
A Essencialidade da Função Acusatória no Estado Democrático de Direito

Edimar Carmo da Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Professor de Direito Processual Penal (Estácio/Facitec). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Aluno do curso intensivo para doutorado da Universidade de Buenos Aires (UBA).

Resumo: Tomar o processo penal sob a ótica do Estado Democrático de Direito é tê-lo como o instrumento estabelecido em sede constitucional, superando os métodos autoritários por meio do consenso, para análise e decisão dos casos penais da vida. Considerada a simetria consensual constatada na elaboração e instituição dos direitos fundamentais, pelas mais variadas forças políticas, afigura-se que essa mesma simetria possa e deva ser mantida também na decisão que, tendo a infração penal por pressuposto, tenda a restringir qualquer desses direitos. Por meio do pensamento estruturado em bases habermasianas é possível vislumbrar um alto grau de credibilidade, mesmo em sede de persecução penal, que para a restrição de algum direito fundamental deva concorrer um necessário consenso entre as funções legislativa, executiva, acusatória e judicial. Tem-se a essencialidade da função acusatória para, convergindo com as demais funções estatais, legitimar o provimento judicial, seja em sede cautelar ou em sede definitiva, para a restrição de direito fundamental.

Palavras-chave: Processo penal. Estado democrático de direito. Direitos fundamentais. Função acusatória.

Sumário: Introdução. 1 Estado Democrático de Direito. 2 Parâmetros Inquisitórios do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. 3 Processo Penal e Democracia. 4 A Restrição Cautelar de Direito Fundamental. 5 A Restrição Definitiva de Direito Fundamental. 6 Considerações Finais. Referências.

Introdução

São lançadas algumas reflexões, no presente texto, acerca da estruturação de persecução penal — propriamente de um modelo de processo penal — fincado em bases democráticas. Pretende-se por e expor à discussão a prática judicial — não raras vezes oficiosa — de, sem pedido do titular da função acusatória, restringir direitos fundamentais, especificamente o direito de liberdade.

Afigura-se de todo aceitável que compreender a natureza e as estruturas basilares de um processo, especialmente do processo penal, implica considerá-lo no modelo de Estado em que inserido. Nessa perspectiva emerge a célebre e pertinente expressão de James Goldschmidt no sentido de que a estrutura do processo penal de uma nação não é outra coisa senão o fiel retrato dos (demais) elementos corporativos e autoritários de sua própria Constituição. Seguindo a literalidade do citado processualista: “[...] la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución” (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 110).

O processo penal serve como termômetro da constituição: se constituição autoritária, processo penal autoritário; se constituição democrática, processo penal democrático. Esses modelos, ou estruturas de processo, estão em relativa correlação com os seus princípios reitores: inquisitório e acusatório.

Para fidelidade à proposta feita no presente texto, cumpre esclarecer que o termo “processo”, doravante utilizado, não se

confunde e não possui correspondência com a noção clássica de uma “[...] sequência de atos processuais, ordenados encadeados, visto da perspectiva externa [...]” (OLIVEIRA, 2009, p. 593) para, por meio dele, permitir a atuação da jurisdição. O processo é, no presente texto, compreendido como uma espécie do gênero procedimento, segundo Fazzalari. Para esse doutrinador “[...] o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119).

Partindo desses pressupostos, de logo se arrisca a formular algumas questões: o (ainda) aplicado Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, de 1941, concebido e afinado com a então Constituição de 1937, é compatível com a democrática forma de persecução penal conferida pela Constituição brasileira de 1988? É possível, considerando a cultura inquisitorial de persecução penal, predominante no Brasil, concretizar um modelo de persecução penal com estrutura democrática? Esses são os desafios propostos no presente texto.

Entenda-se, por cultura inquisitorial, também reproduzida no presente texto como método inquisitório ou sistema inquisitorial, a estrutura judiciária que toma por legítimos os “[...] procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz” (FERRAJOLI, 2002, p. 453).

1 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito não se trata de um modelo estático. Alcança e abrange um conjunto de normas estruturantes fruto das conquistas democráticas, as garantias jurídicas e a proposta de políticas públicas que redundem numa transformação social. Possui, nesse sentido, tal modelo de Estado, um “efeito transformador” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 97) da realidade jurídico-social.

Certamente porque imbuído desse “efeito transformador” da realidade, deve ser visto como um projeto inacabado. Exatamente nessa concepção, Habermas (2003, v. 2, p. 118) apregoa que:

[...] o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo.

Conforme Streck e Moraes (2008, p. 98-99), são próprios e pertinentes ao Estado Democrático de Direito os seguintes princípios: a vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia; a organização democrática da sociedade; um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; a justiça social como mecanismo de correção das desigualdades; a busca além da igualdade formal, articulando com uma sociedade justa; a divisão de poderes ou de funções; a legalidade como medida do direito a excluir o arbítrio e a prepotência.

Nesse modelo, de Estado Democrático de Direito, as normas jurídicas dele resultantes, que são frutos do processo democrático em cuja base está o princípio da soberania do povo, não asseguram, por si, a legitimação democrática do direito nelas incorporado. A legitimidade dessas normas será mais bem aferida quando submetida a uma hipótese fática. Vale dizer, quando efetivamente submetidas a situações concretas no mundo da vida. Nesse sentido, o direito passa a ser concebido, a um só tempo, como saber e ação que se mantém em um sistema aberto, abastecido pelas tradições culturais, de ordens legítimas e de indivíduos socializados e interligados por ações comunicativas (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 110-112).

No contexto da ação comunicativa, proposta por Habermas, afigura-se como mais adequado um modelo de processo segundo os ditames do Estado Democrático de Direito, eis que se apoia em bases discursivas e consensuais, não se submetendo a qualquer meio de coerção, senão pela dialética do melhor argumento entre as partes em contraditório (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 113-168). Mais adequada porque rejeita que no trato das questões fundamentais (em cujo núcleo se discute a dimensão dos direitos fundamentais), no âmbito do espaço público (espaço comunicativo entre a esfera privada e o Estado), não se mostram pertinentes as decisões judiciais lançadas e tomadas de modo autoritário. Em outros dizeres, o provimento jurisdicional terá um evidente déficit de legitimidade democrática se levado a cabo sem a contribuição/participação das partes processuais interessadas.

Por dialética do melhor argumento, pondere-se tratar da argumentação que satisfaça sua pretensão de validade por meio de quatro pressupostos determinados e mais importantes, tais quais: a) seja uma argumentação pública e inclusiva, ou seja, “[...] ninguém que, à vista de uma exigência de validez controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído [...]”; b) haja igualdade de expressão, “[...] a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas [...]”; c) sejam os argumentos desprovidos de enganos e falsidades, “[...] os participantes devem pretender o que dizem [...]”; d) inexistência de coação, “[...] a comunicação deve estar livre de restrições, que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão [...]” (HABERMAS, 2002, p. 66-67).

Merece ressaltar que, mesmo em sede de persecução penal, a dialética do melhor argumento, na estrutura democrática, não pode se dar nos moldes de uma linguagem típica de dominação de uma pessoa sobre outra pessoa. Como bem colocado por Britto,

A força do melhor argumento proposto por Habermas define a essência da democracia onde a fala do outro deve ser relevante para o consenso. No discurso, o falante deve utilizar-se de técnicas argumentativas para validação da sua decisão (BRITTO, 2012).

2 Parâmetros Autoritários no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941

Referido Código se mostra como algo estranho quando confrontado com as normas da atual Constituição Federal

brasileira. Estranho porque desconsidera a função constitucional conferida ao Poder Judiciário na persecução penal, qual seja, de garantidor dos direitos fundamentais; estranho, por admitir a restrição cautelar ofensiva e definitiva de direitos fundamentais pela autoridade judiciária; estranho, por negar vigência ao princípio acusatório constitucionalmente adotado; estranho também por recusar eficácia à fala (ao pedido) das partes, desnaturando, assim, um necessário processo de partes; estranho, ao fim, por desconsiderar ou desmerecer a fala das partes, explicitando, desse modo, um modelo autoritário de persecução penal em flagrante violação ao princípio do contraditório, como mais adiante será mais bem esclarecido.

Nessa perspectiva, não há dúvida em reconhecer, no referido Código de Processo Penal (CPP) brasileiro de 1941, a nota do autoritarismo por prescindir dos atos das partes na restrição de direitos fundamentais, seja em sede cautelar, seja em sede definitiva. Nesse mencionado Código procedimental, pois, adequado à estrutura inquisitorial, o juiz, em não rara frequência, se sobrepõe à pretensão acusatória e em muitos pontos culmina no agravamento da situação jurídica do suspeito ou do acusado.

Por certo, pelas regras procedimentais, por muitos (ainda) consideradas vigentes, sediadas no referido Código, o órgão julgador – armado de poderes nitidamente inquisitórios – pode, tudo de modo ofensivo: pretender a acusação de algum suspeito/indiciado (art. 28 do CPP); determinar arresto/sequestro de bens (art. 127 do CPP); produzir prova sem requerimento das partes

(art. 156 do CPP); determinar busca e apreensão de coisas e pessoas no interior de residências (art. 242 do CPP); decretar a prisão preventiva de suspeitos e acusados (art. 311 do CPP); e, o mais grave, condenar alguém sem pedido do órgão titular da acusação (art. 385 do CPP).

Muitos insistem na – e apregoam a – manutenção de uma persecução penal ultrapassada e fora do tempo, fundada em falsas pretensões de juízos e de verdades reais há muito desestruturadas pelos mais diversificados ramos do conhecimento (PRIGOGINE, 1996; GLEISER, 2010; MORAIS DA ROSA, 2006; MEDAWAR, 1984; KHALED JR., 2009). Afigura-se crível que assim ocorre porque condicionados por princípios e por insidiosos discursos típicos e adequados a um sistema inquisitorial que promete assegurar a ordem pública por meio do Direito Penal, propaga a obrigatoriedade da acusação e apregoa a obtenção de uma verdade inalcançável, denominada por muitos como “verdade real”.

Da análise de diversos manuais, é possível constatar uma semelhança no trato da disciplina processo penal. Limitam-se a reproduzir como legítimas as hipóteses jurídicas antes delineadas, certamente afinadas com o CPP de 1941, mas em evidente desconformidade com as vigentes normas constitucionais pertinentes à persecução penal e, ainda, alheia às formas democráticas procedimentais.

Salvo honrosas exceções, há ausência de crítica conduzida por formadores de novos profissionais do direito, em manuais de grande aceitação nos quais se difunde a disciplina direito

processual penal. Em reforço, seguem uma reiterada praxe forense conduzida pela nota do “legalismo”. Por legalismo, entenda-se como “[...] o monopólio da manifestação do direito [...]” (HESPANHA, 2005, p. 378) reinante no século XIX até o segundo quarto do século XX, herança do positivismo jurídico francês que reduzia “[...] a função do juiz a mera análise técnica dos textos da lei” (WOLKMER, 2006, p. 192).

3 Processo Penal e Democracia

A presente proposta teórica, pertinente a um modelo de processo penal fundado no Estado Democrático de Direito, foi também percebida, entre outros, por Moraes da Rosa e Silveira Filho, notadamente no que concerne ao discurso instaurado intra processualmente. Cumpre ressaltar que esses mencionados autores, afinados com as diretrizes filosóficas atualizadas, concebem no Direito Processual “[...] balizas democráticas, não se podendo mais aceitar a decisão isolada e sem fundamentação do Juiz, devendo este, necessariamente, considerar as pretensões de validade anunciadas pelas partes no discurso comunicativo instaurado” (MORAIS DA ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 82).

A estrutura democrática do – e no – processo reclama não apenas uma decisão prolatada pelo órgão jurisdicional competente, mas sim uma decisão construída no limite das pretensões trazidas pelas partes no procedimento em contraditório. Daí que ao juiz não é mais autorizado emitir um provimento final dissociado

ou para além das pretensões veiculadas pelas partes, vale dizer, rejeitando os pedidos dos interessados, pena de incorrer na mácula da ilegitimidade (MORAIS DA ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 86-97).

Cumpra assegurar que os argumentos das partes não sejam somente considerados, mas que componham o conteúdo do provimento judicial (decisão/sentença). Assim ocorre quando o provimento (decisão/sentença) esteja conforme ao que foi pedido pela acusação ou pela defesa (pela parte). Somente nesse contexto é que se pode evidenciar a democraticidade no procedimento em contraditório, seja na decisão tomada em sede cautelar, seja no provimento definitivo.

Esse é o espaço propício para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da democracia processual. Nesse ambiente processual, portanto, não haverá espaço para decisões isoladas, solitárias e oficiosas conforme preconizado em muitos dispositivos do CPP de 1941.

É necessário abandonar, nessa direção, a vetusta regra do silogismo das premissas maior e menor. Esse método (silogismo) não se compraz com a complexidade dos fatos do mundo da vida. Para mais, é fomentado e decorre do pensamento subsuntivo formulado solitariamente pelo julgador. O processo, para além de um meio, merece e deve ser considerado como uma estrutura encaminhadora da decisão desenvolvida pelos sujeitos do processo (partes), rejeitando “[...] uma interpretação solitária [...]” do juiz (LEAL, 2002, p. 110-111).

A estrutura democrática de processo penal é campo fértil para o princípio acusatório. Diferentemente da estrutura inquisitorial, na estrutura acusatória as partes são as únicas interessadas (no sentido de que veiculam pretensões e interesses) no mérito do provimento judicial. Seja o Ministério Público na tutela do interesse público com dever de objetividade (art. 127, *caput*, da Constituição Federal brasileira), seja a Advocacia ou a Defensoria Pública (arts. 133 e 134, ambos da mesma Constituição) na tutela do interesse privado do suspeito/acusado.

Nesse contexto, o juiz não pode e não deve ter interesse na causa penal, pois, se tiver, ele não estará autorizado a exercer a jurisdição, seja por suspeição, seja por impedimento, por falta de imparcialidade. Aliás, o único interesse do juiz deve estar circunscrito ao zelo pela regularidade (legalidade constitucional, vale esclarecer: legalidade conforme a Constituição) dos atos processuais praticados pelas partes em contraditório.

A exigência da imparcialidade judicial pode ser extraída não apenas de modo implícito das normas constitucionais, mas de modo explícito no item 1 do artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, inserido na ordem jurídica nacional pelo Decreto nº 678/1992. Esse último diploma, tais quais as normas constitucionais, revoga as regras atentatórias à imparcialidade judicial previstas no CPP de 1941.

O modelo de persecução penal brasileiro, adotado a partir da vigente Constituição Federal de 1988, confere ao Ministério Público a titularidade privativa para a promoção da ação penal

pública. Acrescente-se ainda o relevante papel conferido à Advocacia e à Defensoria Pública. Consoante disposto no Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal brasileira, essas instituições são essenciais à administração da Justiça. A natureza dessa essencialidade à prestação jurisdicional torna inconcebível que os argumentos sustentados por essas instituições, no processo penal, ecoem como meros enunciados de caráter opinativo para o julgador.

Não significa dizer que qualquer pretensão de uma das partes vincule o julgador. Contudo, na peculiaridade do processo penal pode ocorrer situação de aparente paradoxo quando as partes — Ministério Público e acusado (assistido pela Advocacia ou pela Defensoria Pública) — pretendam, por exemplo, a absolvição, considerado o conjunto probatório produzido em contraditório, mas se obtém um provimento condenatório. Não muito diferente pode ocorrer quando o Ministério Público, em sede pré-processual, provocado pela Polícia ou por sua própria iniciativa, não pretenda a restrição cautelar de algum direito fundamental, mas o julgador, não raras vezes oficiosamente, decide pela restrição desse direito.

Afigura-se, pois, no modelo brasileiro de persecução penal, em face desses aparentes paradoxos, uma necessária e profunda reflexão acerca do alcance das normas democráticas e seus efeitos na ordem jurídica prática, para além da retórica preponderância da jurisdição em detrimento de outros valores como o devido processo e os direitos fundamentais.

O Ministério Público, enquanto titular privativo para a promoção da ação penal pública, não pode ser reduzido, como se vê na praxe forense, a mero deflagrador da jurisdição. Essa instituição não esgota a mencionada titularidade quando promove a ação penal pública, mas a mantém até quando ultimado o trânsito em julgado do provimento judicial. No decorrer do devido processo pode surgir superveniente situação fática ou jurídica que legitime o órgão acusador a retirar a pretensão acusatória que, inicialmente, motivou a acusação. Em outros termos, no decorrer do processo pode surgir alguma hipótese fática ou jurídica que justifique o pedido de absolvição.

Não se está a tratar da inapropriada regra da “não desistência da ação” que, por obviedade técnico-jurídica, não pode ser objeto de desistência, dada a natureza abstrata da ação. Vale frisar, não se desiste porque não se pode desistir da ação processual penal antes exercida. Desiste-se do processamento ou, precisamente, da pretensão acusatória pela qual se busca a restrição de algum direito da pessoa como consequência jurídica de um fato pretensamente delituoso.

De igual modo, ao acusado, em contraditório com o Ministério Público, no decorrer do devido processo, deve ser assegurada a assistência da Advocacia ou da Defensoria Pública, instituições também essenciais à administração da justiça, modo que seus argumentos fáticos e jurídicos sejam devidamente analisados no provimento final, mesmo que não acolhidos.

A democracia possível a ser atingida no processo penal, portanto, em termos práticos, é viabilizada pela dialética processual capaz de superar a noção, ainda hoje preponderante, da jurisdição como um fim. É necessário superar a crença acerca da prevalência da *jurisdictio* em detrimento do interesse das partes em contraditório, únicos e legítimos titulares condutores de pretensões jurídicas a serem contempladas no provimento final.

Por certo que, no contexto histórico, a cultura jurídica dominante na persecução penal brasileira tem se pautado na manutenção da tríade poder, tradição e autoridade. Essa tríade mostra-se adequada ao método inquisitório de persecução que, por sua vez, vincula-se a um modelo autoritário de Estado. Esse modelo é diametralmente oposto ao Estado democrático.

Sem embargo, nos tempos atuais, a estrutura acusatória processual penal, fincada na Constituição Federal brasileira, está a reclamar maior atenção às normas aplicáveis em sede cautelar e definitiva na restrição de direito fundamental. O que merece preponderar, no jogo processual, não mais pode ser a jurisdição em si, mas a regularidade procedimental (atenção às normas constitucionais) tendente a legitimar a restrição de algum direito fundamental, segundo as bases normativas do Estado Democrático de Direito.

Nessa compreensão, necessariamente cai por terra a noção do processo como relação jurídica, eis que, epistemologicamente, inadequada ao Estado Democrático de Direito. Mencionada teoria (de 1868) foi idealizada em um mundo de crenças e

conceitos absolutos oriundos no contexto do antes mencionado “legalismo”. A teoria da relação jurídica, do processo, privilegia a jurisdição em detrimento da regularidade do devido processo constitucional e dos direitos fundamentais. Sob o insidioso fundamento da tutela do interesse público, prioriza a jurisdição em prejuízo da democraticidade procedimental na restrição de direitos fundamentais. Não por outra razão, e acertadamente, apregoa Pereira Leal (2002, p. 183-184):

É que, no paradigma do direito democrático, o eixo das decisões não se encontra na razão imediata e prescritiva do julgador, mas se constrói no espaço procedimental da razão discursiva (linguagem) egressa da inter-relacionalidade normativa (conexão) do ordenamento jurídico obtido a partir da teoria da Constitucionalização democrática.

No particular, registre-se a evidente extemporaneidade epistemológica constitucional porque, certamente, a mencionada teoria da relação jurídica processual remonta aos superados fundamentos pandectistas contidos nas teses de Windscheid, como lembrado por Plínio Gonçalves (1992, p. 133-143).

Com efeito, a teoria da relação processual foi construída “[...] sobre a ideia de que é ela um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico [...]” (GONÇALVES, 1992, p. 73-74), deixando evidente, daí, as concepções individualistas da época.

Como bem ressalta Plínio Gonçalves (1992, p. 98-99), o processo não se confunde com a situação de direito material; a parte processual não se dirige à outra parte para dela exigir determinada

conduta, mas se dirige ao juiz; não há relação jurídica entre o juiz e as partes, porque ele (juiz) não pode delas exigir condutas, mas as próprias partes resolvem suas faculdades, poderes e deveres em ônus processuais, suportando as consequências jurídicas desfavoráveis advindas da omissão.

Como antes dito, há uma simetria entre Estado Democrático de Direito e a estrutura de persecução penal conduzida pelo princípio acusatório. É que, nesse último, a democraticidade é evidenciada no espaço de fala reservado às partes. Têm elas, em frequente contraditório, não apenas a oportunidade de falar e ter essa fala considerada, mas que seus argumentos componham o (estar contido no) ato decisório. O ato decisório deve necessariamente abarcar os argumentos trazidos pelas partes em contraditório.

Por certo, no tocante ao sistema de persecução penal, em que as decisões judiciais tendem a restringir direitos fundamentais, exatamente nelas há maior exigência do caráter democrático dessas decisões.

Cumprе lembrar que a seleção dos direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, é resultado do embate da força democrática exercida pelos legisladores constituintes legitimados pela vontade popular. Os direitos fundamentais não resultam de uma decisão levada a cabo arbitrariamente por uma pessoa ou um órgão estatal, senão resultantes de uma eleição tensa e democrática entre os representantes do povo em seus mais variados segmentos, menos ou mais organizados da sociedade. Por simetria, o caráter

democrático dessa escolha dos direitos fundamentais deve ser mantido quando da restrição de qualquer deles. Democrático na eleição, democrático na restrição. Incabível que na estrutura democrática de Estado possa, uma só pessoa, de modo arbitrário e a seu talante (oficioso), a pretexto de autorizada por uma pretensa “íntima convicção”, estar legitimada a restringir algum direito fundamental da pessoa. Como lembrado por Alberman, democracia implica participação (ALBERTON, 2004, p. 91).

Convém ressaltar que muito embora estivesse a tratar da jurisdição não delimitada por algum critério de competência, vale dizer, não propriamente da jurisdição penal, Alberman, amparada na contribuição habermasiana, apregoa um repensar da jurisdição na solução de conflitos. Referida autora questiona o que nomina de “jurisdição-soberania”. Por “jurisdição-soberania”, compreenda-se como “[...] a jurisdição centrada apenas no poder soberano do Estado, numa relação de sujeito-objeto, decisão do Estado-Juiz que declarará quem será o ganhador ou o perdedor”. Sugere, a mesma autora, o que nomina de “jurisdição-participação” (ALBERTON, 2004, p. 90).

Na literal expressão de Alberman:

[...] é possível afirmar que a racionalização do direito que se realiza pelo exercício da jurisdição encontra sua legitimidade no discurso democrático que somente se efetiva com o atuar comunicativo de todos os sujeitos da relação processual em exame (ALBERTON, 2004, p. 90).

Diz mais:

A jurisdição é histórica, e, portanto, deve se adequar ao Estado em que ela se realiza. Assim, no Estado Democrático de Direito, quando passamos da jurisdição-soberania para uma jurisdição-participação, estamos apontando, com base na matriz habermasiana, para uma jurisdição que supera o modelo da jurisdição conflitual que busca pelo processo a solução de conflitos [...]. Os sujeitos são co-formadores do decidido (ALBERTON, 2004, p. 96).

A estrutura democrática de processo, aqui sustentada, segundo a qual os argumentos das partes compõem o ato decisório no processo penal, deixa clara a opção pelo princípio acusatório constitucionalmente adotado, visto que a estrutura de persecução penal, conduzida por essa norma, não prescinde dos atos (argumentos e pedidos) das partes em contraditório.

Rejeitam-se, pois, as decisões judiciais fundadas no que adequadamente Ferrajoli (2002, p. 36-37) nomina de “decisionismo processual”, compreendido sob duas perspectivas: (a) em “[...] fatos determinados em condições ou qualidades pessoais [...]”, vale dizer, pela qualidade ou condição do autor; (b) “[...] no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato”.

Na estrutura acusatória é que vinga, no tocante às funções reservadas aos órgãos públicos envolvidos na persecução penal, a teoria da quadridimensão funcional do Estado na consequência jurídica do crime (RIBEIRO, 2003, p. 328-361).

Nos termos dessa teoria (da quadridimensão funcional do Estado), própria do Estado Democrático de Direito e adequada à

estrutura acusatória de persecução penal, a restrição de qualquer direito fundamental somente pode ser levada a cabo quando, para essa gravosa medida estatal (de ultima ratio), convergirem as quatro funções estatais: Legislativa (Poder Legislativo), Executiva (Poder Executivo), Judicial (Poder Judiciário) e Acusatória (Ministério Público). No exercício dessas funções pode-se acrescentar, paralelo ao Ministério Público, o particular/querelante, considerada a possibilidade de, ainda, admitir-se a promoção da ação penal de iniciativa privada. Sem a promoção de uma ação penal, não pode haver processo penal, vedando-se, nesse sentir, a restrição oficiosa de direitos fundamentais.

Nessa medida, a teoria da quadridimensão funcional do Estado, na consequência jurídica do crime, reclamando a efetiva convergência da vontade estatal na restrição de algum direito fundamental, acrescida do efetivo exercício do contraditório das partes processuais, deixa evidenciado o conteúdo democrático do procedimento em contraditório.

Por certo, como ressaltado por atualizada doutrina (RIBEIRO, 2003, p. 330-331), a função legislativa fica a cargo da elaboração das leis, criando tipos penais e escala de penas; a função executiva sanciona e promulga essas leis; a função acusatória, ou persecutória, é exercida pelo órgão legitimado a promover a ação penal, em regra o Ministério Público; à função judicial cabe a aplicação da lei penal às situações fáticas trazidas e debatidas pelas partes em contraditório. Não diferente é a compreensão de Gaspar Rodrigues (1999, p. 145-148).

No contexto adequado ao Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais solitárias — frise-se, sem a provocação da função acusatória pretendendo a restrição de direito fundamental — não passam pelo crivo da legitimidade constitucional. Para a restrição de qualquer direito fundamental, como consequência jurídica do crime, a decisão judicial deve, necessariamente, estar em convergência com as demais vontades estatais, quais sejam, com a legislativa, com a executiva e, ainda, com a acusatória.

Ressalte-se que o agir oficioso, pela autoridade judiciária, é típico da estrutura inquisitorial de persecução penal. Nesse modelo de persecução, a função acusatória é inexistente ou, se existente, prescindível. Nele, preponderam as funções estatais legislativa, executiva e judiciária. Assim, a função acusatória, exercida por um órgão privativo, ou não, para promover a ação penal, não possui o caráter da essencialidade, vez que suprimida, absorvida ou neutralizada pela atuação oficiosa do julgador.

Aliás, no Brasil, entre o período de 1941 até antes de 1988, houve uma modelação única de persecução penal digna de registro. Nesse período histórico, foi estabelecida uma cultura, tipicamente de modelo autoritário de Estado (quando campeavam exatamente a ideologia do Estado Novo, sucedida pelo Regime Militar). Houve, naquela época, situação em que o juiz de direito (autoridade judiciária competente), no processamento das contravenções, desencadeava o “processo” por meio de portaria, conforme redação originária do artigo 531 do CPP de 1941. O Ministério Público, em muitos casos, limitava-se a deflagrar a

jurisdição e a servir de consultoria do órgão jurisdicional. Essa é a ideologia fincada no CPP de 1941 e, salvo raras e louváveis exceções, ainda seguida por muitos, destacadamente pelos órgãos do Poder Judiciário. Insistem a empregá-la, nos dias atuais, sobrepondo à atual Constituição Federal brasileira, culminando em flexibilizar a imprescindibilidade conferida às instituições essenciais à justiça. Empregam-na (a ideologia inquisitiva), quando ordenam a prisão de pessoas oficiosamente (atualmente, com a nomenclatura de “conversão”), não raras vezes em contraponto à promoção fundamentada do órgão titular da função acusatória; quando recusam vigência à titularidade da ação penal pública, admitindo que policiais se imiscuam no exercício dessa função (cautelares); quando tratam as promoções do titular da função acusatória como mero parecer, em prejuízo do texto constitucional que não mais admite atos de consultoria pelos órgãos do Ministério Público, entre outros.

Cabe ressaltar que não se busca, no presente estudo, nenhuma revolução copérnica, mas apenas um reposicionamento das pedras basilares do sistema de persecução penal brasileiro, tomado a partir das normas da atual Constituição Federal, que adota a estrutura acusatória e democrática para legitimar a restrição de direito fundamental.

Evidencia-se, nessa perspectiva, a impossibilidade jurídico-democrática de se condenar alguém ou proceder a qualquer outra restrição de direito fundamental oficiosa pelo órgão jurisdicional. Por oficiosa, entenda-se, sem requerimento do titular da função acusadora.

Daí decorre a necessária mudança de cultura jurídico-processual a ser levada a cabo no modelo de persecução penal brasileiro, tomado a partir das normas da atual Constituição Federal brasileira. Em suma, é possível posicionar-se pela possibilidade de um processo penal acusatório e democrático, livre, portanto, das premissas inquisitórias.

Sem embargo, apesar das mais recentes alterações legislativas levadas a cabo no CPP de 1941, a prática judiciária, fortemente influenciada pela secular cultura inquisitorial brasileira, tem negligenciado a estrutura acusatória adotada constitucionalmente, fazendo perdurar uma dissonância com as normas constitucionais, como se verá a seguir.

4 A Restrição Cautelar de Direito Fundamental

Do que visto até o presente ponto, é possível sustentar que a prática reinante no sistema de justiça criminal brasileiro, orientada pela cultura inquisitorial, antidemocrática, portanto, tem na função acusatória a nota da prescindibilidade. Em boa medida, daí se origina a dificuldade de concretização das normas constitucionais fincadas na estrutura acusatória de persecução penal.

A função acusatória, pois, no contexto da cultura inquisitorial e do que se procura firmar, é tomada por prescindível porque a decisão judicial pela qual se restringe direito fundamental é concebida como legítima mesmo quando tomada de modo oficioso, vale dizer, sem pedido do órgão legitimado para a acusação.

Com efeito, é corrente, na atualidade, a autoridade judiciária ordenar a prisão preventiva de alguém (mesmo em sede pré-processual), ordenar a prisão temporária, autorizar busca e apreensão em domicílio, autorizar interceptação de comunicação telefônica, entre outras medidas cautelares, sem requerimento do órgão titular da função acusatória. Assim procede crente de estar autorizado pela lei, descuidando, contudo, das normas constitucionais regentes e fundantes do sistema de persecução penal.

Registre-se, no caso, a situação jurídica da prisão preventiva, consideradas as alterações contidas na Lei nº 12.403/2011. Para muitos órgãos do Poder Judiciário, invocando a literalidade dos incisos I, II e III do artigo 310 do CPP, quando recebem a comunicação da prisão em flagrante de alguém, entendem estar autorizados a, de ofício: relaxar a prisão; “converter a prisão em flagrante em preventiva” e a conceder “liberdade provisória”.

No tocante ao relaxamento da prisão, restando evidenciada a ilegalidade da prisão, no respectivo auto de prisão em flagrante, é dever do juiz proceder ao relaxamento, não apenas por conta do teor da lei, mas sobretudo em face do mandamento contido no inciso LXV do artigo 5º da Constituição Federal, no sentido de que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Não diferente diz respeito à concessão de liberdade a alguém preso em flagrante. Não se aferindo, da situação concreta contida no auto de prisão em flagrante, motivo suficiente para se manter o

autuado na prisão, deverá o juiz conceder a liberdade considerando o disposto no inciso LXVI do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, que dita: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Observe-se que, nas duas situações acima referidas, a intervenção da autoridade judiciária pode ocorrer de ofício, vez que, nelas, referida autoridade mantém-se afinada às normas constitucionais que a têm como única garantidora dos direitos fundamentais. Essa é a função preponderante de qualquer órgão do Poder Judiciário, seja órgão singular, seja colegiado, na persecução penal: garante dos direitos fundamentais.

Essa mencionada função do Poder Judiciário, na persecução penal, não decorre da mera convicção pessoal do autor do presente escrito. Muito diverso, diz respeito e fundamenta-se na análise do conjunto das normas constitucionais pertinentes à persecução penal, frise-se, notadamente em vista dos diversos incisos do artigo 5º e do artigo 129, inciso I, ambos da atual Constituição Federal brasileira; do disposto nos itens 5 e 6 do artigo 7º e no artigo 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), com o status normativo supralegal segundo o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009); e de autorizada literatura jurídica (FERRAJOLI, 2002, p. 671; SILVA, 2011, p. 302; GIACOMOLLI, 2008, p. 35).

Nessa perspectiva, atuando como garante dos direitos fundamentais, a autoridade judiciária competente poderá intervir, mesmo de ofício, para salvaguardar algum desses mencionados

direitos. Aliás, tratando exatamente das possibilidades de atuação *ex officio* do juiz, Giacomolli (2008, p. 35) assinala que “[...] a única admissibilidade válida é da atuação *ex officio* do magistrado para garantir e proteger os direitos e a liberdade do imputado, como guardião das liberdades”.

Observe-se que, nas hipóteses antes assinaladas, quais sejam, no relaxamento da prisão ilegal ou na concessão de liberdade, a intervenção oficiosa da autoridade judiciária competente estará legitimada porque mantida em plena convergência com a função de garantia dos direitos fundamentais. Nesses casos, pode não ocorrer a intervenção do órgão acusador, titular da função acusatória.

De outro ponto, diametralmente oposto, está a previsão legislativa de “converter a prisão em flagrante em preventiva”. Para os que se contentam com o critério legal, certamente o órgão do Poder Judiciário estará, mesmo de ofício, apoiado no referido inciso II do artigo 310 do CPP brasileiro, legitimado a restringir a liberdade da pessoa como consequência jurídica da infração penal.

Distintamente das hipóteses de cabimento da intervenção oficiosa como garante dos direitos fundamentais, o caso da “conversão” da prisão em flagrante em prisão preventiva reclama a intervenção do órgão titular da função acusatória. Por certo, trata-se de medida tendente a restringir (flexibilizar, mitigar) direito fundamental da pessoa, no caso, a liberdade, como consequência jurídica de fato concebido como infração penal. Para

a concretização dessa medida pretendendo a restrição cautelar de direito fundamental, é imprescindível a efetiva atuação da função acusatória.

Como adiantado, para a restrição cautelar de direito fundamental, ordenada por alguma autoridade judicial competente, necessariamente deverá haver a intervenção da função acusatória pretendendo essa restrição, pena de violação da estrutura acusatória da persecução penal constitucionalmente fixada. Nessa perspectiva, não é por demais lembrar que “[...] a Constituição Republicana não é um mero enunciado de intenções, mas indica um perfil claro e consistente de processo penal acusatório (norte para todos os poderes)” (GIACOMOLLI, 2008, p. 12).

Como antes assinalado, ainda perpetua a propagação nos manuais da disciplina processual penal a equivocada compreensão jurídica, afinada com a estrutura inquisitorial de persecução penal, no sentido de que a autoridade judiciária possa decretar a prisão cautelar de alguém prescindindo da atuação do titular da função acusatória. Nessa exata medida, registre-se a inadequada assimilação da titularidade privativa para o exercício da função acusatória pelo Ministério Público (artigo 129, inciso I, da atual Constituição Federal), fazendo perdurar o fracionamento dessa importante função com a polícia na restrição cautelar de direito fundamental (OLIVEIRA, 2011, p. 12). Para além, propaga-se a admissibilidade da atuação oficiosa da autoridade judiciária. Essa ortodoxa posição aproxima — assemelha, reduz — a função da autoridade judiciária à de agente da segurança pública, em detrimento do relevante papel de garante dos direitos fundamentais

preconizado pelo texto constitucional brasileiro de 1988. Está a sugerir que a ordem jurídica constitucional nacional, no tocante à persecução penal, tomada a partir de 5 de outubro de 1988, em pouco ou nada deve repercutir.

É certo que a lei infraconstitucional dita que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, fundamentadamente, “[...] converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 do Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”, consoante artigo 310 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

Contudo, é preciso ousar e expor a face no sentido de que essa regra, seguindo os ditames inspirados na persecução penal do CPP de 1941, não se compatibiliza com as normas constitucionais. Ofende, de uma só tacada, a função acusatória e a função reservada à autoridade judiciária como garante dos direitos fundamentais. Essa autoridade até pode decretar a prisão preventiva, mas condicionada a fazê-lo se requerida pelo titular da função acusatória.

Decretando a prisão preventiva, ou, como dito na lei, convertendo a prisão em flagrante em preventiva, de ofício, estará a autoridade judiciária fazendo perpetuar a antes referida “jurisdição-soberania”. Estará preponderando a atuação da jurisdição típica dos regimes autoritários e inquisitoriais. Em detrimento, portanto, de diversos princípios (da imparcialidade judicial, da inércia da jurisdição etc.) e, o mais gravoso, em

detrimento da função constitucional de garante dos direitos fundamentais.

Nessa hipótese de restrição cautelar de direito fundamental não há democracia, não há participação da parte legitimada da função acusatória. Mantém-se o equívoco da atual praxe forense fundada em bases epistemológicas (ultra)passadas, vez que o modelo de persecução penal estruturado em bases inquisitoriais tem por prescindível a função acusatória.

5 A Restrição Definitiva de Direito Fundamental

A referência à restrição definitiva de direito fundamental, aqui considerada, não implica a restrição permanente e inalterável. O termo “definitiva” pretende traduzir apenas a situação jurídico processual da condenação criminal transitada em julgado e por meio da qual se restringe, nos limites da condenação, a liberdade ou algum outro direito fundamental da pessoa.

Como de conhecimento, a vivência sob a regência de um modelo de Estado fundado em bases democráticas, no Brasil, é recente. A experiência é pouca. Daí, afigura-se razoável ponderar que os clássicos ensinamentos de processo penal não se mostram suficientes a alcançar uma argumentação jurídica suficientemente robusta acerca do presente ponto. A exata dimensão do grau de importância dos atos de intervenção das partes no processo penal sugere um necessário desprendimento dos juízos e das promessas de certeza e de segurança propostos pelos Estados totalitários.

Nos Estados totalitários as bases formalistas conduzem, em certa medida, a justificar as suas funções como um fim, não como

meio. Nesse modelo de Estado, o terreno é fértil a fazer prosperar a antes mencionada “jurisdição-soberania”, por meio da qual a função jurisdicional prepondera em relação aos atos de vontade das partes envolvidas no conflito. Esse modelo de jurisdição, em sede de persecução penal, evidencia a proeminência da jurisdição em detrimento dos direitos fundamentais da pessoa.

Essa sobrevalorização da função estatal de dizer o direito (*jurisdictio*), pois, contrapõe-se em superioridade aos direitos fundamentais e torna possível a instrumentalização da pessoa enquanto ser humano. Vale dizer, torna a pessoa um meio, não um fim da atuação do Estado. Decorre, daí, inconcebível e inaceitável rejeição de uma das mais virtuosas construções filosóficas acerca do agir moral humano, pelo imperativo categórico de Kant (2006) por meio do qual é permitido concluir que a pessoa humana não pode servir de meio, de instrumento para algum fim estatal, senão que seja um fim de todas as funções e ações do Estado.

Na estrutura inquisitorial de persecução penal, como mostram os registros históricos (GREEN, 2011; LAS CASAS, 2011), a pessoa é reduzida a objeto, meio e instrumento da supremacia (jurisdição) estatal. Diferentemente, na estrutura acusatória de persecução, as funções estatais são delimitadas umas pelas outras. Busca-se o equilíbrio do jogo processual estabelecido pelas partes em contraditório e pelo consenso. Os argumentos das partes comporão o provimento final, nada obstante, em determinados casos, apenas uma delas poderá ou virá a prevalecer.

Nesse contexto, oportuno lembrar a compreensão de Alberton (2004, p. 90) no sentido de que “[...] a jurisdição é histórica, e, portanto, deve se adequar ao Estado em que ela se realiza”. A jurisdição preconizada no CPP de 1941 certamente está afinada à Constituição de 1937, adequada ao Estado Novo. Mostra-se necessário, portanto, readequá-la e realizá-la em conformidade com o Estado Democrático de Direito, conforme normatizado no artigo 1º da atual Constituição Federal brasileira.

Na estrutura democrática de persecução penal, necessariamente, há: convergência das seguintes funções estatais (legislativa, executiva, judiciária e acusatória) para legitimar a restrição de direito fundamental. Por seu turno, a estrutura inquisitorial de persecução penal se conforma com a convergência das seguintes funções estatais: legislativa, executiva e judiciária. Nessa última a função acusatória é prescindível.

Mesmo que em ambas as estruturas procedimentais penais acima mencionadas os direitos fundamentais sejam o centro de atração das funções estatais, a restrição desses direitos legitimasse pela atuação conjunta das respectivas funções estatais em cada modelo de Estado. No modelo inquisitorial de persecução, a restrição estará legitimada pela intervenção das funções legislativa, executiva e judicial. No modelo acusatório, por seu turno, a legitimidade da restrição de direito fundamental estará satisfeita pela intervenção das funções legislativa, executiva, acusatória e judicial. Esse último retrata a antes mencionada teoria da quadridimensão funcional do Estado (RIBEIRO, 2003, p. 334).

Verifica-se que na estrutura inquisitorial inexistente a função acusatória. Nesse modelo de persecução, mesmo que exista algum órgão oficial para provocar o órgão jurisdicional, atuará ele por meio do método conhecido por “denúncia”, cujas consequências processuais sintetizam: a) de não suportar o ônus probatório (PIERANGELI, 2004, p. 36-37; 101-111); b) o órgão denunciante, antes e após o “oferecimento” e “recebimento” da “denúncia”, possui papel meramente figurativo, cujo pronunciamento não rompe a natureza consultiva para o julgador.

Ao contrário, na estrutura acusatória não se terá por legítima a restrição de direito fundamental quando não houver pedido condenatório expresso e fundamentado do órgão legitimado para o exercício da função acusatória. Nesse modelo de persecução promove-se a acusação, cujas consequências processuais são: a) o acusador deve suportar o ônus probatório; b) o titular da função acusatória é órgão executivo cujo pronunciamento é de parte (de execução, não consultivo); c) o pedido de absolvição feito pelo acusador — apenas o absolutório — vincula o órgão julgador.

Oportuno ponderar, no presente ponto, que a imprescindibilidade é da função acusatória, não propriamente do Ministério Público (acusatório formal), vez que dita função pode ser sustentada pelo particular ofendido (acusatório material), como bem ressaltado por Binder (2003a, p. 251-258). Nesse particular, oportuno consignar a jurisprudência da Suprema Corte Argentina que, no julgamento da causa “Tarifeño”, entre outros, ditou pela nulidade da sentença condenatória ante o pedido de absolvição

feito pelo órgão fiscal — Ministério Público — (ANTONINI, 2005, p. 360-363). Lamentavelmente, essa compreensão passa distante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

É certo que a estrutura democrática de processo penal preocupa os partidários da estrutura inquisitorial, eis que, nesse modelo, as decisões não são fruto do consenso, mas da autoridade. Conforme assinala Binder (2003b, p. 55), no modelo inquisitorial “[...] a indagação da verdade é unilateral, carente de diálogo e onde se confia finalmente na decisão de uma só pessoa”.

Os sintomas da mencionada preocupação são evidenciados quando por vezes ecoa alguma voz tentando sustentar que, se o pleito absolutório da acusação vincula o julgador, estará, assim, o órgão acusador, se substituindo ao julgador. Tal posição seguramente está inspirada no modelo inquisitório de persecução penal e traz consigo boa dose mística do caráter sacramental do julgador (GARAPON, 1997, p. 25-93), pela qual há mais confiança no juízo de um único homem, em detrimento do senso comum de dois homens. Ignoram, pois, o caráter democrático contido nos modelos acusatórios que “[...] se baseiam no debate e no diálogo, a discussão e a controvérsia são o método que permite indagar a verdade e confia-se neste mecanismo antes que na clarividência ou mérito de uma só pessoa” (BINDER, 2003b, p. 55).

Considerada a seleção democrática dos direitos fundamentais pelas mais variadas forças políticas instituidoras do poder constituinte originário, como antes sustentado, não se mostra razoável que uma só pessoa, ainda que regularmente investida

na função de dizer o direito (*jurisdictio*), possa, solitariamente, estar legitimada a restringir algum desses direitos. A estrutura democrática de Estado não se compraz com legitimidade dessa ordem, notadamente quando assentada, constitucionalmente, a essencialidade da função acusatória (art. 127, *caput*, da Constituição Federal). O caráter democrático da decisão/sentença exercida por um julgador solipsista fica tanto mais reduzido quando a restrição de direitos fundamentais é procedida de modo oficioso, frise-se, sem requerimento do órgão titular da acusação.

Do que foi recorrido até a presente etapa, tem-se na estrutura democrática de Estado maior afinação com a restrição de direito fundamental fundada no consenso do órgão julgador com a tese acusatória ou com a tese defensiva. Quando essas últimas sustentam e requerem a absolvição, afigura-se estabilizado o exercício do contraditório entre as partes. Esse princípio nuclear do processo não pode ser realizado entre alguma das partes em face do julgador, mas apenas entre as partes. Daí, acrescido da imprescindibilidade (essencialidade constitucional) da função acusatória como legitimadora para a restrição de direito fundamental, acrescido da função de garante desse direito pela autoridade judiciária competente, forçoso ponderar pela inadmissibilidade de provimento judicial condenatório nos casos em que o titular da função acusatória pede a absolvição. Admitir possibilidade contrária é conceber o exercício do contraditório em face do órgão julgador, mesmo não sendo parte processual.

Sem embargo, constatando-se a inexistência de fundamentação do pleito absolutório ou sugestão de peita por parte do órgão acusador, poderá o julgador provocar as instâncias superiores da acusação para conhecimento e adoção de medida pertinente ao caso. No caso do pleito absolutório ser referendado pelas instâncias superiores do Ministério Público, não poderá outra decisão ser tomada senão o provimento final absolutório. Nessa ordem de reflexão o disposto no art. 385 do CPP de 1941 mostra-se ineficaz e não se compatibiliza com as normas constitucionais democráticas, voltadas para o consenso das funções estatais na restrição de direito fundamental.

6 Considerações Finais

Na direção do entendimento pautado nas atuais normas constitucionais, estruturadoras de um modelo de persecução penal nitidamente voltado para um processo penal acusatório e, portanto, democrático, afigura-se pela imprescindibilidade das funções essenciais à prestação jurisdicional, destacando-se a acusatória na imprescindível composição da vontade punitiva estatal.

Todas as funções na estrutura democrática são fundamentais. Dentre tais, no contexto da formação da vontade punitiva estatal, destaca-se a função acusatória. Somente o regular exercício dessa função é capaz de assegurar a imparcialidade e a independência do julgador na persecução penal. Sem ela, a restrição de direito fundamental da pessoa, como consequência jurídica da infração penal, seja cautelar ou definitiva, fica eivada de um evidente

déficit, senão mesmo destituída, no todo, de legitimidade democrática. Sem ela não se concretiza o consenso a ser alcançado no provimento final buscado pelas partes em contraditório.

No Estado Democrático de Direito, as decisões estatais, mormente naquelas em que pode culminar na restrição de direito fundamental, devem ser tomadas no plano do consenso. A jurisdição, nesse contexto, necessita ser compreendida e concretizada dentro e conforme o modelo de Estado em que exercida, vale dizer, no seu tempo histórico.

Quiçá possam as gerações futuras, tudo a seu tempo, inspiradas pela força normativa decorrente da Constituição, superar os fundamentos oriundos do modelo autoritário de Estado em direção ao conteúdo essencial da democracia. Em sede de processo penal, essa essência pode ser retratada no consenso entre acusação e o julgador, ou no consenso entre a defesa e o julgador, tomando-se por imprescindível, em qualquer das hipóteses, a função acusatória.

Title: The Essentiality of the Accusatory Function within the Democratic State of Law

Abstract: To look upon criminal procedure from the perspective of a democratic state of law is to regard it as the constitutionally established instrument, overcoming authoritarian methods through consensus, for the analysis and decisions of the occurring criminal cases. Given the consensual symmetry found in the elaboration and institution of fundamental rights, by various political forces, it becomes evident that this very symmetry can and should also be maintained in the decision which, having a criminal infraction as a premise, may tend to restrain any of those rights. By means of a Habermasian-structured thought, it is

possible to perceive a high degree of credibility - even in the context of criminal prosecution - to the notion that the restriction of any fundamental right must be necessarily preceded by a consensus between the legislative, executive, accusatory and judicial functions. The accusatory function, converging with the other state functions, is thus indispensable and essential to the legitimization of the judicial provision, whether through an injunction or by definitive terms, for the restraining of fundamental rights.

Keywords: Criminal procedure. Democratic state of law. Fundamental rights. Accusatory function.

Referências

ALBERTON, Genecéia da Silva. Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 12, n. 23, p. 85-102, jan./dez. 2004.

ANTONINI, Monica A. Fallos “Tarifeño” y “Mostaccio”: el problema del alegato fiscal absolutorio y la condena penal. In: D’ALESSIO, Andrés José. *Colección de análisis jurisprudencial: elementos de derecho penal y procesal penal*. Buenos Aires: La Ley, 2005. 409 p.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução Fernando Zani. Revisão e apresentação Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 292 p.

_____. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Tradução Ângela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 122 p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Decreto-lei nº 678, de 6 de novembro de 1992. Pacto de São José da Costa Rica. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 nov. 1992.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1941.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 349.703/RS*. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 jan. 2013.

BRITTO, Cláudia Aguiar S. *Processo penal comunicativo: uma abordagem filosófica habermasiana para o processo penal*. Conpendi. Uberlândia, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4558dbb6f6f8bb2e>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 345 p.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas – provas, ritos processuais, júri, sentenças*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 157 p.

GLEISER, Marcelo. *Criação imperfeita*. São Paulo: Record, 2010. 368 p.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas juridicos y politicos del proceso penal*. Buenos Aires: Europa-América, 1961. 243 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219 p.

GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Tradução Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. 463 p.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução Lucia Aragão. Revisão Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. 111 p.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 354 p. v.1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 352 p. v. 2.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 551 p.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006. 182 p.

KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: (desconstrução hermenêutica do mito da verdade real)*. Salvador: JusPodivm, 2009. 371 p.

LAS CASAS, Bartolomé de. *O paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América espanhola*. Tradução Heraldo Barbuy. Porto Alegre: L & PM, 2011. 176 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002. 206 p.

MEDAWAR, Peter D. *Os limites da ciência*. Tradução Antonio Carlos Bandouk. São Paulo: Unesp, 1984. 112 p.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 412 p.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 113 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização do processo penal: Lei nº 12.403, de 5 de maio de 2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 884 p.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004. 786 p.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996. 199 p.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. 613 p.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado: princípios institucionais, questões atuais, proposta de uma nova divisão dos poderes*. Manaus: Valer, 1999. 237 p.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A investigação preliminar nos delitos de competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 302 p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 211 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas*: da antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. 231 p.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Edimar Carmo da. A essencialidade da função acusatória no Estado Democrático de Direito. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 441-481, 2014. Anual.

Submissão: 6/3/2014

Aceite: 24/6/2014