

(IN)DISPONIBILIDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Cássio Benvenuti de Castro¹

Sumário: Pressupostos de análise: (a) ação penal pública indisponível e (b) potestade jurisdicional do art. 385, do CPP. 1. Estado de Direito (neo)constitucionalista e juridicidade pós-positiva: concepção axio-deontológica da legalidade. 2. Sistema processual acusatório brasileiro. 2.1. Instrumento do princípio acusatório: 'ação' processual. 2.1.1. Questão terminológica. 2.2. Legitimação acusatória ativa institucionalizada. Peculiaridades duma pertinência subjetiva heterotópica. 3. Caracteres principiais da (in)disponibilidade *na* ação penal pública constitucionalizada. 3.1. Presunção de inocência. 3.2. Verdade real. 4. Natureza jurídica da decisão homologadora da desistência *na* ação penal pública e seu consectário lógico: ônus argumentativo. 5. Problemática do júri. Considerações finais. Referências.

Resumo: Os sobressaltos sócio-culturais das ciências humanas desatinaram os espaços outrora preenchidos por um positivismo descritivo-estático. Como produto da vontade racional, o Direito não mais se compadece aos entendimentos meramente bicolores das regras, dinamizando-se num constante diálogo das fontes axio-deontologicamente confortadas pela realização precípua da justiça e da pacificação social – escopos precípuos da jurisdição. Logo, apriorísticas disposições do CPP devem ser (re)visitadas à luz do

¹ Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito. Mestrando em Direito na UFRGS. Autor dos livros: Temas de ciências penais: na perspectiva neoconstitucional; e (Neo)Soberania e Tribunal Penal Internacional. Email para sugestões e/ou críticas: cassiobc@tj.rs.gov.br [Elaborado em outubro/2009]

neoconstitucionalismo, em conta da elasticidade das normas que subjazem a combatividade processual. Mesmo que a obrigatoriedade e a indisponibilidade na ação penal pública imbriquem-se, prefacial e sistemicamente, à racionalidade (interna *corporis*) do Ministério Público, não dogmatizam posições açodadas ao paradigma decisional do Judiciário, cuja margem de análise do direito material, necessariamente, adstringe-se ao reduzido módulo argumentativo travado no *locus* processual.

Palavras-chave: ação penal pública; Ministério Público; neoconstitucionalismo; sistema acusatório; disponibilidade.

(UN)AVAILABILITY *IN* THE PUBLIC CRIMINAL ACTION

Summary: Assumptions of analysis: (a) public criminal action unavailable and (b) power of the court in art. 385, of the CPP. 1. Rule of law (neo) constitutional and legal post-positive: axio-deontological conception of legality. 2. Adversarial court system in Brazil. 2.1. Accusatory instrument principle: 'action' procedure. 2.1.1. Question of terminology. 2.2. Institutionalized accusatory legitimation active. Characters of a heterotopic subjective relevance. 3. Character principle of (un)availability on the public prosecution constitutionalised. 3.1. Presumption of innocence. 3.2. Real truth. 4. Legal nature of the decision on approval of the withdrawal public criminal action and its logical consequence: argumentative burden. 5. Problems of the jury. Final considerations. References.

Abstract: The socio-cultural upheavals of the humanities science spaces formerly occupied by a static-descriptive positivism. As a product of rational will, the law no longer merely pities the understandings bicolor rules, streamlining in a

constant dialogue of sources axio-for conducting ethically comforting major duty of justice and social peace - scopes overriding the jurisdiction. Thus, a priori provisions of the CPP should be (re)visited in the light of neoconstitutionalism on account of the elasticity of the rules that underlie the procedural combativeness. Even though the unavailability requirement and the public prosecution is conformed, prefatory and systemically, rationality (internal corporis) prosecutor, not dogmatize positions hasty decision-making paradigm of the judiciary, whose margin analysis of substantive law, necessarily, are between the reduced modulus argumentative caught in procedural locus.

Keywords: public criminal action, prosecution, neoconstitutionalism; adversarial system; availability.



PRESSUPOSTOS DE ANÁLISE: (a) AÇÃO PENAL PÚBLICA INDISPONÍVEL E (b) POTESTADE JURISICIONAL DO ART. 385, DO CPP

A doutrina diferencia, com veemência, a sorte das ‘ações’ penais ao absoluto talante dos sujeitos ativos desencadeadores das demandas privada/pública. Aos desavisados, chega parecer que há dois direitos processuais penais: um, específico das causas públicas, de caráter institucionalizado, obrigatório e indisponível a foros absolutos; outro, proveniente da ‘ação’ penal privada, passível do flerte disponibilizador, do consenso, equiparado apenas artificialmente à manifestação publicizada do primeiro. De fato, tais conceitos ontolizam-se numa retórica atarracada a

vetustas concepções histórico-burocráticas diretamente proporcional ao autoritarismo do Estado que a positivou – como se o direito subjacente às discussões topologicamente atravessadas em ambas contendas processuais penais não fosse similar (para não dizer idênticos): a instrumentalização dos direitos constitucionais de molde a propiciar, ou não, a aplicação da lei penal. Esse legado teórico *estático* da categoria ‘ação’ penal reflete consequências a toda trilogia estrutural do Processo Penal (jurisdição, ação e processo), daí derivando mazelas pseudo-acusatórias a todas *espécies* de ações/processos penais, sejam titularizados pelo Ministério Público ou pelo particular.

Duas ordens de idéias coordenam-se nesta polarização do (pseudo)sistema acusatório brasileiro. Em primeiro, a frenética imputação do caráter indisponível, porque publicizado por ocasião do sujeito ativo, à demanda penal. Os desforços legitimadores do Ministério Público como *presentante* numa pretensão institucionalizada assacam-no ao dogma de que o ‘poder punitivo’ estatal é inerente à sua condição processual ativa. De outro lado, o querelante seria mero *substituto* processual, de molde à sua posição transcender, em termos não apenas epistemológicos como pragmáticos, uma suposta ordinariedade postulatória. Esclarecedora a reflexão de Capez, ao referir que ação penal privada “é aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou a seu representante legal. A distinção básica que se faz entre ação penal privada e ação penal pública reside na legitimidade ativa. Nesta, a tem o órgão do Ministério Público, com exclusividade (CF, art. 129, I); naquela, o ofendido ou quem por ele de direito. Mesmo na ação privada, o Estado continua sendo o único titular do direito de punir e, portanto, da pretensão punitiva. apenas por razões de política criminal é que ele outorga ao particular o direito de ação. Trata-se, portanto, de

legitimação extraordinária, ou substituição processual, pois o ofendido, ao exercer a queixa, defende um interesse alheio (do Estado na repressão dos delitos) em nome próprio”². Interessante que idênticas posições processuais (MP/querelante=sujeito ativo) remetem-os a diferentes corolários pragmáticos no bojo do processo, açodadas ao caráter estritamente formalista. Todavia, não se perquire as origens, o caráter difuso ou, quiçá, o que significaria, perante os demandantes, o simbólico direito de punir (ao invés de acusar). De fato, deve-se vicejar que, no âmbito do processo – como palco da incerteza pela sua própria natureza dialética – atenta-se às possibilidades dialógicas como *prius* natural e necessário para, eventualmente, instrumentalizar-se alguma ideia punitiva, cogitando-se do direito/exercício de acusação, jamais em direito de punir, a ser oportunamente aferida noutro momento relativamente distante. Ora, o atemorizante poderio de sancionar não pertence ao MP, ao particular, tampouco ao juiz, mas à soberania do Estado/povo em sua conformação de poder minimamente organizado. Logo, a diferenciação extrema entre ‘ações’ e processos, no âmbito da atipicidade inicialmente prevista ao expediente processual penal, caso vislumbrada a foros absolutos, parece de um artificialismo tão formal quanto simbólico do autoritarismo de outros tempos no qual o processo representava *longa manus* do poder.

Cediço que há diferenças estruturais e procedimentais dentre as demandas (pública e privada). Dualidade reflexa, aparentemente, da natureza dos bens jurídicos por elas inicialmente tutelados. Vale referir, por exemplo, o direito de retrato nos crimes contra a honra. Entretanto, tal distinção reserva-se a deveres-poderes pressupostos ao desenlace do processo – cuidam, em última análise, de aspectos da controlabilidade da atuação Ministerial que, como instituição

² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136/7.

pública, mister atuar garantindo a isonomia e a impessoalidade em seus tratamentos externa *corporis*, com a vedação do abuso e da perseguição. No bojo do processo, essa constatação (que lhe é prévia) não assumiria caráter de dogma. E por motivo singelo: o espaço de eventual consenso absolutório se faz *in statu assertionis* dos elementos sensíveis carreados à celeuma, submetidos ao dever motivacional e publicizados no certame acusatório. Vale dizer, não se trata da oportunidade em sua pureza, mas obtemperada pela (in)justa causa das condições que sustentam a ação penal.

Assim, mesmo que o princípio da obrigatoriedade, prefacialmente, oriente as demandas Ministeriais, sua relativização processualizada não implica manipulação. Do contrário, acarreta seu cotejo à satisfação da justiça do caso concreto. Por isto, o art. 385, do CPP, deve ser revisto sob o paradigma democrático, a despeito das sucessivas interpretações a lhe reforçarem a validade substancial. Nucci sintetiza a vigência deste dispositivo: “no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso. Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, conseqüentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la. Em contrário, confira-se o disposto no art. 60, III, do CPP, cuidando da perempção, com conseqüente extinção da punibilidade do réu, caso o querelante não requeira, nas alegações finais, a sua condenação. Neste caso, regida que é a ação penal privada pelo princípio da oportunidade, outra não é a conclusão a ser

extraída diante do desinteresse do ofendido na condenação do agressor”³.

Nesta reflexão, questiona-se a compartimentalização axiológica dentre as ‘ações’ penais públicas e privadas. Ambas desempenham a mesma função (antitéticas à mera *longa manus* do poder): instrumentalizar, pelo devido processo constitucional-legal, a realização da justiça do caso concreto e, daí sim, possibilitar a incidência da tutela processual penal (seja ela condenatória, ou não) e a pacificação social. Esse ângulo de visão, em decorrência da verticalização das normas supremas, mitiga os axiomas da (a) indisponibilidade e, por decorrência, da (b) potestade condenatória jurisdicional prevista no art. 385, do CPP, ambos dogmas imputados à ‘ação’ penal pública – de sorte que, como demanda-instrumento dos direitos fundamentais, a demanda pode e, pontualmente, à perspectiva do contexto sensível (re)construído probatoriamente, deve ser objeto de disposição pelo sujeito ativo: o Ministério Público.

1. ESTADO DE DIREITO (NEO)CONSTITUCIONALISTA E JURIDICIDADE PÓS-POSITIVA: CONCEPÇÃO AXIO-DEONTOLÓGICA DA LEGALIDADE

O movimento constitucionalista do século XX, principalmente na segunda metade, sintoniza-se aos apelos sociais efetivadores dos direitos fundamentais positivos, ensejadores de participação concretista do Estado. Hoje, parece óbvio que declarar uma liberdade formalmente, mas sem lhe congratular com mecanismos reais de sua outorga, soa demagógica percepção desconexa aos valores subjacentes à nossa sistemática. Divulgou-se a proclamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que supera a dicotomização

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 676/7.

estéril do processo (e de todos poderes instituídos), imbricando-lhes o dever realizador das finalidades básicas fundamentais. Com Ingo Sarlet, a perspectiva objetiva representa uma “mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e dentre as quais o reconhecimento de deveres de proteção (imperativos de tutela) assume um lugar de destaque, inclusive no que diz com sua repercussão na esfera jurídico-penal”⁴. A proteção comentada não apenas abrange a tutela jurisdicional como atine à própria vinculatividade inerente à força destas prerrogativas públicas, pena de figurarem natimortas ou se transformarem em polêmicas líricas constitucionais, assegura Alexy⁵.

Na esteira das contribuições de Norberto Bobbio, Del Vecchio, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris e Joseph Esser, para citar alguns expoentes, o Estado, agora de direito (ou melhor, constitucional), assumiu natureza normativa transcendente da paleopositiva legalidade clássica. A concepção da própria Lei Maior exasperou a simplória separação das funções estatais, a ordenação burocrática e a escansão orçamentária dos dividendos. Atacando os exageros do ‘purismo’ legalista, o Estado contemporâneo delineou a proteção/construção dos direitos fundamentais. Assim, consolidou-se um constitucionalismo de

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdIPucrs, 2008. p. 213.

⁵ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: *RDA*, 217. p. 73.

valores, regras e princípios, sendo que estes últimos estruturam deontologicamente os auspícios que subjazem o ideário axiológico do sistema, ‘abrindo’ e dinamizando as opções dos poderes instituídos. Diretrizes açambarcadas internacionalmente pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948), que inseriu regras mínimas de observância às entidades nacionais, complementam a abertura desse sistema garantista.

Em suma, o caráter Social do Estado de Direito reforça-se principiologicamente e valorativamente⁶. A partir daí, vincula-se não apenas à lei (como no simbólico liberalismo afrancesado), mas à ordem constitucional polissêmica como um todo (bloco de juridicidade normativa). Torna-se nítida a evolução do conceito de legalidade, sistematização ora profligada nos termos ponderáveis interna/externamente pelo neoconstitucionalismo. Inicialmente, com a secularização do Estado e a positivação do Direito, a Revolução Francesa superou o racional-jusnaturalismo. A metafísica (moral) separou-se da estrutura normativa. Este mero formalismo acabou defendendo egoisticamente a ordem estabelecida e abandonou⁷ a igualdade ideologizada originariamente pelos revolucionários. Se antes ‘*king can do no wrong*’, até meados do século XX, vigorou ‘*the Parliament can do anything*’, oportunidade na qual ocorreu o ultimato da rigidez constitucional e do controle de legalidade dos atos públicos

⁶ Assente que valores se diferenciam dos princípios: estes são normas deontológicas de natureza aberta em relação às regras; os primeiros subjazem todas as ações normativas, estruturam e legitimam políticas e opções genéricas ou casuísticas, de cunho axiológico e formadores do que ‘é melhor’. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *In RDA*, n 215, p. 165.

⁷ Para se autolegitimar e conformar os interesses de todos que apoiaram a revolução, o paradigma de poder vencedor privilegiou uma igualdade meramente ‘formal’. Assim, no discurso e ‘perante’ os súditos, apaziguavam-se as reivindicações; na prática, tudo continuava como antes, sem preocupações efetivadoras daqueles auspícios revolucionários que apenas se formalizaram no papel.

como medida substancial de validade construtiva do sistema. A expressão Estado Social de Direito aparece, ineditamente, no art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, prevendo total submissão dos poderes à Constituição, à lei e ao direito⁸ nos sentidos amplificadores dos direitos humanos.

O estado constitucional de direito consagra duas ordens à legalidade. Primeira, no sentido formal (que lhe confere vigência) os poderes públicos são conferidos pelo ato normativo específico (reserva de lei) e submetido a um procedimento estabelecido. Em seguida, num cariz substancial no qual se respeita o conteúdo principiológico e valorativo supremo do Estado. Nesta perspectiva, concede-se validade/efetividade aos atos de todas ordens emanados.

Noutras palavras, dois grupos de idéias sustentam o neoconstitucionalismo, segundo Ana Paula de Barcellos⁹. Do ponto metodológico-formal, haurem-se três premissas: a) caráter imperativo das normas constitucionais; b) superioridade destas diretrizes; c) subjugo de todos atos posteriores à Carta Magna. No aspecto material, dois requisitos: a) incorporação dos valores e opções políticas no texto Supremo, sobretudo inerentes à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais; b) expansão dos conflitos específicos e gerais entre as opções normativas (as prerrogativas em discussão se ponderam sem exclusão absoluta, com preservação do núcleo essencial de cada qual, observada a casuística interpretação sistemática, harmônica e teleológica do texto).

Some-se a isto, numa concepção amplificadora dos direitos humanos - mitigando o então dualismo moderado dogmaticamente aplicável em matérias de direito internacional – recente decisão do STF, que delimitou pragmaticamente a

⁸ MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 107.

⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. . In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2007. p.

categoria de normas ‘supralegais’: “Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção” (em 03.12.2008, HC-87585).

No sentido neoconstitucionalista, portanto, legalidade é um princípio fundante. Demais disso, transforma-se na juridicidade, de concepção amplíssima, ora condicionante de todas demandas institucionais, mais flexível e aberta em relação à ultrajada legalidade formal, já que em constante harmonização sistemática se ponderada às demais normas de similar envergadura (como a moralidade). Assevera Maffini¹⁰: é vetusta a concepção formal do ‘ilegal’ na coisa pública, devendo-se haurir um conceito de ‘juridicidade’ - esta sim vetoriza a contrariedade ao Direito como um todo, além da imoderada vinculação da Administração às regras legais.

Vale dizer, atualmente dispomos de uma constituição dirigente transformadora e numa constante dinamização sinalagmática dos auspícios sociais. Orienta-se pelos valores e princípios pluralizados harmonicamente em seu texto, exortando todos setores da ordem jurídica, social, econômica e política. Evidente que, neste cenário, o Direito Processual Penal (bem como o Direito Penal) é repensado horizontal e

¹⁰ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 46.

verticalmente, não sendo um ramo calcado meramente em questões de legalidade estrita; pelo contrário, vinculam-se à hermenêutica constitucional para materializar, em concreto, os ditames daquele texto. A feição externa/sensível mais notória do Processo Penal – a pretensão acusatória que se funde à 'ação' penal – de uma acepção estrutural, orgânica e formal, assume contorno e conteúdo substancial, funcionalizado à edificação efetiva e concreta dos valores e princípios constitucionais, supralegais e legais (jurídicos *lato senso*). Devido à complexidade e, por vezes, contraditórias indicações dos anseios públicos ao atingimento dos fins (não raro insuficientes a todos interesses em liça), natural que os atos institucionais sejam objeto de ponderações constantes, sopesados dinamicamente pelas ideologias e interesses fundantes, por imutáveis, bem como aos momentaneamente presentes e compatíveis com aqueles.

Impõe-se uma ordem de exigências plasmadora da legitimidade da acusação, da Administração da Justiça, da Política, da Constituição e da própria sociedade, como elementos de um todo que visualiza a construção dos novos direitos materializáveis a partir de uma relação intercambiável de regras, princípios e valores convergentes. O poder que outrora criava o direito-conceito, simbolicamente estatuído como limite de seu genitor, agora se adstringe funcionalmente aos indisponíveis marcos normativos insucetíveis de regresso autofágico, mas tendentes à satisfação social de todos e de cada qual de seus integrantes. Definitivamente, essa concepção, em diuturna mutação construtiva, reproduz o diálogo permanente no qual se ponderam os interesses conflitantes e reserva à legalidade estática uma distante recordação histórica.

O Processo Penal acompanhou essa dinâmica organicista. Para satisfazer os novos auspícios sociais, emprestou-se-lhe uma ideologia valorativa que transcende a mera subsunção aritmética do direito material. Pelo contrário – e tal fenômeno

também é observado no Direito Penal¹¹ –, normalmente exercita ponderações dentre os conflitos aparentemente antinômicos e, apenas, concretamente solúveis às inéditas questões que se lhe apresentam. A força estatal – via processo – demonstra relação simbiótica com o direito material, no qual este lhe serve, mas também por aquele é servido institucionalmente, flertando-se em coordenadas estruturas realizadoras das insurgências jurídicas e sempre norteadas pela justiça e pacificação social. Esta permeabilidade aos valores político-constitucional e jurídico-material constitui a metodologia instrumental¹² do processo, que amplifica possibilidades garantidoras dos direitos fundamentais.

Disso resulta a necessidade de substanciação da acusação pela verossimilitude da imputação. Vale dizer, no entrechoque de princípios debatidos na celeuma – vedação da proteção insuficiente *versus* presunção de inocência –, indispensável que a demanda criminal se faça acompanhar, em todos seus movimentos, das condições da ação penal¹³: *fumus commissi delicti*, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa. Com base nesses exatos requisitos, parece estranha incongruência endonormativa que o Ministério Público possa requerer o arquivamento do Inquérito Policial (por ausência de elementos para denunciar), mas ficasse impossibilitado da desistência *na* ação penal (art. 42, do CPP). Qual seria a

¹¹ Desde a década de 1970, com a revolução epistemológica impulsionada pela doutrina de Claus Roxin, o Direito Penal não se adstringe à singela fórmula causal-finalista. Pelo contrário, as concepções ônticas se prestam a mero ponto de partida (mesmo na categoria conduta!) para, analisadas no aspecto normativo conglobado da teoria constitucional do delito, ensejarem (ou não) resposta sancionatória. A teoria da imputação objetiva instrumentalizou nova leitura de todas as categorias do crime – aproximando o direito das orientações sociológicas e, noutro giro, sistêmicas.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 21.

¹³ LOPES JR., Aury. (Re)pensando as condições da ação penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 288.

diferença prática – sob o prisma do acusado – entre o arquivamento do IP e a desistência *na* ação penal? Axiologicamente, nenhuma; em termos práticos¹⁴, de igual forma. Outrossim, se à perspectiva probatória do IP, sumário por evidência e unilateralizado por natureza, houve a dispensa da necessidade acusatória, sob o plano do contraditório substancial, após coligida a prova no bojo do processo, soa temerário se prosseguir numa acusação que se verificou desprovida de substância persecutória.

Ressalto, se após amplificado/aprofundado o módulo da prova (cotejo da cognição sumária do Inquérito em relação à exauriente, prevista no bojo do processo) – conteúdo (re)cognitivo do processo penal – o Ministério Público não puder requerer o ‘arquivamento da demanda’, estará exasperando a acusação contra pessoa que sabe (ou pelo menos lhe aparenta) inocente! Justifica, incrédulo, o CPP: caso fosse na fase inicial, sumária e reducionista do IP, haveria a possibilidade do pedido de arquivamento; no estágio avançado do processo penal, com aprofundamento exauriente da cognição, aí resta impossível a desistência. *Contraditio in terminis* que reclama correção valorativa constitucional.

De fato, o Ministério Público não poderá desistir *na* ação penal se houver elementos sensíveis (condições para o exercício da ação) que lhe sustentem a imputação – leitura concretista do texto do CPP. A nenhum acusador (seja público

¹⁴ Depois de muita tinta manualística que repetia os termos do CPP, o STF consolidou que, nem sempre, é passível do desarquivamento do IP. *Secundum eventum motivationis*, a decisão poderá imutabilizar-se pela coisa julgada – da mesma sorte que o provimento judicial acerca das condições da ação penal: A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, a pedido do Ministério Público, quando o fato nele apurado não constituir crime, produz, mais que preclusão, coisa julgada material, impedindo ulterior instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio, ainda que a denúncia se baseie em novos elementos de prova. (...) Habeas corpus deferido para trancar o processo condenatório. Precedentes citados: HC 80560/GO (DJU de 30.3.2001 e RTJ 179/755); Inq 1538/PR (DJU de 14.9.2001 e RTJ 178/1090); Inq 2044 QO/SC (DJU de 8.4.2005) e HC 80263/SP (DJU de 27.6.2003 e RTJ 186/1040).

ou particular), em princípio, subsiste a intenção de soterrar um inocente com o drama da condenação. À sociedade – titular da soberania punitiva – falece força política de coesão que sustente a sanção ao sabidamente inocente. Destarte, se ao acusador cabe requerer o mais – pedido de arquivamento à vista de parcos indícios na fase do IP –, certamente lhe resulta possível o *minus*: desistência na ação penal pública, após contextualizada a falência probatória em contraditório. Obviamente, segundo adverte Giacomolli, “a atuação do Ministério Público não é uma manifestação do princípio da oportunidade em sua pureza, ou seja, de uma opção sua em deduzir ou não uma pretensão alternativa, mas uma atuação circunscrita ao legalmente estabelecido”¹⁵. A disposição do particular entremeia-se às suas vicissitudes psicológicas/endógenas; no caso do órgão público, fala-se em discricção e, portanto, obtemperada pela realidade concreta provada nos autos (motivação exógena); a despeito da obsessão classificatória inerente ao talante científico-doutrinário, mesmo em não se tratando de oportunidade de *lege lata*, a disponibilidade é plausível à ação penal pública por singela razão – ela existe, seja qual for a denominação que se lhe pretenda imputar: desistência, pedido de arquivamento, espaço de consenso, *whatever*.

2. SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Desde a noção kantiana, o conceito de sistema organiza-se ao entorno de um seu princípio unificador. No paradigma normativo processual, tal leitura não se distancia: a partir de determinado(s) vértice(s) celular(es) – a gestão da prova –, promanam-se categorias axio-deontológicas vinculativas do

¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. O processo penal contemporâneo em face do consenso criminal: diálogos corrompidos e persistência no monólogo vertical. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 249.

emaranhado dessas relações jurídicas travadas no bojo¹⁶ da celeuma¹⁷. Ressalto que nenhum sistema sócio-jurídico, atualmente, resiste à pureza absoluta. Pelo contrário, consolidam-se perspectivas conflitantes e inerentes ao talante democrático; entretanto, os caracteres precípuos do sistema são deveras influenciados por seu princípio reitor.

Da imagem dum sistema advém sua dinâmica de auto-referenciabilidade estrutural limitativa: ao mesmo instante que se delimita e acerta sua diferenciação ontológica dentre as diversas correalidades que o circunda, relaciona-se com os demais os subsistemas, todos vindo a conformar a concepção até certo ponto heterogênea da totalidade. Leia-se, a depender a linha de visada e dos caracteres eleitos à observação, a relação sistema-meio (ou interna ao próprio sistema) pode ser homogênea, ou não. Justamente, autopoiese significa autoprodução¹⁸, representando uma relação do organismo (no caso específico, a dialética processual em termos horizontais e dela com as demais normas do sistema constitucional no plano vertical) com o todo, numa dinâmica vivificadora de produto-produtor de realidades/posições sócio-normativo-políticas. Na acepção de Niklas Luhmann¹⁹, trata-se de um paradoxo: ao mesmo tempo em que um sistema é autônomo (consegue produzir sua própria realidade endoprocedimental), também

¹⁶ O sistema processual, não necessariamente, define-se em seu ambiente interno. Definindo o que ele é, acaba por caracterizar o que ele não é. Por exemplo, a questão da legitimação processual: no ambiente alheio ao processo (exógeno), o não legítimo não pode alavancar posições internas – pelo motivo de ser diverso da pertinência sistêmica originária (a não ser em hipóteses extraordinariamente previstas).

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 140.

¹⁸ MARIOTTI, Humberto. Autopoiese, cultura e sociedade. In: [HTTP://www.geocities.com/pruriversu/autopoies.html](http://www.geocities.com/pruriversu/autopoies.html). Acesso: 25/09/09. p. 1.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 101.

formula sua dependência aos recursos do ambiente (realiza-se pela diversidade exógena). Nesse quadrante epistemológico, de significativa importância definir qual o princípio reitor do sistema processual penal. A partir dele, sopesada a impossibilidade natural de uma pureza autopoietica absoluta (caráter heterogêneo/homogêneo, a depender da macroscopia da observação²⁰), pode-se concluir pela sua maior ou menor aproximação às diretrizes minimamente idealizadas no supra sistema que lhe entorna – estruturado programaticamente (observada a eficácia objetiva de seus preceitos) na Constituição.

Consoante Jacinto Coutinho²¹, o princípio unificador do sistema processual brasileiro determina-se pelo critério da gestão da prova. Haja vista o poderio instrutório legado pelo CPP ao juiz, o Professor conclui que ainda trabalhamos no sistema inquisitivo. Com efeito, o processo logra esforços para reconstruir fatos e orientações jurídico-concretas à matéria-prima tópica. Seu caractere nuclear autopoietico, mesmo que observado noutro ângulo visual (diverso do julgador), isto é, na própria dinâmica de incertezas conatural ao processo, não deixa de se imbricar à questão (re)cognitiva, porque inerente consequência dos ônus argumentativos das partes litigantes: a dialética imanente ao jogo de interesses processual.

Recorrendo à origem da teoria biológica dos sistemas, vale consignar que os próprios Maturana e Varela avançaram

²⁰ O mercado de ações traz situação análoga – no atual 'cassino planetário', talvez seja o exemplo mais *sensível* aos diferentes níveis de visão. A análise do *trading system*, não raro, tem sido efetuada em três escalas estratégicas, com diferentes variantes temporais: v.g., escala diária, semanal e mensal. A partir daí, dentro e fora das heterogenias e homogenias apresentadas, o investidor retira uma suposta tendência do mercado. Trata-se da técnica do *triple screen*. Com essa estratégia, através de 2 ou 3 tempos gráficos, detectam-se correções na tendência que permitem ao investidor entrar num *timing* mais aconselhável. In: <http://investatradingsystems.blogspot.com/2009/07/o-que-e-analise-triple-screen.html>. Acesso em 09/10/09.

²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 1, p. 28.

em suas observações das relações circulares sistema vivo-meio (imagem do todo), denominando tal simbiose de ‘acoplamento estrutural’, espécie de transações negociais recorrentes. Glosando a ideia naturalista ao prisma social, Humberto Mariotti arremata: “sempre que um sistema influencia outro, este passa por uma mudança de estrutura, por uma deformação. Ao replicar, o influenciado dá ao primeiro uma interpretação de como percebeu essa deformação. Estabelece-se portanto um diálogo. Por outras palavras, forma-se um contexto consensual, no qual os organismos acoplados interagem. Esse interagir é um domínio lingüístico”²². Qualquer semelhança não se trata de mera coincidência ao fenômeno sócio-jurídico esgrimido no bojo da contenda processual, peculiaridade que aproxima a tese de Geraldo Prado²³ à conclusão resumida por Jacinto Coutinho. Ora, a dialética inter-relacional – identificada pelo magistrado fluminense como princípio ‘acusatório’ alicerçado na divisão das tarefas de acusar, defender e julgar – é método de trabalho instrumentalizado à consecução da efetividade processual e inversamente proporcional ao menor/maior grau de intervenção do julgador na procura da prova: este, sim, imbricado a princípio reitor normativo da gestão da prova no processo penal. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, acerca do contraditório, deixa escapar a concatenação dinâmica entre juiz e partes: “o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado. A faculdade concebida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada

²² MARIOTTI, Humberto. Autopoiese, cultura e sociedade. In: [HTTP://www.geocities.com/pruriversu/autopoies.html](http://www.geocities.com/pruriversu/autopoies.html). Acesso: 25/09/09. p. 3.

²³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 126.

pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial, garantindo seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões”²⁴.

A complexidade da matéria atine à própria dinâmica aparentemente paradoxal da teoria dos sistemas (‘autonomia dependente’, caso visualizada a relação circular do organismo-meio). No subsistema processual penal, cada ator processual, com sua pretensão²⁵ (de tutela ou regulatória do feito²⁶), influencia a sorte da celeuma, ricocheteando posições jurídicas aos demais inter-relacionados. Em reação, a defesa replica a demanda inicial, compensando ou se equilibrando, na medida do possível, um regime que, de aparente antítese, estabiliza-se em seu movimento pela cooperação motriz – a multifacetada gama de reações contingencia uma situação de aparente *inércia* equilibrada. A manutenção desta balança imprescinde do afastamento do julgador na perquirição das provas, pena do comprometimento do núcleo essencial do sistema acusatório. Demais disso, ao se imiscuir no certame instrutório, o juiz fulminaria diversas garantias secundárias – e mantenedoras do próprio princípio reitor normativo – como o contraditório, o direito de defesa, a motivação e a presunção de inocência.

Aquilatada doutrina reputa a sistemática brasileira de cariz inquisitório, observado a gama de recursos procedimentais elencados no CPP. A despeito da falta de ‘pureza’ de nosso sistema, vale consignar orientações

²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In *Revista da Ajuris* n. 74, p. 110.

²⁵ Não cogito do significado jurídico próprio do termo, mas da acepção social peculiar à lógica primeva ao movimento, seja para angariar posição jurídica (natural às partes) ou dizer o direito/justiça do caso (função jurisdicional).

²⁶ Parte autora exercita ‘ação’ e o réu movimenta ‘reação’. Todavia, ambos dispõem da ‘pretensão de tutela jurídica’, *prius* constitucional à dinâmica ôntica da ‘ação’, que salvaguarda no estado de latência a possibilidade do interessado vir a juízo reclamar seu direito (ou aparência dele).

programáticas consignadas na CRFB (art. 129, I) que, se não adimplidas na integralidade prática pelo legislador²⁷, pelo menos orientam a edição de vindouras normas infraconstitucionais. Isto parece ter acontecido em relação à (re)vigoração do contraditório²⁸ na reforma do CPP (eg. novas redações dos arts. 383, 212). Outrossim – e daí a importância desta reflexão preliminar, por servir de paradigma supralegal axio-deontológico –, atine à pretensão constitucional do sistema processual brasileiro, a partir do caractere referencial positivado no art. 129, I, da CRFB. Com efeito, mesmo que a repartição funcional dos atores processuais não tenha sido atendida (na totalidade esperada) pelo CPP, a Lei Suprema emana força normativa suficiente para correções valorativas das positavações do Código em termos pragmáticos – tudo, obviamente, a depender da leitura jurídico-ideológica do operador.

Nesse talvegue, como veículo instrumental de acesso à jurisdição, utilizando-se da metodologia processual e dos fatos subjacentes como matéria tópica, a ‘ação’ processual assume significativa importância na contraposição de posições jurídicas dialogadas. Em si, trata-se do elemento nuclear da trilogia da própria ciência do processo (ação, jurisdição e processo), o que desvenda, a partir de sua leitura, a sorte concreta de inúmeras diretrizes conformadoras do suprasistema constitucional. Refriso: a depender da vontade política do intérprete.

2.1. INSTRUMENTO DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO: ‘AÇÃO’ PROCESSUAL

²⁷ Ou pelo operador do direito, por exemplo, que condena um acusado após o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, conferindo eficácia substancial ao malfadado art. 385, do CPP.

²⁸ E, no quadrante epistêmico acima referido, à medida que se reforça a dialética, retira-se incumbência ‘persecutória’ do juiz.

A evolução da ciência processual, não por acaso²⁹, decorre das polêmicas ensejadas pelas diversas teorias que discutem a natureza, essência e a própria definição do fenômeno ‘ação’ processual. Os caracteres científico-culturais dessa celeuma – ascendendo a ‘ação’ como princípio unificador da trilogia processual – ratificaram sua importância para a consagração do Direito Processual como ramo autônomo das ciências jurídicas. À míngua das divergências histórico-culturais vislumbradas na totalidade das expectativas teóricas que se sucederam no tempo, parece-me avultar peculiaridade eminentemente dinâmica e convergente dentre as fases da fenomenologia ‘ação’.

As orientações unitárias³⁰ (monistas) da ‘ação’ pretenderam-na conceito puramente material ou processual: ignoraram a horizontalidade dos planos, a despeito da complementaridade circular. Pela teoria civilista, ‘ação’ é o direito de *perseguir* em juízo o que nos é devido. Ou seja, o movimento constitui singelo desenrolar cronológico do direito subjacente, sem diversificação qualitativa considerável. De sua feita, a teoria concreta, consoante Wach (1889), publicizou a natureza da ‘ação’, passando a caracterizá-la como direito subjetivo, todavia de caráter institucionalizado, direcionada contra o Estado e, por ricochete, contra o particular, do qual exige a sujeição. Chiovenda, mitigando a decantação absoluta público-privado de outrora, atribuindo ao processo a vivificação do crédito (obrigacional) por ocasião do poder, refere que a ‘ação’ é o direito potestativo por excelência, tendente “a producir un estado jurídico nuevo frente a un

²⁹ Não surpreende que a trilogia ação, processo e jurisdição se oriente pela evolução da primeira categoria. A fenomenologia da autopoiese, apertadamente indicada acima, justifica esse construtivismo em ricochete.

³⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. In *Revista da Ajuris* n. 88, p. 140.

adversario”³¹. Na esteira de Degenkolb (1877), o direito de ‘ação’ independe do sucesso da pretensão material, à medida que a relação demandante-Estado não perde seu vigor pela (má) sorte da relação jurídica subjacente. Na ‘ação’, identifica-se um direito de crédito do indivíduo contra o Estado, que deve prestar a jurisdição aos súditos, por ocasião da proibição da autotutela. Finalmente, a doutrina de Liebman, em grande sorte vinculando o exercício da ‘ação’ a algumas condições conexas ao direito material, acopla concepções de Degenkolb e Wach, aproximando-se de uma ou de outra orientação, a depender da linha de visada estudada.

O conceito dualista da ‘ação’ depura, horizontalmente, os planos substantivos³² (material e processual). Separa-se a ação material³³ (eficácia da relação jurídica de direito material) da ‘ação’ processual (eficácia da relação jurídica Estado-súdito, motor da relação jurídica processual). Nessa compleição, ‘ação’ processual significa *exercício* do direito que lhe é predecessor, ou seja, um *posterius* de seu *prius* lógico – o direito de acesso à jurisdição. Ovídio³⁴ arremata: “Ação não é direito, insista-se mais uma vez: é exercício de um direito público subjetivo de tutela jurídica”. Mais adiante, o Professor complementa, referindo que o exercício deste direito de tutela jurídica exige não apenas a invocação da proteção, pela

³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Editorial Temis, 1986, p. 35.

³² Saliento que, tecnicamente, plano substantivo não é sinônimo de material e vice-versa.

³³ No processo civil, com a vedação da justiça de mão própria, é absolutamente excepcional a perspectiva da ação material. Poder-se-ia inferir a inutilidade desta categoria ao processo penal, haja vista que a sanção apenas se legitima pela ‘instituição’. Todavia, penso que situações extremas – como a legítima defesa – fazem subsistir o sacrifício da incolumidade numa situação aproximativa à demanda material.

³⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 24/5.

formulação do pedido ao Estado-juiz, mas, além disso, condiciona a prestação da tutela à efetiva ação do interessado.

Em derradeiro, grassam reflexões da corrente instrumentalista³⁵ da ‘ação’. Embora dissidente de ambos compartimentos anteriores, dependendo do autor, aproxima-se do plano monista ou dualista, resgatando a força vinculativa do direito processual ao material (e vice-versa) afirmado *in statu assertionis*. De fato, desontologiza o fenômeno conceitual da ‘ação’, refletindo importância às tutelas jurisdicionais dela decorrentes, verdadeiro escopo da realização da justiça e pacificação social.

A despeito das polêmicas classificatórias, o liame de (praticamente) todas correntes vicejadas atine à própria concepção ôntica da ‘ação’ enquanto fenômeno científico-sensível – ela representa uma antítese da inércia. Com efeito, agir denota movimento, dinâmica, sucessão de atos que retiram um elemento (a pretensão) de seu estado de latência meramente existencial. Espantoso é que, a partir de um signo (ação) conglobador do movimento em seu conteúdo semântico (contenedor da dinâmica), da antítese à inércia, parecer ter sido impulsionado pela ‘estática’ desprovida de carga axiológica, na qual se imiscuiu o processo como ciência por muito tempo. Vale dizer, o *significado*³⁶ ‘ação’ assumiu o paradoxal *sentido* de ‘inércia’ (alheamento ao mundo real). Até por isto que uma definição unísona da ‘ação’ processual nos escapa: talvez pelo fato de sua inerente dinâmica homiziar a possibilidade/dificuldade de abstração humana em descrever fenômenos em movimento.

Solução aproximativa alinhava-se à diagramação analítica do objeto, dissecando-o nos diversos atos que, apesar

³⁵ ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 408.

³⁶ Para ilustrar, o sentido está para o significado assim como o efeito está para a eficácia.

de aparentemente independentes, conformam-se, ao seu cabo, como um todo homogêneo. Vale dizer, vislumbrada nos seus cortes cronológicos, ‘ação’ processual é o somatório das posições jurídico-processuais subjetivas ativas (quicá, reativas) exercidas pelo autor ao longo do procedimento. Ou seja, não basta despertar a jurisdição com a demanda, mas resta onerada à parte o prosseguimento integral de seu exercício, por meio de atos concretos, até o resultado final. Segundo Alvaro de Oliveira, “o agir é realizado exclusivamente por meio da ação processual, pelo exercício das faculdades e poderes da parte, que se concretizam em atos processuais, conforme a seqüência procedimental estabelecida em lei (v.g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos, etc.)”³⁷. Em palestra promovida no Centro de Estudos do TJRS, o Professor reforça: “ação processual é, afinal de contas, agir. Garantia de ação, o direito fundamental de ação é algo que não diz respeito à ação processual, é algo pré-processual, vem antes da ação. E a ação é o agir. E como é que eu ajo? Ajo exercendo os poderes que me são concedidos abstratamente pelo ordenamento, por atos concretos. E isso é ação. Ação não é, como dizia Liebman, só o poder de provocar a jurisdição, mas de exercer todos os poderes até o fim do processo, até o último ato do processo; isso é ação processual. Poderes que não abstratamente concedidos; por exemplo, o poder de recorrer, o poder de demandar, o poder de pedir provas, o poder de arrazoar, poderes que são abstratamente concedidos e que são exercidos concretamente por atos processuais: recorrer, arrazoar, etc”³⁸.

Nessa porfia, com respeito aos majoritários

³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 102.

³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Da sentença: Lei nº 11.277/06 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466A, 466B e 466C pela Lei nº 11.232/05. in: *As recentes reformas processuais*. Cadernos do centro de estudos, vol. I, TJRS, p. 36.

entendimentos dissonantes, o fenômeno ‘ação’ processual é impassível de uma substantivação que o transmuta em direito subjetivo (público ou privado³⁹). Tampouco plausível a construção do instituto como um direito ‘em dois tempos’, fundindo-se a pretensão da tutela jurídica à ‘ação’ propriamente dita. Tais construções increpam-se de artificialismo falseável pela ontologia dinâmica do instituto: quem age (ou o corpo que é colocado em movimento) retira-se da inércia; logo, refuta-se-lhe a condição de mero *status* e se coloca em situação de combatividade⁴⁰. Quando a Constituição atribui ao Ministério Público, privativamente, a ‘promoção da ação penal’, reserva tautologia: por tudo comentado, ‘ação’ é movimento; a isto, some-se a ideia de que ‘promover’ não significa meramente desencadear, mas atuar em todas as facetas jurídico-procedimentais da ‘ação’, de molde tanto a fiscalizar como a defender a soberania dos interesses indisponíveis do povo – quadrante institucional supremo do MP. Logo, à medida que se percebe a inércia – v.g. com o pedido de absolvição – do acusador, a jurisdição falece de legitimidade constitucional a desenvolver/promover a demanda à sorte contrária da manutenção da inocência, como se verá a seguir. A única força que sustenta a ‘ação’ penal pública enquanto instrumento/movimento da jurisdição é a sucessividade de posições jurídicas alavancadas pelo Ministério Público – mais ninguém, trata-se de atribuição exclusiva⁴¹.

Com argumentos inerentes ao direito material (pretensão

³⁹ No Brasil, a grande maioria dos juristas definem ‘ação’ como direito subjetivo público. Mas a referência ao direito subjetivo ‘privado’ presta homenagem ao gênio de Chiovenda, em cuja teoria se definia a categoria do direito potestativo de agir – fosse público ou privado – a depender da matéria subjacente à celeuma processual.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 103.

⁴¹ Para não restar dúvidas, utilizou-se o termo exclusividade que, ao contrário da privatividade, não é passível de delegação.

de direito material), Aury Lopes Jr.⁴² culmina a semelhante conclusão. Quando o Ministério Público deixa de exercer a pretensão acusatória (ou pede absolvição), refere o Professor, esvazia-se o próprio objeto do processo penal e o juiz, conforme a fase da demanda, deverá arquivar ou absolver o réu. Motivado pela verossimilitude⁴³ do fato (ou melhor, falta de), o acusador pedirá a improcedência da denúncia; a tal requerimento permanece vinculado o julgador. Sem embargo de, no plano pragmático, haver plena validade a esta construção, adotei fundamento de caráter formal (‘ação’ processual) em face da positiva explanação do contexto defendido no bojo da Constituição. Não fosse a letra do art. 129, da CRFB, talvez me utilizaria da tese da pretensão material. A despeito de ambas reflexões resultarem idênticos resultados jurídico-processual – a vinculação/adstrição máxima do julgador aos limites da acusação – vale lembrar, com Geraldo Prado, que o “princípio acusatório funde acusação e ação penal, justamente por não admitir a existência de processo condenatório sem iniciativa da parte autora (*nemo iudex sine actore*), e, em vista dele, somente se a ação penal for proposta e desenvolvida haverá, após a contraposição da atividade de defesa, autorização jurídica para a prolação do decreto condenatório”⁴⁴. Vale dizer, menos importante a semântica quando o ponto de chegada é o mesmo.

⁴² LOPES JR., Aury. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 39, p. 111.

⁴³ Na verdade, a posição atravessada neste tópico não diverge daquela advogada por Aury Lopes Jr., havendo relação de complementaridade dentre ambas. De fato, consoante melhormente será investigado no item referente à ‘verdade real’, observarei que o MP formulará o pedido absolutório com margem no contexto probatório recolhido – tais elementos sensíveis (justa causa) que substanciam a pretensão acusatória no sentido material. A partir daí – como *posterius* institucionalizado – no plano da ‘ação’ (não mais uma mera pretensão de tutela jurídica – ressaltado, diversa da pretensão material) verifica-se a inércia do acusador que, nos termos da CRFB, fenecem demanda em legitimidade supralegal.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 132/3.

2.1.2. QUESTÃO TERMINOLÓGICA

O título epigrafado salienta a fenomenologia da (in)disponibilidade instrumentalizada na ação penal pública. Verificou-se que, tecnicamente, ‘ação’ é a sucessão dos atos formais a culminar num julgamento, ínsita à dinâmica antitética à inércia.

Todavia, comumente utiliza-se o vocábulo ‘ação’ como sinônimo palpável de processo, demanda, lide, causa, autos, etc. – observação burocrática. Consequentemente, divulga-se a expressão desistência ‘da ação’, tanto no seio dogmático (art. 42, do CPP e 267, VIII, do CPC) quanto doutrinário. Por suposto, tal imputação justifica-se pela consagração da ‘ação’ como objeto jurídico estanque – um direito subjetivo público – arrefecendo sua posição dinâmica de exercício do direito/preensão (seus *prius* lógico), ao invés de compreender a carga axio-deontológica diferenciada que o efetivo exercício da combatividade alavanca (*posterius*).

De chofre, a categoria da qual se poderia (ou não) desistir seria a do ‘pedido’ ou da ‘demanda’ (entendida, por vezes, sinônima de pedido), jamais desistir ‘da ação’. ‘Ação’ processual exercita-se (ou não) furtando-se, como fenômeno dinâmico, às opções disponibilizadoras meramente formais. Daí, a opção por titular o estudo da maneira proposta: (In)disponibilidade *na* ação penal pública – fenômeno observado no bojo da dinâmica sucessiva de atos.

2.2. LEGITIMAÇÃO ACUSATÓRIA ATIVA INSTITUCIONALIZADA. PECULIARIDADES DUMA PERTINÊNCIA SUBJETIVA HETEROTÓPICA⁴⁵

⁴⁵ A legitimação *ad causam*, à míngua da tese de Liebmann, pertine ao exame do contexto fático-subjacente da demanda. Na ortodoxia dos salvadores desses argumentos, formulou-se a teoria da assersão, de molde a se considerar, face o reduzido módulo de evidências prefacialmente carregadas, a pertinência subjetiva

As primeiras notícias do fenômeno acusatório criminal datam do antigo Egito e da tradição greco-romana. Tratava-se de esboço eminentemente privado da função que viria a se desenvolver ao longo dos tempos. Na França⁴⁶ – considerada o berço do Ministério Público, mais precisamente na ordenança de Felipe, ‘o Belo’, de 25/03/1302 – a gênese da instituição se amalgama à defesa do monarca, de seu patrimônio (privado e estatal) bem como dos interesses civis dos privilegiados ligados à incipiente expressão de governo, tarefa então desempenhada pelos chamados *‘les gens du roi’*. Todavia, a moldura institucional mais aproximada aos lindes contemporâneos do órgão somente adveio com o iluminismo e a Revolução Francesa, sobretudo com o Código de Instrução Criminal (1808), pela necessidade da submissão daquele Estado totalitário à inédita certeza da lei. Vale dizer, o Ministério Público é fruto da Democracia clássica e do Estado de Direito (formal, em seu nascedouro), oportunidade na qual se desapegou da representação dos privilégios nobiliárquicos e assumiu sua vocação assistencialista-curadora: a defesa da soberania⁴⁷ do povo.

dos envolvidos. De qualquer sorte, são questões que atinem ao processo (no caso comentado, civil). Na situação do processo penal, a legitimação das partes ativas ficou remetida ao Direito Penal. Questões unicamente de política criminal imputam, não raro, assistematicamente, a titularidade a tal ou quais delitos. Exemplifica-se: as contravenções penais são delitos perseguíveis por ação pública incondicionada; o estupro, até bem pouco tempo (antes da Lei 12.015/09), seria analisado via ação privada. Alguma coerência nesta construção? Parece evidente o fundamentalismo positivista e açodado. Poder-se-ia propor, para sistematizar melhormente a matéria, a publicização da pesquiabilidade de acordo com a gravidade em abstrato das penas, tal como se fez nos procedimentos do CPP (vg. aos crimes com pena máxima superiores a dois anos seria cabível ação pública, etc.). De toda sorte, não fora a opção do sistema brasileiro que, na sua colcha de retalhos ocasionalmente costurada, tende a remeter a legitimidade *ad causam* – questão de processo – ao casuísmo sancionatório do Direito Penal.

⁴⁶ BALTAZAR, José Paulo; VASCONCELOS, Sara Shütz. O ministério público na constituição federal de 1988. in: *Revista do MPRS*, vol. 22, p. 13.

⁴⁷ A expressão ‘soberania’, aqui utilizada de *lege ferenda*, não atine à

Com efeito, a defesa da ordem jurídica, dos interesses difusos e/ou públicos, enfim, consignou-se expressamente na CRFB/88. Prevenindo-se contra eventual retrocesso (consoante o faziam os *les gens du roi*), o art. 129, IX, da Carta, vedou o patrocínio de interesses das entidades públicas. Por suposto, a medida refutou a demanda Ministerial ao que Renato Alessi denominou de interesses públicos secundários – diretamente orçamentários e mediatamente públicos. Daí resulta evidente que, ao movimentar uma ação penal pública, o MP atua em nome da coletividade, defendendo, em última análise, a soberania do povo e seus bens jurídicos precípuos, todos inerentes à própria sobrevivência da coletividade. A figura do acusador público, refere Michel Rassat⁴⁸, supõe a consideração da coletividade como uma pessoa moral individualmente ferida por um delito cometido por um indivíduo em prejuízo de outro, concepção que reclama certo grau de maturidade jurídica adquirida há poucos séculos.

Logo, ao atravessar uma demanda criminal, o órgão público não atua em nome próprio tampouco representando direito subjacente alheio – o folclórico poder punitivo estatal. Na verdade, movimenta-se em nome e interesse da totalidade envolvida – da coletividade – como instituição legitimamente organizada para curadoria dos princípios e valores supremos da República. Com Diaulas Ribeiro: “retidada pelo constituinte aquela atribuição de defensor do Estado – enquanto pessoa jurídica de direito público –, ficou consolidada a função ministerial de defensor do interesse público, ou seja, do interesse do Estado-enquanto-povo. Interesse público é

compleição da força estatal no Direito Internacional Público. Refere-se ao fundamento das próprias instituições democráticas, seus vigos de efetividade, sem descuidar do caráter instrumental do órgão – isto é, o Ministério Público existe em função do povo e para a proteção dessa mesma totalidade de interesses públicos se organiza, numa relação circular legitimadora.

⁴⁸ Apud MEIRELES, José Dilermando. *Ministério público* – sua gênese e sua história. In: Revista de Informação Legislativa, n. 84, dez/1984, p. 201.

sinônimo de interesse geral da sociedade, de interesse do Estado enquanto comunidade politicamente organizada, do Estado como expressão suprema da organização ético-jurídica da sociedade. Interesse público é, pois, o interesse geral, impessoal, que a todos concerne diretamente e não somente ao Estado-enquanto-Poder, como sujeito de direitos e obrigações voltado para o desempenho das atividades que lhe são peculiares. E por ser de todos, o interesse público não é de ninguém em particular, não podendo ser confundido como interesse coletivo”⁴⁹.

O Ministério Público, como nenhum outro órgão da Administração, não exerce atividades totalmente desvinculadas da legalidade. As diferenças dentre as demandas que se lhe faculta, no plano jurisdicional, atine à maior flexibilidade de alternativas diretamente proporcional ao ônus argumentativo oriundo de suas opções fundamentadas. Disso advém o caráter funcional da instituição – sempre direcionada à satisfação do interesse público no bojo do qual, segundo Humberto Ávila⁵⁰, estão também contidos elementos privados em permanente tensão, numa relação de reciprocidade que, casuisticamente, oportunizará soluções efetivadoras da maior valia de interesses em liça.

Observe-se que o somatório de atos processuais penais do MP não diverge, ontologicamente, daqueles desempenhados pelo querelante (titular da ação penal privada). A demanda, os requerimentos, o pedido de condenação, ou não, são material/formalmente similares (para não dizer idênticos) no agir destes atores processuais. Em vista disso, sopesado o fardo axiológico desempenhado pela instituição pública, ambos sujeitos ativos do processo penal agem em *substituição* à soberania do povo, único titular da possibilidade sancionatória.

⁴⁹ RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’. In: *RDP* n. 24, p. 175.

Contingencialmente, o *strepitus judici* fundamenta diferenciação entre as titularidades ativas (público/privada), mas não a ponto de infirmar a natureza jurídica equidistante de suas movimentações processuais. Prova disso é a possibilidade, pelo particular, do ajuizamento da ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX, da CRFB). Ora, ao se cogitar que o particular agiria em autêntica *substituição* processual constitucionalmente prevista, dessa condição também não se afastaria o Ministério Público! Ambos sujeitos ativos, na dialética do processo penal, ressalve-se, agem na tutela de interesses públicos, da coletividade, de manutenção da ordem jurídica (concepção hegeliana) e proteção dos bens jurídicos eventualmente afetados (cunho sociológico roxiniano). A diferença possivelmente alavancada dentre essas manifestações inerentes à pretensão de tutela jurídica pertinem à maior aproximação do queixoso ao bem da vida afetado (seu ou de algum terceiro próximo, imediatamente falando) – entretanto, à guisa das concepções vitimológicas permeadas cada vez mais no espaço criminal, em termos processuais, reafirmo, inexistente abissal desavença ontológica dentre as partes ativas pública ou privada.

Um exemplo facilita a aproximação: imagine-se dois automóveis estacionados lado a lado; um, da polícia (seja federal ou estadual); outro, de algum particular qualquer; por motivos egoísticos, Tício lança pedras contra os veículos, danificando-os, incidindo-lhe a reprovação prevista no art. 163, do Código Penal; a conduta fora idêntica e no mesmo contexto fático; a representação volitiva, da mesma sorte; sem peculiaridades quanto à culpabilidade e os bens jurídicos, em última análise, não se diferenciam em termos concretos/patrimoniais. Todavia, pela letra da lei, possível que Tício seja processado duplamente – via ação penal pública, pelo Ministério Público (seja federal ou estadual) bem como, por intermédio da ação penal privada, pelo particular lesado,

tudo consoante ingerência do art. 167, do CP. De fato, trata-se de mera questão de imputação⁵¹. Aury Lopes Jr. conclui: “o direito de punir não é outra coisa que o direito concreto da justiça penal – personificado no juiz –, de condenar o culpado e executar a pena. O titular da pretensão acusatória exige à justiça penal que exerça o direito punitivo e não que se atribua a ele mesmo ou a um terceiro, como ocorre no processo civil”⁵². O processo assegura – tanto ao MP quanto ao querelante – o direito de acusar, de sorte a não se cogitar de *substituto* ou de melhor ou pior interesse; ambos, cada qual na respectiva sorte de imputações conformadas na lei, dispõem da legitimação soberanamente respeitável.

Na verdade, a ‘importação’ açodada de conceitos da teoria geral do processo à celeuma criminal é deveras perigosa. Haja vista que a doutrina flerta com a categoria ‘substituição’ processual, valendo-se do art. 6º, do CPC, para justificar a demanda criminal. Trata-se de artificialismo. Como visto, o poder de punir/sancionar não pertence ao MP ou ao querelante; logo, se um é *substituto*, ambos o devem ser. Outrossim, no processo civil, também é vedada a autotutela, inexistindo – pelo menos em termos não teóricos/concretos – a ação de direito material; o sujeito adentraria em juízo para pedir uma condenação, não por isto, deixando de defender direito próprio e, mediatamente, público (manutenção da ordem jurídica-social). Nesse giro, por que seria um *substituto* ao pedir a condenação criminal? Diga-se que seu bem jurídico (v.g. honra) fora violado e, mesmo assim, é *substituto* processual!? Assim, a solução da teoria geral do processo é falseável por

⁵¹ A Lei 12.015/09 alterou, significativamente, a titularidade subjetiva ativa nos crimes contra a liberdade sexual. Após diversos anos, que reservaram inúmeras discussões, modificou-se o caráter da ação penal respectiva ao delito de estupro. Houve alguma significativa mudança no crime em si? Absolutamente não! Apenas, fundado nas diretrizes de política criminal, ora se imputou ao MP a titularidade persecutória.

⁵² (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt, *op. cit.*, p. 117.

artificiosa – sua correção valorativa impende uma glosa aproximativa dentre as partes legitimadas ativas no processo, seja pública ou privada.

De fato, o Ministério Público desempenha função jurídico-administrativa. É instrumento otimizador da efetiva tutela dos direitos, vocacionado à garantia de acesso à justiça dos mais expressivos reclames salvaguardados pelo interesse público. Por isto, mesmo no processo coletivo de tutela dos interesses difusos, não seria mero *substituto* processual, como refere Robson Godinho⁵³. Semelhante alusão origina-se de vetusta categorização do processo individual, fundado noutras diretrizes arrepiantes da eminente filosofia da ‘defesa coletiva dos direitos’. Ora, se a ‘importação’ de balizas do processo civil coletivo para o individual faz exsurgir tal paradoxo, imagine-se a confusão histórica permeada no procedimento criminal!

Na CRFB/88, a instituição Ministerial figura no bojo do Título IV – ‘Da Organização dos Poderes’ –, mais especificamente no capítulo respectivo às ‘Funções Essenciais à Justiça’. Poder-se-ia defender que o Ministério Público, pelo seu alto grau de independência, estruturação e autonomia, constitui verdadeiro quarto poder/função da república. Entretanto, a flexibilidade instrumental do órgão, a natureza de suas funções e o caráter social dos interesses por ele tutelados, reagrupam-no como liame dinâmico interpoderes, verdadeiro elo que fundamenta o diálogo da sociedade com os organismos institucionalizados e destes entre si, viabilizado pela vasta gama de prerrogativas legitimamente conferidas à Promotoria. Diversamente da Advocacia da União (e subdivisões congêneres, vg. Procuradoria da Fazenda e Federal), a instituição Ministerial não é representante (muito menos presentante) do Estado enquanto poder. Pelo seu esboço

⁵³ GODINHO, Robson Renault. O ministério público como substituto processual. In *Revista da Ajuris* n. 106, p. 180.

evolutivo acima resumido, a funcionalidade do órgão – verdadeiro poder autônomo – o distingue do braço estatal julgador: este sim, titular do poder de punir. A partir daí, vê-se natural a prerrogativa acusatória do MP. Dizer que o particular é *substituto* processual e o MP exerce o poder de punir trata-se, em última análise, de problema de lingüística⁵⁴, a cuja lembrança advém o paradoxo do mentiroso: quando uma pessoa afirma ‘eu estou mentindo’, ela estará, afinal, mentindo se estiver dizendo a verdade, e dizendo a verdade se estiver mentindo. Atribuir independência (órgão transcendente ao Estado-juiz-sancionador) ao MP e, ao mesmo tempo, impingir-lhe poder punitivo (não acusatório), cicloniza semelhante problemática. Em vista disso – por ausente diferenciação axiológica processual peremptória –, também é possível, Constitucional e pragmaticamente, que o Ministério Público requeira a absolvição do acusado (arquivamento da ação, desistência, ou denominação congênere).

Finalmente, vale consignar que dentre os afazeres regulatórios interpoderes exercitados pelo MP, ressalte-se o controle externo do Executivo, mais especificamente, de sua valência investigatória titularizada pela Polícia Judiciária. Cediço que os órgãos de segurança pública prezam hierarquia ao Poder Executivo – fortemente influenciado, não raro, pelas políticas partidárias desviantes da moralidade/legalidade. Corolário disso é a possível sugestividade que, eventualmente, assola algumas investigações⁵⁵ criminais. Como vértice de equilíbrio – alheio a tais intempéries – a Promotoria constitui garantia dos direitos fundamentais do suspeito na investigação,

⁵⁴ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. São Paulo: Cultrix, 1991, passim.

⁵⁵ No caso da investigação fundar-se nos elementos sensíveis recolhidos por Comissão Parlamentar de Inquérito, por exemplo, creio que ninguém duvidaria (eventualmente) do possível caráter político do material levantado. Nesses casos, como garantia fundamental do súdito, grassa em significação a função Ministerial, equilibrando a proteção do sujeito contra investidas desproporcionais e alheias aos interesses precípuos da soberania popular.

no sentido de controlar, externamente, as demandas policiais/investigatórias, haja vista que solicita o arquivamento de inquéritos infundados ou desprovidos de quaisquer indícios da prática de fato delituoso. No decorrer da ação ocorre o mesmo: à falta de verossimilitude a sustentar alegações finais Ministeriais, postula-se a absolvição do inocente. Geraldo Prado arremata: “É evidente que, no exercício da função pública, submete-se o agente ao império da legalidade, que, no campo penal, em consideração à máxima da isonomia, obedece a princípios de moralidade e impessoalidade. Apesar disso, sempre há um espaço no qual é possível a eleição de alternativas e os critérios de escolha, se variam conforme seja o acusador particular ou oficial, para o último hão de levar em conta a moralidade, impessoalidade e, via de conseqüência, a objetiva isonomia, que não o impedirão de contribuir decisivamente para a implementação da política criminal mais justa”⁵⁶.

3. CARACTERES PRINCIPAIS DA (IN)DISPONIBILIDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONSTITUCIONALIZADA

A (im)possibilidade da (a) desistência *na* ação penal pública, na perspectiva de seu resultado jurisdicional imediatamente vislumbrado nesta reflexão – o (b) pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público e o decorrente esvaziamento eficaz do art. 385, do CPP – reflete conseqüências principais oriundas do paradigma constitucional. Neste quadrante, observar-se-ão duas vertentes normativas que influenciam (positiva e/ou negativamente) a sobriedade substancial da indigitada regra: a presunção de inocência infirma a validade constitucional da indigitada regra; de outra sorte, o dogma da verdade real é retórica utilizada pelos

⁵⁶*Op. cit.*, p. 147.

defensores da manutenção substancial daquele artigo.

3.1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A pretensão de tutela jurídica (acusação *versus* defesa) garante os interesses tanto da parte autora como do demandado. O réu não dispõe de ação, mas de reação, no sentido de se lhe garantir direito de ser ouvido perante a jurisdição. Reflexo disso é verificável no art. 267, §4º, do CPC, vinculando a disponibilidade *na* ação de liturgia civilista à concordância do interlocutor passivo.

Todavia, essa perspectiva processual – de garantir a pretensão de tutela e, via de consequência, necessidade de dupla oitiva – não assume foros absolutos. Determinadas forças das relações subjacentes, pela categoria de sobredireito que protegem, mitigam a necessidade da anuência da contraparte à desistência do pedido. No mandado de segurança, por exemplo, discute-se a invalidação de ato administrativo que, inicialmente, goza da presunção de legitimidade – atributo mantenedor da aparência verossímil/plausível da decisionabilidade burocrática. Assim, a veemência que subjaz o ato contra o qual se insurge o impetrante dispensa a concordância do impetrado para homologação da desistência. O interesse público de manutenção do *status quo* prevalece em face da ordinarização dialógica processual, mitigando-se o citado dispositivo. Hely Lopes Meirelles arremata: “o mandado de segurança, visando unicamente à invalidação de ato de autoridade, admite desistência a qualquer tempo, independentemente do consentimento do impetrado. Realmente, não se confundindo com as outras ações em que há direitos das partes em confronto, o impetrante pode desistir da impetração, ou porque se convenceu da legitimidade do ato impugnado, ou por qualquer conveniência pessoal, que não precisa ser indicada nem depende da aquiescência do

impetrado. Portanto, não havendo símile com as outras causas, não se aplica o disposto no §4º do art. 267 do CPC para a extinção do processo por desistência”⁵⁷.

Imagine-se uma peteca arremessada contra uma razoável ventania. Exaurida a força motriz alavancada sobre este objeto, ela pára e despenca ao solo. A manutenção do *status* de legitimidade do ato administrativo, da mesma sorte, retirando-se a pretensão invalidatória inicialmente fomentada em juízo, dispensa⁵⁸ a concordância do demandado (impetrado ou, para outra corrente, a entidade pública).

No processo criminal, a manutenção do estado de inocência (alcunha presunção de inocência, art. 5º, LV, da CRFB) sobrepaira à dialógica da pretensão de tutela por parte do demandado. De fato, é interesse tanto do acusado – como da sociedade – consolidar a liberdade aos seus pares. A presunção da inocência, anota Ferrajóli, é princípio fundamental de civilidade e representa opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que seu custo resulte na impunidade de algum culpado⁵⁹.

Dai resulta que, atravessado pedido de absolvição advindo do acusador (público ou particular), remanescem incólumes os bens jurídicos do suspeito. À jurisdição, basta assegurar o estado de inocência subjacente à demanda, a despeito da concordância do imputado. Em última análise, este princípio não apenas tutela a liberdade como a segurança e a própria defesa social: garantias fornecidas pelo Estado de direito que expressam a confiança dos cidadãos na justiça e

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115/6.

⁵⁸ Os julgados do STF refletem essa posição: Homologação de desistência do mandado de segurança. Possibilidade de sua ocorrência, a qualquer tempo, independentemente do consentimento do impetrado. (...). (RE (AgRg) N. 167.224-2, relator Min. Néri da Silveira, veiculado no Informativo 184).

⁵⁹ FERRAJÓLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 506.

proteção contra o arbítrio⁶⁰.

Tem acontecido – mormente nos delitos de menor gravosidade (v.g. ameaça, perturbação do sossego, injúria, etc.) – do acusado fazer ‘questão’ de responder ao processo até o final, a despeito do pedido absolutório eventualmente formulado nas fases iniciais do processo. Seja por ignorância ou pela salvaguarda duma suposta ‘reputação’, algumas pessoas tendem a ‘não aceitar’ a desistência *na* ação criminal (diga-se, em seus momentos vestibulares porque, ao final da discussão, obviamente, ninguém pretende ser punido). Leda ingenuidade – o *status* de inocência não interessa apenas ao acusado, mas à totalidade do aparato social legitimado processualmente pelo acusador; logo, postulada a absolvição pelo autor (desistência), fenece a força motriz da ação penal, nada restando de alternativas à aceitação do acusado em termos jurídicos. A presunção de inocência propulsiona o pedido de absolvição pelo Ministério Público, quando fundamentado nos elementos sensíveis então coligidos.

3.2. VERDADE REAL

Frequente a consideração de que, no processo civil, vigora o princípio da verdade formal⁶¹, segundo o adágio do *‘quod non est in libello, non est in mundo’*⁶². Não haveria motivos para afastamento dessa conclusão da liturgia criminal – evidente que a matéria-prima do juiz, seja qual for sua jurisdição, legitima-se pelo esboço documentado no bojo da causa. Entretanto, os anais da persecução inquisitória

⁶⁰ Idem, p. 506.

⁶¹ AMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Um requiém à busca da verdade no processo civil. In *Revista da Ajuris* n. 111, p. 129. O autor discute os poderes instrutórios do juiz, na jurisdição civilista. Conclui que a verdade real também é caractere da liturgia não criminal. Em última análise, refuta a idéia de verdade na incerteza conatural às contendas.

⁶² O que não está nos autos não está no mundo.

propalaram o adágio da verdade real, formatando-se uma sensível troca utilitária: das ordálias ao tarifamento legal, promoveu-se o maniqueísmo decisional da contenda – soluções apriorísticas e incontestáveis; em contrapartida, devolveu-se um processo penal autoritário, instrumentalizado à manutenção do poder⁶³.

No contemporâneo quadrante científico, inviável a separação das ‘verdades’ dentre as jurisdições. A despeito de seu qualificativo (formal ou material), esse aforisma é unívoco. Segundo Paulo Rangel, face os inúmeros dispositivos que possibilitam a busca da prova pelo juiz, no CPC (v.g., art. 130), “ambos os ramos da ciência jurídica processual (civil e penal) movem-se pelo princípio da verdade real, devendo-se atentar para a *res in judicio deducta*, se disponível ou indisponível”⁶⁴. Apenas a matéria subjacente, estática por natureza e incerta quando trazida à dinâmica processual, seria passível de alavancar uma escansão. Também sem diferenciar a sorte das ‘verdades’, mas as tratando (todas) como de caráter unicamente formal, Aury Lopes Jr. identifica este conceito como resultante do embate de forças argumentativas processuais. Sequer plano científico, refere o autor, nenhum saber é datado, não havendo motivos da eleição substancialista da decisão processual em dogma irrefutável. No processo penal, tem-se verdade processual “perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes”⁶⁵.

⁶³ Trata-se duma negociação de perde-perde. O poder é autofágico – alimenta-se de si mesmo. E a ‘verdade’ inquisitória prestou-se a isto: legitimar-se incontestemente, fazendo prevalecer momentos de terror contra os hereges que ousassem lhe indagar.

⁶⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 8.

⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 273.

Daí resulta: a ‘verdade’ uma só – seja real ou processual/formal. Essa perspectiva relaxa sem explicações os julgamentos equivocados. Pior, despreza as conclusões fictas espraiadas pelos ordenamentos (v.g. art. 319, do CPC e 231, do CC) ou, inclusive, os tarifamentos legais à cognição decisional. Na porfia de interesses contrapostos, travam-se cargas de forças e convencimentos à margem dos acontecimentos efetivamente vivenciados, por vezes afastando-se duma interpretação plausível. Com efeito, (re)conhecer um fato/objeto da vida, descrevê-lo e/ou classificá-lo exige diferenciá-lo dos demais. Todo conhecimento é parcial, na medida em que se desconhece, a princípio, sua antítese. Segundo Jacinto Coutinho, “a verdade está no todo, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das partes que o compõem. Seria, enquanto vislumbrável como figura geométrica, como um polígono, do qual só se pode receber à percepção algumas faces. Aquelas da sombra, que não aparecem, fazem parte – ou são integrantes – do todo, mas não são percebidas porque não refletem no espelho da percepção. Ademais, esta figura multifacetada, por evidente, não pode ser tomada – ou confundida – com apenas uma das suas faces”⁶⁶. Imaginar o todo, portanto, trata-se dum evidente excesso epistêmico.

Além do plano filosófico, a questão da ‘verdade’ também assola o paradigma gnoseológico. O conhecimento aparece como uma relação entre sujeito e objeto – um permanece transcendente⁶⁷ ao outro. A verdade, então, é conceito relacional: expressa relacionamento do conteúdo do pensamento, da ‘imagem’ propalada pela matéria-prima, com o

⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao *verdade, dúvida e certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 14, p. 81.

⁶⁷ Nestas linhas rápidas, discuti o conhecimento à míngua das vertentes acopladoras, nas quais o objeto seria imanente ao sujeito ou vice-versa.

objeto, na compreensão de Johannes Hessen⁶⁸. Assim, quaisquer peculiaridades (valência modificadora) do sujeito (psíquica), do objeto (ontológica) ou da própria imagem (lógica), altera o resultado final – a compreensão. Exemplo cotidiano é auto-explicativo: quem nunca leu um livro/reportagem mais de uma vez? A segunda leitura captou os mesmos detalhes da primeira? Passado algum tempo dentre tais oportunidades (talvez anos ou meses), a cognição não traz à tona percepções que surpreende ao próprio leitor? Nessa totalidade de variáveis, como esperar que a ‘verdade’ do MP seja atribuível/imputável ao juiz (ou reciprocamente) bem como à totalidade das pessoas afetadas pelo julgamento (mormente o réu)!? De fato, trata-se dum artificialismo justificável pela suposta segurança advinda da crença na coesão da justiça.

No sistema (pretensamente) acusatório, Aury Lopes Jr. ressalta que “a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de crença, de convencimento, a partir da atividade probatória das partes dirigida ao juiz”⁶⁹. Por volta do ano de 1830, Schopenhauer⁷⁰ já categorizava o dogma da ‘verdade’ como mera contingência da dialética, haja vista que os homens disputam para fazerem prevalecer suas próprias teses, apoiando-se nas fraquezas recíprocas dos intelectos e na perversidade desonesta das vontades. Na dialética erística, prossegue o mais deprimido dos jusfilósofos⁷¹, por não se saber onde está a ‘verdade’ objetiva

⁶⁸ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 23.

⁶⁹ Idem, p. 282.

⁷⁰ SCHOPPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão*. Trad. Franco Volpi. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

⁷¹ Idem, p. 12.

(meta da lógica), a preocupação subsiste em defender-se da derrota: a ‘verdade’ é vassala da razão/vitória; trata-se de elemento acidental ao debate, em regra, inalcançável. Tal concepção sufragou grande sorte das reflexões nietzchianas acerca do tema.

E caso o Ministério Público se equivoque em seu pedido absolutório?! Tal argumento é falseável ontologicamente: ambas instituições – MP e Judiciário – são titularizadas pela racionalidade humana. Ou seja, nada mais passível do erro que nossa finitude sensível. No Brasil, laboramos num interessante paradoxo: o juiz é tratado como mais um servidor público numa engendradora burocracia; todavia, às conveniências ocasionais, muitos operadores parecem lhe conferir onírico *contempt power*⁷² digno da supremacia ianque⁷³. No caso do MP, sói acontece algo similar: de função/poder da república, dotado de eminente *bargaining power*⁷⁴, ao talante das vicissitudes, é ‘promovido’ a vinculado servidor hierarquizado – confusão endonormativa de nosso sistema.

Nesse azo, cogitar a substancialidade do art. 385, do CPP, pelo discurso da ‘verdade’ real significa, não apenas (re)virtualizar instituto basilar do sistema inquisitório – cânone retórico de incontáveis árbitros – como desconhecer a crítica epistêmica da categoria *verdade* na teoria do conhecimento, enquanto matéria-prima do jogo de interesses, por vezes desprovido das luzes escrupulosas alavancadas no *locus*

⁷² Óbvio que o magistrado brasileiro, nalgumas matérias ratificadas pela ideologia efetivadora dos novos direitos, dispõe do *contempt power*. Mas é inegável a maior ou menor ingerência política dessa prerrogativa no confronto das matérias que subjazem a própria contenda.

⁷³ A feição brasileira aproxima-se do modelo francês. Aqui, rotula-se o juiz de 'burocrático' ou 'funcionário', em contrapartida do juiz 'profissional', eleito nos Estados Unidos. FERRAJÓLI, Luigi. *Direito e razão* – teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 549.

⁷⁴ FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. *O ministério público e a polícia judiciária judiciária: controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 159.

processual. Finalmente, conferir ao juiz o senhorio axiomático de dizer a 'verdade' seria congratulá-lo com poderes sobre-humanos, por transcendentais à racionalidade tão limitada e mundana de nossas cognições, num terrível *ad impossibilia nemo tenetur*. Quiçá, reste ao fenômeno da causalidade física a compleição da 'verdade'; ao jurídico, trata-se de longínqua recordação histórica.

4. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO HOMOLOGADORA DA DESISTÊNCIA NA AÇÃO PENAL PÚBLICA E SEU CONSECTÁRIO LÓGICO: ÔNUS ARGUMENTATIVO

Ao manifestar pedido absolutório, o Ministério Público retira a carga decisional típica da Jurisdição. De fato, rebaixa-se o ônus argumentativo da sentença que, ao invés de propriamente julgar um episódio da vida, homologa as posições dos litigantes no espaço de consenso lhes garantido pela ideia ôntica do sistema processual eleito – no qual, da inicial relação de incertezas, culminou ao estaque da manutenção do *status quo ante*: a situação de inocência. O 'acoplamento estrutural' autor-réu remete-nos à relação dinâmica entre os contendores (e autopoietica meio-totalidade). Quando identificado o consenso (desistência imbricada à inocência), infirma-se a própria volatilidade sustentadora da demanda, fenecendo seu vértice sistêmico basilar – 'ação' enquanto instrumento combativo de interesses contrapostos.

Solução tecnicamente escurrita, apriorística e singela, denota a adoção subsidiária do arquétipo processual civil. Por analogia, incidiria o art. 267, VII, do CPC, excluindo-se a contenda formalizada sem adentrar no seu mérito⁷⁵. Poder-se-ia

⁷⁵ Tese defendida por Aury Lopes Jr., para quem, “pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser de extinção do feito sem julgamento do mérito (ou ao menos absolutória, considerando a lacuna legislativa), pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória”.

defender por inviável, nos ritos penais, a extinção do feito sem contato com a questão de fundo – todo julgamento em matéria criminal deveria analisar o mérito. Todavia, esta retórica seria antitética à dogmática positivada, à medida que subsistem, no sistema, soluções mantenedoras da acusação em *stand by*, haja vista a impronúncia e o arquivamento do inquérito policial (medidas decisórias refutáveis ou *secundum eventum probationis*). Esse debate transcende os estritos foros deste ensaio, mas consigno o paradoxo: ou todas decisões chanceladas pelo crivo judicial *in statu assertionis* pertinem ao mérito, porque analisaram a matéria probatória, e fazem coisa julgada (inclusive as indigitadas), ou se admite, também à guisa do processo penal, a extinção do feito sem julgamento do mérito – vg., a solução anulatória que, posteriormente, pode ser reatada quando saneado o defeito.

Entretanto, a problemática da coisa julgada no direito criminal exaspera a mera categoria processual do provimento. A natureza axio-deontológica dos interesses coligidos referencia o norte categorial a imortalizar (ou não) a decisão em seus fundamentos. Vale referir como paradigma que, no processo civil, a relativização da coisa julgada atine a princípios mais superiores, pois constitucionais, que a discussões meramente de processo. Ora, a liberdade é a garantia basilar do ser humano. E, no caso de refutabilidade *ex tempore* da solução absolutória, permanecerá o premente risco da manutenção, ao acusado, de um eterno *status* de imputado criminal – como se a todo tempo pudesse reavivar-se (contra ele) a demanda que não perfectibilizou a coisa julgada. Em

(Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. In: Revista brasileira de ciências criminais, n. 39, p. 121. Parece-me que o julgamento, ao ‘tocar’ a prova, imutabiliza-se pela coisa julgada – como categoria *rebus sic stantibus* de preservação da decidibilidade. A maior ou menor possibilidade de alteração deste julgamento precluso atine a questões mais políticas que jurídicas; agora, que se trata de imutabilidade, seja no contexto probatório sumário ou exauriente, isto me parece irrefutável.

semelhante hipótese, Carnelutti⁷⁶ denuncia a incapacidade do juiz superar a dúvida exurgente da dialética, facultando ao acusado a perene condição de objeto do poder.

Nesse giro (e pela não diversidade axiológica dentre as acusações público-privada), inexistente fundamento a excluir resposta meritória da jurisdição. Com efeito, face o pedido de absolvição do Ministério Público, resta dispensado o exame das provas coligidas pelo julgador, porém inexpugnável o ameahamento da coisa julgada ao provimento, que meramente homologatório do consenso, assume a natureza da decisão extintiva da punibilidade, forte na perempção, consoante têm sido proclamado pelo TJRS⁷⁷: “No sistema acusatório

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. In: *Folha Acadêmica* n. 116/1997, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas.

⁷⁷ Vale referir trecho do acórdão, não apenas pela magnitude de suas conclusões, mas pela concordância integral a quase tudo que ora fora refletido neste ensaio: “O *nomem juris* deste operar, entretanto, é que entendo ser diverso, pois, como reconhecido na própria sentença – “*por corolário, sem digressões outras, recolho o pleito de absolvição, deixando de proceder à análise da prova...*” (fl. 267) –, não houve enfrentamento das provas. É que não consigo – renovada vênua – ter como possível uma decisão absolutória que não enfrente a prova, pois a absolvição é exatamente a proclamação da inocência diante do exame das provas e do direito aplicável à espécie. Não há absolvição que possa constituir-se juridicamente sem o enfrentamento do mérito – estar ou não o magistrado vinculado nesta análise, em razão do teor do pedido final ministerial, é um segundo passo. Mesmo em se entendendo que o magistrado estaria vinculado na análise, seria indispensável, a meu entender, que ele acolhesse em seu *decisum* a análise probatória procedida pelo Ministério Público, para a partir daí anunciar a inocência. Não sendo assim, forçoso reconhecer, temos um réu que foi “julgado” apenas pelo Ministério Público – a fundamentação inerente ao juízo absolutório não foi oferecida pelo órgão judiciário.

Mas não é preciso ir a tanto, quero dizer, adentrar o mérito. Ainda que a letra legal disponha que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal” (CPP, art. 42), o pedido ministerial de absolvição possui este *duplo* prisma: é, ao mesmo tempo, uma análise meritória favorável ao acusado, e, também, uma verdadeira desistência da pretensão acusatória, com o aspecto peculiar de não decorrer do mero capricho do acusador oficial – esta sim, ao que penso, é a hipótese defesa na lei –, mas da sua análise sobre as provas produzidas.

Assim, focando-se neste segundo aspecto do pedido ministerial de absolvição – abandono da acusação –, é possível ao magistrado proclamar, com a mesma fundamentação oferecida pelo colega singular – sem o enfrentamento das provas –, a *extinção da punibilidade*, diante do quadro que é equivalente a uma

consagrado na Constituição Federal, não pode o magistrado levar adiante a pretensão punitiva já abandonada pelo seu autor, à vista das provas produzidas. O pedido ministerial absolutório equivale a uma desistência da ação penal privada pelo querelante, impondo-se, assim, a declaração da extinção da punibilidade, a par do disposto nos art. 42 e 385 do CPP, que sucumbem diante do princípio acusatório e da determinação constitucional do art. 129, I. (...)”. (Apelação Crime Nº 70022113773, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 19/12/2007). De fato, julgam-se fundamentos/argumentos *in statu assertionis*; caso a parte disponha desse fardo dialético, sem o afastamento decisional do mérito, resta extinguir a punibilidade do coato pelo viés da perempção.

5. PROBLEMÁTICA DO JÚRI

Considerado tal fenecimento da pretensão punitiva como perempção, não remanesce à *deusificada* soberania dos veredictos o poder de julgar como aprouver ao corpo de jurados. De fato, quando o Ministério Público recolhe (pela sua legitimação democrática-institucional) a força oficial da 'ação' penal, inviabiliza-se o julgamento do Conselho de Sentença,

desistência da ação pelo querelante da ação penal privada.

Pouco importa que a desistência seja prevista na lei apenas para a ação penal privada. Se decorre da Lei Maior – princípio acusatório – que o magistrado não pode promover a ação penal por sua conta, e o Ministério Público, na prática, pode pugnar pelo sepultamento da própria acusação que veiculou – não há dispositivo legal que limite o teor do seu pronunciamento –, não há saída para tal dilema: ou se haverá de admitir o prosseguimento da ação com o magistrado nas rédeas da acusação (a meu ver, assim rasgando a determinação constitucional), ou se tomará o pedido ministerial como uma desistência de ação, ainda que seja ela pública incondicionada.

Prestígiar a Constituição e o modelo acusatório, em detrimento dos arts. 42 e 385 do CPP, parece-me ser a melhor orientação – e quanto a isso a preciosa decisão singular já é bastante por si mesma, dispensando qualquer acréscimo ou complementação”.

pena da sessão se debruçar sobre um *flatus vocis* – um nada jurídico –, de antemão esvaziado pelo agente técnico da demanda.

Ao juiz presidente do júri, forte no art. 497, IX, do CPP, face à disposição do MP, resta dissolver o Conselho e declarar extinta a punibilidade do acusado. Do contrário, ao jurado e à respectiva *soberania*, conferir-se-iam poderes dogmáticos sobre-humanos: dignos de arremedar, inclusive, a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo de nossa jurisdição e que, nos seus julgamentos, não ombraria semelhante poderio, capaz de ultrapassar a desistência da 'ação' penal atravessada, privativamente, pelo titular da acusação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verticalização normativa do ordenamento não permite a leitura do CPP desvinculada da correção valorativa imposta pela Constituição. Todas categorias do Processo Penal devem ser (re)analisadas nesse cotejo (recíproco), sem descurar dos efetivos objetivos da jurisdição: a pacificação social e o julgamento justo. Com Aury Lopes Jr., “resulta imprescindível visualizar o processo desde seu exterior para constatar que o sistema não tem valor em si mesmo, senão pelos objetivos que é chamado a cumprir (projeto democrático-constitucional). Sem embargo, devemos ter cuidado na definição do alcance de suas metas, pois o processo penal não pode ser transformado em instrumento de ‘segurança pública’⁷⁸ – finalidade, esta, alheia ao processo e à sua natureza.

Vedar, totalmente, a deliberação do Ministério Público para requerer o arquivamento da demanda (absolvição do imputado/desistência *na* ação penal pública) é apoucar sua responsabilidade institucional. Significa retrocedê-lo à vetusta função representativa dos interesses Estatais (no sentido de

78

Introdução crítica ao processo penal, cit., p. 09.

Estado-poder), ao invés de lhe conferir autonomia deliberativa e motivada à concreção das efetivas finalidades públicas indisponíveis, dentre as quais, a preservação da soberania popular. *Interna corporis*, o MP – como órgão estratificado (vertical e horizontalmente) – dispõe de mecanismos de controlabilidade⁷⁹ de suas atuações. A motivação de seus atos e o respectivo ônus argumentativo de suas promoções é paradigma sensível e diretamente proporcional ao grau de vinculatividade legal conferido ao agente público que, eventualmente, ‘dispõe’ na ação penal. Logo, duvidar dessa prerrogativa diminuiria a estima que a CRFB depositou na funcionalidade institucional. Ademais, interpretar o art. 42, do CPP, ao arrepio da matéria-prima probatória coligida é, não apenas violar a CRFB – no tocante à salvaguarda do melhor direito em liça: correspondente à manutenção da inocência – quanto macular diretriz pragmática⁸⁰ do acusador público, a quem, como protetor dos direitos indisponíveis, desinteressa exasperar uma demanda contra pessoa sabida (ou aparentemente) inocente. Por ‘obrigatoriedade’, resolve Ferrajóli, “não se deve entender, como se tem dito a propósito da ‘não derrogação’ do juízo, um irrealizável dever de proceder em todo crime ‘leve’ ou ‘oculto’, mas só a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda notitia

⁷⁹ O projeto de lei n. 31, de 1995, de iniciativa do senador Pedro Simon, retirava a triangulação institucional na apreciação do Inquérito Policial, deixando-o ao controle exclusivo do Ministério Público. Leia-se, o pedido de arquivamento restringiria sua controlabilidade ao órgão acusatório. Dizia o art. 234, §3º, do anteprojeto: “A promoção de arquivamento, com ou sem as razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser seu Regimento. Se, deixando de homologá-la, concluir o Conselho pelo cabimento da ação penal, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para oferecer a denúncia.”

⁸⁰ Vale referir, com Hassemer, que “en la pragmática se trata de la relación de los signos lingüísticos con su uso en situaciones concretas, de acción, de comunicación, de retórica, de narración”. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 221.

criminis que vier a seu conhecimento – ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade”⁸¹. Nesse sentido, a obrigatoriedade se trata de faceta da legalidade, impessoalidade, publicidade e, em última análise, da moralidade dos atos Ministeriais – caracteres estruturais do sistema garantista.

De fato, o Direito Penal respalda a possibilidade da punição do culpado e a manutenção da liberdade do inocente. Essa força motriz normativa de coesão/controle social subsidia a retirada do pleito inicialmente condenatório, fulminando o instrumento de acesso à jurisdição – a ‘ação’, como somatório das posições jurídico-processuais subjetivas ativas e contenedora da acusação, seu objeto de referibilidade ao mundo sensível. Se a propositura da ação penal está condicionada à demonstração prévia dos mínimos pressupostos de viabilidade da pretensão que objetiva deduzir, decorre lógico que, ao seu cabo, melhormente perceptível os recursos probatórios coligidos, passível do acusador público recolher a pretensão, medida sufragada pela tutela fundante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB). Sobrevivente aos ranços da ortodoxia dogmática de outrora, insustentável desviar o foco dessa posição processual, denominando-a como aprouver – desistência, pedido de arquivamento, espaço de consenso, etc. – por singela razão: na prática do foro, ela existe! E sob pena de se conferir poder sobre-humano ao julgador, este pedido de absolvição fenece a substancialidade da demanda, acabando por vincular a outrora discricionária autoridade judicial. Ao magistrado, bem ao contrário da potestade⁸² prevista no art. 385, do CPP, só resta homologar a desistência *na* ‘ação’ penal pública: denomine-se a decisão de

⁸¹ FERRAJÓLI, Luigi. *Direito e razão* – teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 525.

⁸² Potestade que, se puramente afeta a ranço psicológico/paranóico, é antitética à noção da juridicidade acima refletida (legalidade conglobante).

perempção, arquivamento ou quaisquer alcunhas que guarneçam a incolumidade da liberdade do inocente.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: *RDA*, 217.
- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Um requiém à busca da verdade no processo civil. In: *Revista da Ajuris*, n. 111.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *RDA*, 215.
- _____. Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’. In: *RDP* n. 24.
- BALTAZAR, José Paulo; VASCONCELOS, Sara Shütz. O ministério público na constituição federal de 1988. In: *Revista do MPRS*, vol. 22.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. . In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. In: *Folha Acadêmica* n. 116/1997, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los*

- derechos*. Bogotá: Editorial Temis, 1986.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- _____. Glosas ao *verdade, dúvida e certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 14.
- _____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FERRAJÓLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. *O ministério público e a polícia judiciária judiciária: controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- GIACOMOLLI, Nereu José. O processo penal contemporâneo em face do consenso criminal: diálogos corrompidos e persistência no monólogo vertical. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.
- GODINHO, Robson Renault. O ministério público como substituto processual. In: *Revista da Ajuris* n. 106.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de

- Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- _____. (Re)pensando as condições da ação penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.
- _____. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 39.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARIOTTI, Humberto. Autopoiese, cultura e sociedade. In: [HTTP://www.geocities.com/pruriversu/autopoies.html](http://www.geocities.com/pruriversu/autopoies.html). Acesso: 25/09/09.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MEIRELES, José Dilermando. Ministério público – sua gênese e sua história. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 84, dez/1984.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. In: *Revista da Ajuris* n. 88.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Garantia do contraditório. In: *Revista da Ajuris* n. 74.
- _____. Da sentença: Lei nº 11.277/06 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466A,

- 466B e 466C pela Lei nº 11.232/05. in: *As recentes reformas processuais*. Cadernos do centro de estudos, vol. I, TJRS.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdiPucrs, 2008.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. São Paulo: Cultrix, 1991.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHOPPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão*. Trad. Franco Volpi. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ZANETI JR., Hermes. *A teoria circular dos planos (direito*

material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2008.