

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO PENAL ADJETIVO

ROBERTO LYRA

SUMARIO: 1 — *Primado axiológico*. 2 — *Fundo e forma*. 3 — *Conquistas brasileiras*. 4 — *Principais características de nosso processo penal*. I) *Solidariedade internacional*. II) *Atenuação de desigualdades sociais*. III) *Melindres familiares e individuais*. IV) *Iniciativa popular*. V) *Publicidade*. VI) *Defesa*. VII) *Podêres do juiz*. VIII) *Falibilidade do juiz*. IX) *Dupla conformidade*. X) *Relatividade das provas*. XI) *Disciplina das nulidades*. 5 — *Sistemas processuais*. 6 — *Norma processual penal*. 7 — *Ação penal*.

1. *Primado axiológico*. A temática e a problemática importantes do processo penal não estão em teóricas e técnicas e sim na sociedade e nos indivíduos em causas. Os principais cuidados versam sobre o respeito à dignidade humana, o amparo da liberdade contra qualquer restrição não autorizada, expressamente, pela lei (lei propriamente dita), a apuração da verdade e, portanto, a garantia da inocência. Os grandes valores provêm da Constituição, que os recebe do maximário histórico como título de civilização e diploma de cultura. Desde os mais antigos pactos entre governos e povos às epígrafias memoráveis, como *Habeas Corpus*, *Magna Charta Libertatum*, *Charta Baronum*, *Petition of Rights*, Declaração da Independência (1776), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a tônica tutelar vem resguardando a investigação, a instrução, o julgamento, a execução, o reingresso. Daí dogmas jurídico-penais, como definição do crime (*nullum crimen sine lege*); definição da pena (*nulla poena sine lege*); proporcionalidade da pena (*poena commensurari debet delicto*); defesa (*nemo potest inauditus damnari*); decisão favorável da dúvida (*in dubio pro reo* ou *in dubiis reus est absolvendus*); interpretação favorável (*favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*); presunção de inocência (*innocentia praesumitur ante condemnationem*). Estas conquistas não estão sujeitas ao jôgo hábil entre o adjetivo político e o substantivo Justiça, de que falava RUY BARBOSA. O Código Penal seria o código dos culpados e o Código de Processo Penal o código dos inocentes. "O processo é irmão gêmeo da liberdade" (VON IHERING). Estudá-lo exige mais consciência do que ciência e mais ciência do que técnica.

Que relevância tem, por exemplo, a indagação: a sentença condenatória criminal constitui, declara, determina, dispõe, especifica? Se a pena visa, realmente, a regenerar, a corrigir, não há, a bem dizer, *condenação*. O juiz não opta, inseqüentemente, entre versões e angulações. Ele apaga ou acende a luz sobre destinos, como responsável moral pela vida ou pela morte.

Sentença e execução não são temas e, muito menos, problemas técnicos. A técnica funcionará, restrita e formalmente, na investigação, no inquérito, na instrução. O julgamento é função da vida social como pronunciamento da sociedade sobre membros dela em relações existenciais.

2. *Fundo e forma*: A distinção entre direito substantivo e direito adjetivo surgiu na velha Alemanha para coonestar a limitação dos poderes do parlamento prussiano em matéria orçamentária. Não foi uma criação jurídica, mas um expediente político. A elaboração teórica, além de tudo intoxicada de privatismo, não se libertou da tara trazida do nascedouro prussiano. A forma não pode preterir o fundo.

Diplomas atípicos da imaginação autoritária desdenham de fronteiras, já de si movediças, entre os poderes do Estado. A pretexto de dispor sobre processo, sujeita-se a Justiça à Polícia, ficando esta com os meios e aquela somente com os fins. O *substantivo* perde a substância normativa e até sanções. Substância normativa, porque a substância mesmo vem das bases sociais. Até o insuspeito VON BELING ascendeu das miudezas técnicas para aceitar uma Sociologia Processual Penal.

Com a chamada "visão panprocessualística" (a expressão é de BELLAVISTA), CARNELUTTI pretendeu, recentemente, situar a teoria da pena no direito adjetivo, reservando ao direito substantivo a teoria do crime. Os "técnicos" criticam CARNELUTTI, porque sua "visão" contradiz o direito positivo (BELLAVISTA, DE LUCA, LEONE, PETROCELLI etc.). Assim, reconhecem que as visões teóricas não de resultar do direito positivo que varia no tempo e no espaço sob a dependência do social. "O complexo das formas da justiça criminal tem refletido, desde as mais remotas origens, o estado social e político da nacionalidade, a vida e as transformações do Estado — colônia, vice-reino, império e República" (JOÃO MENDES).

O erro de CARNELUTTI provém do conceptualismo falsamente científico. A veleidade "técnica" apodera-se da obra alheia que tanto combateu, isto é, a distinção entre uma ciência do crime (Criminologia) e uma ciência da pena (Penologia). E, para degradá-las, porque a chamada Criminologia, no sentido restrito, e a superveniente Penologia, pelo menos, serviam a propósitos evolutivos, com base histórica e, portanto, científica. O próprio QUINTILIANO SALDAÑA, o principal idealizador da separação, apresentou a Criminologia no sentido restrito e a Penologia como "irmãs uterinas". Ressalvei o sentido restrito dessa Criminologia separatista, porque, no sentido amplo, a Criminologia seria ciência geral. O objeto atribuído a esta — é o que postulo — deverá ser reintegrado no Direito Penal, do qual foi descostelado. Ou a Criminologia será ciência social ou não será ciência. Ora, o Direito é ciência social e um de seus componentes — o Direito Penal — assessorado pela Medicina Legal, cuida de toda a matéria usurpada.

A "visão panprocessualística" constitui, além de tudo, anacronismo, pois o Direito Penal já precisa de outro nome pela crescente superação da idéia de pena, desde o advento das medidas de segurança. CARRARA, na célebre aula inaugural de 1873, exortou os alunos a preferir o estudo do direito processual. Tudo estava por fazer. Os doutrinadores desperdiçaram quase um

século, porque sua suposta sistematização foi escamoteada do direito privado, até na terminologia, com o bolor bi-milenário do direito romano. Depois que as necessidades didáticas fundiram teoria e prática, incorporando à congêrie o esquemário administrativo da organização judiciária, policial, carcerária, tivemos na doutrina a *mediocritas, nemmeno aurea*. Ela perdeu de vista a natureza, o objeto, o fim do processo penal e sua função pública por excelência. O processado e julgado é um homem, mas os tratados e compêndios como que o afogam em categorias processuais — acusado, réu, pronúnciado, condenado etc. As expressões — paciente e agravado — revelariam auto-crítica do agente oculto, do agravante impessoal. E o executado? Executa-se a sentença, mas, à imagem da execução do homem como homem, quem sofre a pena é sempre executado.

3. *Conquistas brasileiras*: O Código de Processo de 1832 (MANOEL ALVES BRANCO), como o Código Criminal de 1830, honrou nossas primeiras responsabilidades nacionais na construção monumental do Direito. Esta obra do gênio liberal, avançado e sensível, foi conquista da revolução brasileira, de 1831, logo traída. "Luminoso e tonificante raio de liberdade organizada" (CLÓVIS BEVILÁQUA). Substituiu o processo inquisitório do livro quinto das ordenações filipinas pelo processo acusatório. Extinguiu as devassas. Jurisdicionizou as faixas do arbítrio policial. O chefe de polícia passou a ser um juiz de direito. Criou o Ministério Público. As garantias do *habeas corpus* e do Júri receberam grandes linhas de efetividade e consequência. O Código de 1832 vigorou até 1841 em todo o país, como primeira realização de um Código processual nacional.

O esforço unitário para a homogeneidade das regras do processo penal foi retomado pelo Código de 1941. No século decorrido da vigência do Código Alves Branco — 1841-1941 — atuaram normas estaduais, até extra-legais. O Código de 1941 facilitou as adaptações às realidades estaduais e admitiu provimentos supletivos dos regimentos dos tribunais, aliás de duvidosa constitucionalidade. A aplicação e a execução das sanções dependem, em regra, dos Estados (órgãos jurisdicionais, aparelhamento judiciário, policial, prisional, assistencial, etc.). A unidade jurídica, para consumir a igualdade perante a lei, é prejudicada pela multiplicidade dos Brasis sociais em que ainda nos dividimos.

Os autores do projeto foram VIEIRA BRAGA (Minas Gerais), NELSON HUNGRIA (Minas Gerais), NARCÉLIO DE QUEIROZ (Ceará), ROBERTO LYRA (Pernambuco), FLORÊNCIO DE ABREU (Rio Grande do Sul), CÂNDIDO MENDES (do então Distrito Federal).

As Constituições são mais minuciosas com as garantias do que com os direitos individuais. Estes seriam apenas falsas legendas ou ênfases programáticas sem o exato e pronto cumprimento. A Constituição Federal de 1967, apesar do pecado original e da tendência autoritária, prestou à democracia estas continências: "Art. 150, § 11 — Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso

de enriquecimento ilícito no exercício de função pública. § 12 — Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará se não fôr legal. — § 13. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena. — § 14. Impõe-se a tôdas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. — § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fóro privilegiado nem tribunais de exceção. — § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu. — § 17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei. — § 18. São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. — § 19. Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro. — § 20. Dar-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas-corpus*. § 21. Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

A lei ordinária vem estendendo, a meu ver inconstitucionalmente, a noção do flagrante delito, a pretexto de “flagrante presumido” e “quase-flagrante”.

Os juizes e tribunais poderão expedir, de officio, ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, § 2.º do Código de Processo Penal); será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé, ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação (art. 653); será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade (art. 653, parágrafo único); o carcereiro, o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça, a autoridade judiciária e policial que embaraçar ou procrastinar a expedição de ordem de *habeas corpus*, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, serão multados, sem prejuízo das penas em que incorrerem (art. 655); o detentor será preso e processado, se desobedecer à ordem de apresentação do paciente (art. 656, parágrafo único); havendo empate e tendo o presidente tomado parte na votação, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente (art. 664, parágrafo único).

A legislação sobre direito processual e normas gerais de regime penitenciário compete à União (art. 8.º, n.º XVII, letras *b* e *c* da Constituição Federal). É delegável a legislação a respeito. Só a matéria substantiva foi excluída (art. 55, n.º II).

A expressão — *na forma* — não significa apenas a tramitação regular, mas o rigor sacramental de que depende a realidade mandamental. O de-

claratório subordina-se ao assecuratório e atributivo. Do contrário, não se chegaria ao executivo, sem o qual não há norma jurídica, mas preceito alegórico e inoperante.

4. *Principais características de nosso processo penal.* I) *Solidariedade internacional.* O Código de Processo Penal honrou a tradição brasileira de cooperação internacional, respeitada sempre a soberania nacional. O livro V versa sobre as relações jurisdicionais com autoridades estrangeiras. Vêde o art. 150, § 19, da Constituição Federal. O Estado estrangeiro não *requisita*, mas pede. Na linguagem comum, há sinonímia, embora imperfeita, entre requisitar e pedir. Na linguagem jurídica, sobretudo jurídico-penal, requisição implica exigência e, portanto, hierarquia incompatível com a soberania nacional. A sentença penal estrangeira poderá produzir efeitos no Brasil, depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 114, n.º I, letra g, da Constituição Federal e arts. 7.º e § único e 78 § 3.º do Código Penal e art. 757, *ex-vi* do art. 760 do Código de Processo Penal) e, independentemente de homologação, nos casos dos arts. 6.º, 34, 46, 57, n.º I, do Código Penal e arts. 7.º e 11 da Lei das Contravenções Penais. Não há execução da sentença, mas seu reconhecimento, direto ou indireto, para a produção de certos e determinados efeitos secundários.

II) *Atenuação de desigualdades sociais.* O Código de Processo Penal contém disposições que visam a atenuar desigualdades sociais: em relação à proteção judicial ao pobre (arts. 32, 68, 806, §§ 1.º e 2.º), à sua defesa (art. 263, § único), à fiança (art. 350). Sobre a fiança de rico, vêde o parágrafo único do art. 325.

III) *Melindres familiares e individuais.* Os melindres familiares e individuais são preservados (exs. arts. 206, 233, 248, 249). Sobre segredo — art. 207.

IV) *Iniciativa popular.* Qualquer pessoa tem a faculdade de: a) promover ação penal por crime de responsabilidade; b) de modo geral, inclusive no silêncio de lei especial, provocar a instauração de inquérito policial por crime de ação pública (art. 5.º, § 3.º) e a ação penal (art. 27) por crime de ação pública; c) de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (art. 301), sendo que, tratando-se de contravenção, o auto respectivo estabelece o início da ação penal (arts. 26 e 531); d) de impetrar *habeas corpus*, em seu favor ou de outrem (art. 654).

V) *Publicidade.* A regra é a publicidade do processo. Vêde as exceções dos arts. 20 e 792.

A publicidade, que interessa aos indivíduos, como acusados e vítimas de crimes, não é a extrajudicial e sim a que se traduz por citações, intimações, "cientes", audiências com dia, hora e lugar prefixados e a portas abertas, publicação das decisões e atos, tudo na forma da lei. Esta, a publicidade que o povo conquistou em lutas históricas contra as instâncias clandestinas e secretas. Esta, a publicidade que condiciona a validade do processo, assegurando a fiscalização dos interessados diretos e indiretos. O sensacionalismo publicitário, este é criminógeno e até criminoso. Ainda que estivesse sempre

a serviço da verdade e do bem, poderia prejudicar o inquérito, a investigação, a instrução, o julgamento, o recurso, a execução, o reingresso.

É claro que os trâmites e resultados serão obrigatoriamente divulgados e livremente apreciados.

Os crimes devem ser provados e os criminosos julgados com a severidade ou a indulgência merecida em atmosfera serena, equilibrada, fechada às excitações e incitações publicitárias.

São excepcionais os casos sigilosos. A liberdade de crítica e informação sofreria apenas nos estritos limites da legítima necessidade pública.

VI) *Defesa*. Não é a absolvição do culpado, mas a condenação do inocente, que afeta os fundamentos jurídicos, desacredita a Justiça, alarma a sociedade, ameaça os indivíduos, sensibiliza a solidariedade humana. Não há revisão do erro que absolve e sim do erro que condena. Mais do que direito individual, a defesa é dever público inscrito, historicamente, entre as prerrogativas humanas. Não se trata apenas de integrar o contraditório, como pretende a "técnica" marginal e rastejante. Deve assegurar-se, efetivamente, a defesa com todos os meios e recursos e seus corolários: presunção da inocência, até sentença fundamentada de juiz garantido e responsável; proibição da *reformatio in peius* (art. 617); prevalência da decisão mais favorável (art. 615, § 1.º *in fine*); benefício da dúvida, mediante defesa (*habeas corpus*, mandado de segurança, embargos infringentes e de nulidade). Há outros recursos privativos da defesa: *habeas corpus*, mandado de segurança, protesto por novo júri.

Seja qual for o seu crime, nenhum acusado, mesmo o confesso, pode dispensar a defesa. O revel, o foragido, o honnisiado há de ser defendido em todas as fases de todos os processos. O juiz poderá suprir as inépcias e punir as negligências do defensor (art. 265). Fixando a autoria do culpado, o juiz impede que a pena passe da pessoa do criminoso.

VII) *Poderes do juiz*. O juiz é plenipotenciário no processo penal, concentrando sempre a iniciativa e a intervenção, ordenando provas e diligências, sem preclusão até a sentença (arts. 407, 497, n.º XI). Corrige a chicana, a cavilação, a alicantina, o verbalismo sofisticado e protelatório. Dispõe de sanções processuais, inclusive prisão. O chamado pensamento do legislador foi sub-rogado à plenitude jurisdicional assistida pela confiante margem de arbitrio proporcionada à consciência do magistrado.

O juiz aprecia, livremente, as provas e as definições jurídicas. Pode condenar *ultra e extra il petítum* e proporcionar outros enquadramentos. O juiz, como órgão da plenitude jurisdicional, pode condenar, apesar do pedido de absolvição, e aplicar pena mais grave do que a postulada (artigos 383 a 385).

VIII) *Falibilidade do juiz*. O Código de Processo Penal reconhece a falibilidade do juiz e mesmo de tribunal togado em acórdão unânime quanto a matéria jurídica. Assim, cabe recurso de revisão da sentença condenatória ou acórdão confirmatório até depois da morte do condenado pelo pressuposto da inobservância da evidência da lei. Portanto, não só pelo pressuposto de grosseiro erro de fato, também de grosseiro erro de direito (art. 621, n.º I).

A multiplicidade de recursos, inclusive *ex officio*, advertências, formalidades, fiscais, assessores, ciências, vistas, citações, intimações, notificações, além da publicidade, revelam os cuidados contra erros e abusos do juiz. É a cobertura prudente para os poderes do primeiro dos sujeitos do processo, além dos deveres e responsabilidades especiais.

Nos tempos da "Justiça" absoluta a sentença "convencia" o réu, e este era condenado à "penitência". O "suspeito" era coagido à confissão pela tortura. Mesmo inocente, não podia duvidar da infalibilidade dos juizes. O juiz passou a ser o convencido, o convicto e, para tanto, precisa de conhecer o homem cada vez mais condicionado pela sociedade.

IX) *Dupla conformidade*. Assegura-se a dupla conformidade na prestação jurisdicional: juízo singular e colegiado superior e, no caso do Júri, pronunciamento em duas instâncias coletivas. Ninguém será condenado por um só juízo em instância única, salvo se se conformar com a decisão.

X) *Relatividade das provas*. Não há hierarquia das provas. Todas as provas são relativas, inclusive a confissão. Vêde os arts. 157 e 197.

XI) *Disciplina das nulidades*. Nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influido concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade. O juiz deve prover imediatamente à eliminação da nulidade, renovando ou retificando o ato irregular, se possível. Ainda que não o faça, a nulidade considera-se sanada: a) pelo silêncio das partes; b) pela efetiva consecução do objetivo visado pelo ato, não obstante sua irregularidade; c) pela aceitação, ainda que tácita, dos efeitos do ato irregular.

Foi superada "a formalística ridícula de chicanas e rabulices, a anulação de processos até porque não consta dos autos ter o beleguim tocado o badalo ao abrir a audiência ou não ter o escrivão copiado os termos do formulário com todos os seus pontos e vírgulas" (VIVEIROS DE CASTRO). A supressão do *excesso* de formalismo não afeta o formalismo, o processo mesmo.

5. *Sistemas processuais*. No sistema inquisitório inerente aos velhos e novos absolutismos, o juiz acumula a função de acusador contra a regra — *ne procedat iudex ex officio*; a ação pode ter início até mediante delação anônima; a defesa é limitada e vinculada; a prova é tarifada; a prisão preventiva é a regra. O sistema acusatório caracteriza-se pela oralidade, pela publicidade, pela exigência de acusador diverso e distinto do juiz (*nemo iudex sine actore*) que se ache acima das partes; pela regra da liberdade até a condenação definitiva e, portanto, pela excepcionalidade da prisão preventiva. O sistema processual brasileiro é acusatório. Perdura, porém, exceção: a iniciativa da ação pelo juiz, embora circunscrita ao processo sumário para contravenção e logo restituída ao Ministério Público e com a garantia do contraditório *ab initio* e a luz da publicidade. Mesmo nesse caso, o juiz não é o *dominus* da ação. Portanto, o juiz não é, ele mesmo, o acusador, como no processo inquisitorial. Sua iniciativa participa, excepcionalmente, da atividade jurisdicional exercida por pessoa distinta e diversa. É um caminho brasileiro para controle judicial, inicial e direto, sem os males do juzado

da instrução e sem o administrativismo do processo monitorio, da oblação voluntária, do processo por decreto nas "pequenas infrações". O gênio brasileiro repudiou sempre o processo instrumental e mediador e procura, cada vez mais, o essencial e o finalístico.

6. *Norma processual penal.* A distinção entre a norma penal e as demais sanções jurídicas só se torna inconfundível quando a aplicação cabe a juiz, segundo regras peculiares de processo. Não basta a cominação de pena. Outras normas jurídicas irrogam pena, inclusive prisão. Há até norma penal sem pena e mesmo sem crime (arts. 14 e 27 do Código Penal).

A norma processual penal, pela natureza da função jurisdicional e das relações que disciplina, é de direito público.

É *comum*, quando abrange todos os sujeitos que se achem em sua esfera de aplicabilidade, e *especial*, quando tal esfera é limitada, *intuitu personae* ou *ratione materiae*; é *geral*, quando obedece aos princípios de um mesmo sistema processual, e *singular*, quando dêle se afasta, contra *temnore rationis*, *propter aliquam utilitatem*; é *permanente*, quando vige por tempo indeterminado, e *temporária*, quando vige por tempo determinado, e, *excepcional* quando vige em certas conjunturas, como guerra, revolução, calamidades, etc.

A regra é a aplicação da lei vigente no lugar do crime (*locus commissi delicti*). *Ubi facinus admissum ibi est poena plectendum.*

A lei processual penal aplica-se imediatamente (*tempus regit actus*), mas, a bem da economia processual, continuam válidos os atos realizados sob a vigência da lei anterior. A lei processual penal comporta interpretação extensiva, aplicação analógica e a potencialidade normativa suplementar dos princípios gerais de direito (art. 3.º). Em caso algum, a extensão e a analogia poderão restringir a liberdade, que é a regra democrática. As exceções não de ser sempre expressas e exclusivas, sobretudo quando afetam direitos e garantias individuais. Para participar do império da norma expressa, a extensão e a analogia não de manter com esta relação de homogeneidade. Se não há solução analógica (*similibus ad similia*), o juiz recorrerá aos chamados princípios gerais de direito. Assim, ele não pode repetir o *non liquet* do pretor romano.

7. *Ação penal.* No direito brasileiro, o chamado *jus puniendi* e o *jus actionis* constituem direitos subjetivos e substantivos. O direito à ação com sua titularidade é substantivo (arts. 102 e 107 do Código Penal). A forma, isto é, o processo para o exercício desse direito consta da lei adjetiva que ritualiza a ação. Em geral, no Código de Processo Penal. Tal ação obedece a qual *processo*. A palavra processo de *procedere* exprime mecanismo em movimento. Na linguagem forense diz-se mover ação, andar, correr, ação em curso, etc. O direito à ação pertence, em regra, ao poder executivo. Há exceções (ação privada). O direito de punir, como o de absolver, cabe ao poder judiciário. Mediante a ação pública, o poder executivo exerce, não o direito de punir, mas o de fazer punir, sujeitando a acusação ao órgão jurisdicional. É o que também faz o indivíduo mediante a ação privada. E a tanto reduz-se a *voluntas quaerelandi*.

O Ministério Público representa o poder executivo, como parte *sui generis*, obrigada à imparcialidade para que o culpado seja punido (*impunitum non relinquit facinus*) e o inocente não seja condenado (*innocentem non condemnari*). Por isso, o Ministério Público que, antes e acima de parte, é promotor e fiscal da execução da lei (art. 257 do Código de Processo Penal), será mesmo "promotor de justiça", quando, justificadamente, deixar de promover a ação penal ou de recorrer, pedindo absolvição, etc. Ora, se é o órgão da lei e fiscal de sua execução, e a lei determina a absolvição em certos casos, quando ocorrer qualquer dêles, o promotor público, não somente pode, como deve, exatamente para a execução da lei, demonstrar a inocência e pedir a absolvição.

Ainda quando privada a ação, predomina o interesse público em seu exercício para o emprêgo das armas legais contra as retaliações.

O julgamento e não a ação, é divisível (arts. 48, 413, § único, 461).

Nem o Ministério Público, nem o querelante pode incluir ou excluir conorrentes ou processá-los em separado, todos abrangidos pela fórmula monística do art. 25 do Código Penal (arts. 49 e 51).

O Ministério Público tem o mesmo poder de *requisição* atribuído ao juiz (arts. 5.º n.º II, 47), funcionando com autoridade e independência, quer em relação ao juiz, quer em relação à autoridade policial.