

Ainda e Sempre a Imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal: uma Tese Decididamente Garantista

Alexander Araujo de Souza*

Por pouco crível que pareça, há ainda hoje, no Brasil, doutrinadores com uma visão equivocada a respeito do Ministério Público, os quais afirmam ser este um acusador implacável, parcial e que tem por incumbência a obtenção, a todo custo, da condenação do acusado. Há, inclusive, quem se refira, em tom crítico, mas sem qualquer fundamentação razoável, ao “mito da imparcialidade do Ministério Público”¹. Com as devidas vênias, isto advém, dentre outros fatores, de uma interpretação errônea a respeito da referida instituição, não levando em conta como esta evoluiu nos mais diferentes sistemas jurídicos. Esta incompreensão também decorre, em alguns casos, de uma visão impregnada da concepção reinante no processo penal norte-americano, caracterizada pela possibilidade de o acusador – que possui fonte de legitimação distinta daquela dos Ministérios Públicos dos países de tradição romano-germânica – dispor do objeto do processo, sem comprometimento com a imparcialidade e a igualdade entre os cidadãos. O objetivo do presente artigo, portanto, é tentar desfazer tais incompreensões, comprovando que o Ministério Público, no direito brasileiro, é uma instituição de garantia destinada à tutela de direitos fundamentais e, por conseguinte, verdadeira parte imparcial no processo penal, como já afirmado, dentre tantos, pelo sistematizador da teoria do garantismo penal, Luigi Ferrajoli.

Com efeito, muitos são os que invocam a parcialidade do Ministério Público, no Brasil, tomando como exemplo o que se passa no direito norte-americano (por vezes com base no que mostram filmes ou séries televisivas produzidos nos EUA!). Neste particular, há quem chegue, em terras tupiniquins, a proscrever o fato de os membros do Ministério Público (que, segundo sustentam, seriam parciais por natureza) sentarem-se à direita dos julgadores, pois, ostentando a posição de parte, assumem necessariamente atitude “contrária ao réu”, sendo tal proximidade física entre o membro do Ministério Público e o julgador verdadeira violação à igualdade que deve existir entre as partes², criando uma “concepção cênica” das salas de audiência que seria desfavorável à defesa.

* Doutor em Direito Penal pela Università degli Studi Roma Tre. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Sustentando o “mito da imparcialidade do Ministério Público”, veja-se, CASARA, R.R. REBELLO; MELCHIOR, A.P. *Teoria do processo penal brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 382. Sustentando, igualmente, sem qualquer argumentação razoável, a parcialidade do Ministério Público, veja-se NICOLITTI A. *Manual de processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 224-225.

² Neste sentido, sustentando posição com a qual não se concorda. NICOLITTI, A. *Manual de processo penal*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 36-37.

Com efeito, os que assim argumentam não levam em conta as diferenças inerentes às diversas tradições jurídicas inerentes aos mais distintos ordenamentos no que se relaciona ao Ministério Público, seja quanto à sua evolução, seja quanto à fonte de sua legitimação. Quando se toma como parâmetro modelos de Ministérios Públicos sem longa tradição no exercício da ação penal, como ocorre, por exemplo, na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda, ou ainda com legitimação derivante do consenso popular, como ocorre nos Estados Unidos da América, decerto avulta a parcialidade em detrimento de uma postulação isenta e que busque a correta aplicação da lei, totalmente diferente do que ocorre na Europa continental.

Com efeito, nos EUA, os membros do Ministério Público, nos Estados membros da União, são eleitos, em alguns casos com campanhas financiadas por grandes empresas e, muitas vezes, com a exposição nas páginas de campanha na internet dos *prosecutors* das condenações à prisão perpétua ou à pena de morte por estes obtidas. Isto pelo fato de a sua legitimação resultar não da aplicação imparcial da lei, mas do consenso eleitoral. Já no plano federal, os *prosecutors* são indicados pelo Poder Executivo da União. Além disso, na grande maioria dos casos criminais, os membros do Ministério Público fazem acordos com os investigados, por vezes, paradoxalmente, até mesmo com os que financiaram suas campanhas!³ Naquele país, portanto, sobressai a parcialidade dos *prosecutors* em detrimento de uma atuação isenta baseada na aplicação imparcial da lei.

Contudo, até mesmo nos EUA (sem que as películas e séries televisivas o mostrem), existe a preocupação, por parte da sociedade, com a imparcialidade dos membros do Ministério Público. Um recente exemplo relatado pela imprensa internacional pode se revelar esclarecedor: no ano de 2014, quando do assassinato, por um policial, do jovem negro Michael Brown, parcela expressiva da população local pugnou publicamente pelo afastamento do *prosecutor* que atuava no caso, o qual se reputava suspeito de parcialidade (entre outros motivos, pelo fato de ser branco!)⁴. Vê-se, portanto, que também a sociedade americana, apesar das várias contradições lá existentes, também percebe que a imparcialidade dos membros do Ministério Público é um valor inconteste e que deve ser preservado em quaisquer hipóteses.

³ Quanto ao tema da eletividade, afirma com precisão E. Amodio: *“Ancora più illuminanti, per capire una realtà marcatamente diversa dalla nostra tradizione come quella del patteggiamento tra accusa e imputato (bargaining), sono i meccanismi di reclutamento e gli itinerari della carriera del public prosecutor. La sua elettività, prevalente come sistema di accesso alla carica negli ordinamenti degli stati federati, rende quasi inevitabile il ricorso al patteggiamento per raggiungere quei livelli di conviction rate (percentuale delle condanne ottenute) che gli assicurano chances di rielezione o di ingresso in circuiti giudiziari di maggior prestigio.”* (Miti e realtà della giustizia nordamericana, in: *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 193).

⁴ Confira-se a notícia jornalística sobre os fatos citados em <http://oglobo.globo.com/mundo/lideres-negros-querem-troca-de-promotor-branco-no-caso-brown-13677751>.

Já no Brasil, a doutrina amplamente majoritária sempre entendeu acertadamente que o Ministério Público é configurado, no processo penal, como parte imparcial⁵. Não se trata, como se passa a demonstrar, de “mito” cunhado em terras tupiniquins.

Na fase pré-processual, antes de instaurada a relação processual, o Ministério Público, que obviamente ainda não é parte, tem o dever de obrar com imparcialidade, sendo obrigado durante a investigação preliminar a reunir todos os elementos probatórios acerca do fato criminoso, inclusive os que se mostrem favoráveis à pessoa submetida à investigação⁶. Não se trata de elucubração doutrinária, mas de previsão expressa constante de vários códigos de processo penal modernos, como por exemplo, os da Alemanha de 1974 (§ 160, II)⁷, da Itália de 1988 (art. 358)⁸ e da Bolívia de 1999 (art. 72)⁹, o que também se encontra previsto na Constituição da Colômbia de 1991 (art. 250, 5)¹⁰ e na Constituição espanhola de 1978 (art. 124, 2)¹¹.

Após o exercício da ação penal e durante todo o processo, o Ministério Público também conserva a sua imanente imparcialidade, como reconhecem doutrinadores

⁵ Na doutrina brasileira, já era a lição de H. Tornaghi: “Como fiscal da aplicação da lei, entretanto, o Ministério Público deve agir imparcialmente e reclamar inclusive o que puder ser favorável ao réu. [...] Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar como *custodio* da lei e o seu caráter de parte.” (*Curso de processo penal*. Volume I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 486. Sustentando ainda a imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro, entre tantos, *vide*: SOUZA, A. Araujo de. *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 172; MENDRONI, M. Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 271; BARROS, M.A. de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155; ARAÚJO, S.L. de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 219; CARNEIRO, P.C. Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9; FERNANDES, A. Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 235; JARDIM, A. Silva. *Direito processual penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 227.

⁶ Como afirma G. Silvestri, relativamente ao ordenamento jurídico italiano, “*la delicatezza dei momenti iniziali del procedimento, quando ancora non è stata esercitata l’azione penale, richiede una valutazione imparziale della fondatezza della notizia criminis non solo allo scopo di poter sostenere l’accusa in dibattimento, secondo la prescrizione dell’art. 125 disp. att. c.p.p., ma anche, e principalmente, per non trasformare il processo da strumento di tutela dei diritti dei cittadini in luogo istituzionale della loro lesione.*” (II P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere, in: *Giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, março-abril, 1997, p. 959).

⁷ Estatui o § 160, II, da *Strafprozeßordnung* alemã: “*Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.*”

⁸ O art. 358 do *Codice di procedura penale italiano* estabelece: “*Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell’articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.*”

⁹ Por sua vez, dispõe o art. 72 do *Código de procedimiento penal* boliviano de 1999: “*Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio.*”

¹⁰ Dispõe, a propósito, o art. 250, 5, da Constituição colombiana: “*(...) La Fiscalía General de la Nación estará obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.*”

¹¹ Dispõe o art. 124, 2, da Constituição espanhola de 1978: “*El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*”

de vários países¹², e como de há muito já afirmava o grande Francesco Carrara¹³. Ainda antes do mestre italiano, porém, esta já era a tese defendida por vários iluministas, como por exemplo o célebre Montesquieu, partidário de que a ação penal fosse conferida ao Ministério Público¹⁴, afirmando que este jamais deve demonstrar “zelo pela condenação”, pois sua função é fazer “punir ou absoudre”¹⁵.

Passando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, na fase processual o Ministério Público atua como fiscal da correta aplicação da lei (art. 257 do CPP), podendo opinar pela absolvição do acusado (art. 385 do CPP), impetrar *habeas corpus* diante de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção do réu (art. 654 do CPP), bem como recorrer em seu favor, segundo entendimento já consolidado de há muito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Esta possibilidade de atuar também em favor do acusado reflete claramente o seu papel de instituição de garantia, deputada à tutela de direitos no processo penal¹⁶. Mas, ao mesmo tempo, o Ministério Público não desempenha um papel de codenunciante do imputado, sendo impossível, sob o plano lógico, uma duplicidade de funções no mesmo procedimento¹⁷. A sua imparcialidade não lhe permite substituir-se ao defensor

¹² Preciso sobre o tema, na doutrina espanhola, R. MARTÍNEZ DALMAU: “En ningún modo, en un Estado democrático, debería el Ministerio Público entenderse de otra manera, por cuanto está vinculado a los principios de legalidad e imparcialidad.” (*Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. València: Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999, p. 118). Ainda na doutrina espanhola, com a mesma tese, GARCÍA, J. Hidalgo. *Imparcialidad del Ministerio Fiscal y poder político*, in: OCHOA, L. Bueno (Coordinador). Madrid: Dykinson, 2010, p. 47 s. No mesmo sentido, na doutrina italiana, GUSTAPANE, A. *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 231; SANSÒ, L. *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 324. O mesmo entendimento é sustentado na doutrina francesa por JEAN, J. -P. Le modèle du magistrat du Ministère Public en Europe: un professionnel impartial, in: *Cour de Cassation (sous l'égide de), Quel avenir pour le Ministère Public?* Paris: Dalloz, 2008, p. 83 s. Igualmente, na doutrina portuguesa SILVA, G. Marques da. *Curso de processo penal*. III, cit. p. 303.

¹³ Eis a passagem do grande F. CARRARA a respeito do Ministério Público: “I suoi precipi doveri sono l'imparzialità, e la freddezza; e deve soprattutto esser cauto di non scambiare lo zelo per la condanna con lo zelo per la giustizia.” (*Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*. Vol. II. 5ª ed. Lucca, 1871, p. 414).

¹⁴ Neste sentido, a célebre passagem de MONTESQUIEU: “Nous avons aujourd'hui, une loi admirable; c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre, en son nom, tous les crimes: de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous; et, si ce vengeur public étoit soupçonné d'abuser de son ministère, on l'obligeroit de nommer son dénonciateur. Dans le lois de Platon, ceux qui négligent d'avertir les magistrats ou de leur donner du secours doivent être punis. Cela ne conviendrait point aujourd'hui. La partie public veille pour les citoyens; elle agit, et ils son tranquilles.” (*De l'esprit des lois* [1748], Tome premier. Paris : P. Pourrat Frères, 1831, p. 167-168).

¹⁵ Assim, CATTANEO, M.A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000, p. 45-46.

¹⁶ Neste sentido, C. ROXIN se refere ao “famoso dictamen de Savigny y Uhden, del año 1846, que reza: que el fiscal, como custodio de la ley, debe estar facultado a operar en el procedimiento contra el acusado desde un comienzo, en el sentido de que sobre todo la ley sea satisfecha”. “En esa posición fundamental” – prosiguen los autores – “el fiscal ocupa una posición que lo obliga tanto a la protección del acusado como a actuar contra él.” O mesmo autor completa: “Esta posición de custodio de la ley, que se ha consolidado dentro del Derecho vigente en las obligaciones del ministerio público de incorporar también el material de descargo y, dado el caso, de interponer recursos a favor del condenado o procurar la revisión, es también de gran actualidad aun para la discusión en el presente, porque proporciona la prueba de que la investigación de los hechos y la decisión jurídica, hechas por el fiscal y por el juez, deben estar presididas exactamente por los mismos fines.” (Posição jurídica e tarefas futuras del ministerio público, trad. espanhola de MAIER, J.B.J.; CÓRDOBA, F.J. in: AA.VV. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Reimpresión. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 41).

¹⁷ Neste sentido, a perfeita observação de G. SILVESTRI: “Bene ha fatto quindi la Corte a prendere le distanze da questo paternalismo giudiziario, nutrito di ideologia statalistica, ed a riaffermare il semplice schema

do acusado, pois este, além de tornar possível a defesa técnica, também possui a imprescindível função de garantir o necessário contraditório entre acusação e defesa¹⁸. Relativamente ao Ministério Público, portanto, não se pode falar em terceiro, pois esta qualidade é reservada ao Juiz, sendo o *Parquet* postulante na relação processual penal.

Isto, porém, não exclui logicamente a sua imparcialidade, que se consubstancia em perseguir a verdade processual e aportar ao processo todas as provas sobre o fato criminoso, sejam elas desfavoráveis ou favoráveis ao imputado. A propósito, a Corte Constitucional italiana reconheceu expressamente (*sentenza* n° 88 de 1991) a fisionomia de “*parte imparziale*” do Ministério Público, não como mero acusador, “*ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a cercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all’imputato*”¹⁹.

Não se trata de simples sutileza teórica, havendo mesmo quem não o considere como “parte”, exatamente em razão de sua imanente imparcialidade, como o fez recentemente a Corte Constitucional alemã²⁰, adotando concepção diametralmente oposta àquela sustentada por Carnelutti, que criticava a expressão “parte imparcial” atribuída ao *Parquet*²¹.

Conclusivamente, e que me perdoem os mitômanos, pode-se afirmar que o Ministério Público, no Brasil, é uma *instituição de garantia* constitucionalmente destinada à tutela dos direitos fundamentais e, por conseguinte, verdadeira parte imparcial no processo penal, autorizado a postular em favor do acusado e detentor da missão de buscar sempre a correta aplicação da lei. Cuida-se de tese decididamente

del rito accusatorio (nel recente passato offuscato da talune sue stesse pronunce), fondato sulla irriducibile eterogeneità tra P.M. e difesa, realmente contrapposti nel processo e non ‘collaboranti’ per il conseguimento del bene superiore dell’accertamento della verità, cui deve pensare esclusivamente il giudice, alla luce e nei limiti delle evidenze processuali. L’imparzialità del P.M. non può avere il significato di una sua anomala duplicità di ruoli nel medesimo procedimento, impossibile, oltre che per ragioni giuridico-processuali, per elementari dettami della logica comune. Si trae, nel sostenere la tesi criticata, da un principio valido, l’imparzialità del P.M., una conseguenza eccessiva, il P.M. ‘co-difensore’, che finisce per negare il fondamento su cui poggia l’idea stessa della sua neutralità.” (Il P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere, in: Giurisprudenza costituzionale. Milano: Giuffrè, marzo-aprile, 1997, p. 958).

¹⁸ Neste sentido, TRAVERSI, A. *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 03.

¹⁹ Quanto às medidas cautelares, dispõe o art. 291, 1, do Código de processo penal italiano de 1988: “*Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell’imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositati.*”. Também de acordo com os princípios diretivos sobre o papel dos membros do Ministério Público adotados no VIII Congresso das Nações Unidas de 1990, “*Les magistrats du parquet n’engagent ni ne continuent des poursuites ou font tout leur possible pour suspendre la procédure lorsqu’une enquête impartiale révèle que l’accusation n’est pas fondée*” (§ 14).

²⁰ H. HENRION; N. SALDITT sublinham que a Corte Constitucional alemã não considera o Ministério Público como parte no processo penal, exatamente em razão da sua *imparcialidade*: “*La Cour constitutionnelle fédérale a déclaré que le ministère public n’est pas ‘partie au procès pénal’, puisqu’il est soumis à un devoir d’objectivité lui enjoignant de prendre en compte les intérêts de la personne suspectée ou poursuivie à tous les stades du procès en instruisant à charge et à décharge (§ 160, II, StPO), en exerçant, les cas échéant, une voie de recours en sa faveur (§ 296, II, StPO) et en demandant la réouverture d’un procès pour faire proclamer l’innocence d’un condamné (§ 359 et 365, StPO)*” (Le ministère public allemand, une institution ambivalente, in: LAZERGES, C. (sous la direction de). *Figures du parquet*. Paris: PUF, 2006, p. 30-31). Ainda sobre a imparcialidade do Ministério Público alemão, veja-se HEGHMANN, M. Die prozessuale Rolle der Staatsanwaltschaft, in: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*. 2003, p. 433-450 (especialmente, p. 447/448).

²¹ Quanto às referidas críticas, todas rebatidas pela doutrina, veja-se CARNELUTTI, F. Mettere il Pubblico Ministero al suo posto, in: *Rivista di diritto processuale*. Volume I, 1953, p. 257 s.

garantista, já sustentada, inclusive, por Luigi Ferrajoli, o grande sistematizador da teoria do garantismo penal²². De fato, não há dúvidas de que a parcialidade do Ministério Público representaria desprestígio ao princípio da isonomia entre todos os cidadãos²³, bem como uma enorme perda para o Estado constitucional de direito²⁴.

²² L. FERRAJOLI, referindo-se à imparcialidade seja do Juiz, seja do Ministério Público, reconhece o “*carattere tendenzialmente cognitivo dell’azione del pubblico ministero come della giurisdizione, legittimate entrambe dal corretto e imparziale accertamento del vero, il quale può essere solo distorto e deformato da vincoli di dipendenza o da condizionamenti politici*”. Complementa o maestro FERRAJOLI afirmando que, em razão, da sua imparcialidade, o “*pubblico ministero deve essere in grado di svolgere e concludere le proprie indagini o controlli indipendentemente dal consenso della maggioranza o del governo*”. Acrescenta, conclusivamente, quanto ao tema: “*Per questo, non solo i giudici, ma anche i pubblici ministeri non devono essere elettivi, o peggio dipendenti dal potere esecutivo, o comunque integrati nel sistema politico: perché la loro legittimazione non si fonda sul consenso elettorale, bensì sull’applicazione della legge e sul corretto accertamento del vero, anche contro la volontà e gli umori delle maggioranze*”(Per un pubblico ministero como istituzione de garantia, in: *Questione giustizia*. N.º 1. Milano: FrancoAngeli, 2012, p. 41-43).

²³ Afirma expressamente, neste sentido, A. SCARANCA FERNANDES: “a imparcialidade do Promotor preserva a igualdade do tratamento a todos os acusados, sem protecionismos ou excessos acusatórios.” (*Processo penal constitucional*, cit. p. 235).

²⁴ Já em 1969, criticando a influência do direito anglo-americano no que toca às funções do Ministério Público no processo penal, afirmou C. ROXIN: “*Una transformación de nuestro proceso penal, en el sentido del procedimiento anglo-americano de partes, como se reclama insistentemente, conduciría forzosamente, en cambio, a otras consecuencias totalmente distintas para los funcionarios de la acusación, a saber, a su reestructuración en el sentido de una instancia de persecución parcial y ejecutiva. Me parece indiscutible que esto significaría una pérdida importante para el Estado de Derecho.*” (*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, cit. p. 53).