Por outro lado, não é razoável que o Magistrado em tal situação provoque a atuação do Chefe do Parquet. Como justificar a interferência do Procurador-geral na forma de atuação do promotor que está adequadamente exercendo o seu mister, sem afrontar a independência funcional resguardada constitucionalmente?

²⁵Cf., a esse respeito, STF, HC 68.739/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, RTJ 138/524 e STF, Embargos de Declaração nº 68739/DF, RTJ 138/528. Cf., nesse sentido: Cap.VII, item 2.4.

Tão inconstitucional quanto o Procurador-Geral de Justiça determinar ao promotor que deixe de prosseguir na ação proposta (ferindo-lhe a independência) é a tentativa de se evitar ou subtrair da apreciação do Judiciário suposta lesão a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Por outro lado, o promotor, quando oferece a denúncia, esgota a atividade do Ministério Público no que tange à propositura da ação penal. Não tem o Procurador-geral o poder de rever o conteúdo dessa manifestação e tampouco a incumbência de ser o revisor desse juízo de pertinência.

Apreciando questão semelhante no âmbito do inquérito civil, Hugo Nigro Mazzilli (1995, p. 429) assim deixou assentado:

Os membros do Ministério Público não são funcionários públicos em sentido estrito, e sim agentes políticos, com prerrogativas e garantias próprias e inconfundíveis, destinadas a assegurar sua plena liberdade de atuação, para melhor servir a sociedade com independência, apenas presos à lei e às suas consciências, e sujeitos a responder pelos seus atos por meio de controle de legalidade ínsito em nosso sistema jurídico.

O que se pode extrair dessa lição é que não pode haver qualquer espécie de interferência revisora dos atos de Promotor de Justiça que estiver agindo nos limites da lei. Ora, o órgão do Ministério Público com atribuições na área criminal, quando oferece denúncia está exercendo uma prerrogativa legal que não pode ser revista no âmbito da *Instituição*, por meio de um juízo de valor ou pertinência do Procurador-geral.

5 CONCLUSÕES

I. A Constituição Federal consagra o processo penal de estrutura acusatória, que, no entanto, não é incompatível com a previsão de poderes instrutórios do juiz, que, em nosso ordenamento, não é um mero árbitro (*adversarial system*).

II. A regra do artigo 385 do Código de Processo Penal, não guarda relação com a estrutura acusatória do processo e tampouco apresenta conflito lógico com a denúncia. Está ligada aos poderes instrutórios do juiz e à ausência de poder dispositivo do Ministério Público, já que nosso sistema é marcado pela obrigatoriedade e indisponibilidade, o que se evidencia, inclusive, na fase de expansão da própria ação, em grau de recurso. O órgão do Ministério Público não pode, *ex vi legis*, nem mesmo, desistir do recurso que haja interposto (CPP, art.576).

III. O Ministério Público, titular privativo da ação penal pública (mas não seu proprietário), formula, na denúncia, o pedido que deverá ser posto em julgamento. Naquele momento

(denúncia), portanto, ele determina o âmbito de cognição da acusação pelo magistrado, até porque o réu se defende dos fatos imputados na denúncia e esses mesmos fatos circunscrevem os limites do julgamento.

IV. Pela sistemática brasileira, a ação penal é obrigatória e indisponível (CPP, artigos 24 e 42); seu titular dela não pode dispor por razões de conveniência e oportunidade. Deflagrada a persecução penal na sua segunda fase, com o oferecimento da denúncia, inicia-se uma intensa atividade probatória, de estrutura dialética e cooperatória, com o objetivo de influir na formação do convencimento do juiz.

V. O magistrado – destinatário da prova – não está adstrito aos argumentos articulados pelas partes nas suas alegações finais, podendo condenar o acusado, posto que o Ministério Público tenha proposto, ao final, sua absolvição.

VI. Não se justifica a provocação do Procurador-Geral, por analogia ao art. 28 do CPP, quando o prosseguimento do feito estiver vinculado a medida cuja prática dependa do próprio Magistrado. Inaplicável, portanto, o citado dispositivo de lei, quando, no curso do processo, o órgão do Ministério Público de primeira instância pugnar, equivocadamente, pela extinção da punibilidade ou mesmo a absolvição. Nesse caso, basta que o Juiz de Direito indefira o pleito Ministerial e dê ao processo o impulso oficial que entender cabível. O princípio da proporcionalidade, aplicável à hipótese, não pode ser encarado apenas na sua dimensão negativa (proibição de excesso), mas também, e principalmente, na dimensão positiva, isto é, proibição da proteção insuficiente. Portanto, se o juiz, no processo de formação do seu livre convencimento, pode e deve proferir sentença condenatória – tal como proposto no pedido inicial formulado pelo órgão da acusação na denúncia – fazendo atuar a vontade da lei ao caso concreto;

VII. Provocado regularmente pela denúncia – que circunscreve o âmbito da acusação – o Juiz está autorizado a proferir sentença condenatória, posto que o Ministério Público tenha pugnado pela absolvição, até porque nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Ação Penal**: análises e confrontos. São Paulo: Saraiva, 1938.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente. **Curso de Direito Judiciário Penal**. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do Juiz na direção e instrução do processo. In: _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, 1933, v. 2.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1957, v. 2.

CAZETTA JUNIOR, José Jesus; SOUZA E SILVA, Liliana Buff de. **Inquéritos policiais e civis. Controle colegiado do seu arquivamento**. Tese apresentada no 2º Congresso Nacional do Ministério Público, São Paulo, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONSO, Giovanni. Procedimento Penal ou Direito Processual Penal?. **Revista dos Tribunais**, ano 74, v. 595, abr. 1985.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A Oralidade no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **O Monopólio da Ação Penal Pública**. Tese de doutoramento, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal**. São Paulo, Verbatim, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1999, tomo 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 01, janeiro-março de 1993, Ed. Revista dos Tribunais.

_____. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 01, janeiro-março de 1993, Ed. Revista dos Tribunais.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, v. 1, tomo 1.

FEELEY, Malcolm. The Adversary System. In: **Encyclopedia of the American Judicial System**. New York: Robert J. Janosik Editor, 1987, v. 3.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Papel da Vítima no Processo Criminal**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HALL, Daniel E. **Criminal Law and Procedure**. 2. ed. Albany: West Publishing, 1996.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. **Criminal Procedure**. 2. ed. Saint Paul: West Publishing Co, 1992.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 1.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio - São Paulo: Forense, 1961, v. 1.

_____. **Elementos de direito processual penal**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. 2 v.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo penal interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Código de Processo Penal Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do Juiz na direção e instrução do processo. In: _____. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Princípio e regras orientadoras da atuação do Ministério Público no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <www.fredericonogueira.adv.br>. Acesso em: 15 ago. 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O Valor da Confissão como meio de Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**. CEDAM, 1982.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. Tribunal do Júri: culpado ou inocente? Anteprojeto de Código de Processo Penal de Novembro de 1994. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). **Justiça Penal 3, críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?**. Disponível: <<http://emporiadodireito.com.br/>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v. 1.

_____. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e regras orientadoras do novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VICENTE AZEVEDO, Vicente de Paulo. **Curso de Direito Judiciário Penal**. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1.