

A Evolução dos Sistemas Processuais Penais e o Exercício Abusivo do Direito de Ação Penal

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA ^(*)

A estrutura, os elementos e as peculiaridades dos atuais *sistemas processuais penais* são produto de uma extensa evolução histórica, que se confunde com o próprio desenvolvimento da civilização ocidental ou, ao menos, com a forma pela qual se exerceu o poder nesta parte do mundo. Particularizando-se a assertiva, chega-se à mesma conclusão quanto ao direito de ação penal: sua natureza, titularidade e condições para o seu exercício consubstanciam o resultado de um longo evoluir, no qual progressos e retrocessos se fizeram sentir, até que se chegasse ao estágio atual. Neste contexto, um dado soa inegável: ao longo dos séculos, todos aqueles (particulares ou órgãos estatais) aos quais se facultou ou atribuiu o exercício do *ius accusationis* dele fizeram uso irregular, temerário ou abusivo, em distintas variações de grau. E, como se poderá constatar, estas variações se vinculam à evolução que culminou com a publicização do sistema acusatório.

Com efeito, não é recente a noção do exercício abusivo do direito de ação penal. Na Grécia Antiga, por volta do século V a. C., já se podia vislumbrá-lo, bem como punições à respectiva conduta temerária. O sistema processual penal daquela época, registre-se, distinguia entre *delitos públicos* (que afetavam a ordem, a tranqüilidade e a paz públicas), que podiam ser perseguidos por qualquer cidadão, e *delitos privados* (os quais ultrajavam tão-somente o interesse do ofendido, singularmente considerado), cuja persecução ficava reservada ao lesado, ou ao seu representante legal (nos casos de menores, mulheres e escravos) ⁽¹⁾. Em quaisquer das hipóteses, porém, a fim de evitar demasiadas ações levianas

⁽¹⁾ Neste sentido, MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989. pp. 29/30. Todavia, o mesmo autor, em seguida, adverte: "No obstante que éste era el sistema de acusación principal, existían también delitos que hoy enunciaríamos como perseguibles de oficio, con cierta licencia en el vocabulario. Algunas infracciones capitales, que ponían en peligro al mismo Estado, permitían, al lado de la persecución ciudadana, la prevención y denuncia de ciertos funcionarios llamados *tesmotetas*, magistrados que los investigaban y denunciaban al Senado o a la Asamblea del pueblo, que, a su vez, designaba un ciudadano para tomar a su cargo la acusación y radicaba el caso ante uno de los tribunales" (*op. cit.* p. 31).

ou exercidas com o fito único de prejudicar terceiros, deveria o cidadão acusador depositar uma quantia pecuniária destinada a fazer frente às despesas judiciais. Caso resultasse o processo em condenação, o acusador recebia um prêmio que variava de três quartos à metade da multa aplicada ao condenado ⁽²⁾, ou locupletava-se de parcela dos bens confiscados deste ⁽³⁾. Todavia, se o acusado fosse absolvido, se procedia imediatamente ao exame do comportamento do acusador: se a quinta parte dos juízes entendia fundado o direito de acusar, não sofria qualquer pena; mas, na hipótese contrária, poderia sofrer penalidades por vezes gravosas ⁽⁴⁾, como multas ou interdição do direito de acusar ⁽⁵⁾.

Na Roma Antiga, diante dos diferentes sistemas de organização política que se sucederam, a titularidade e a forma pela qual se exercia a ação penal não observaram uniformidade. As modificações, contudo, não foram bruscas ou revolucionárias, mas produto de uma lenta e paulatina transformação das instituições ⁽⁶⁾. Assevere-se, a título elucidativo, que, a exemplo do ocorrido na Grécia Antiga, também em Roma se fazia distinção entre *delicta publica* e *delicta privata* ⁽⁷⁾.

Durante a fase monárquica romana (754 a. C. a 509 a. C.), predominou a *cognitio* (conhecimento espontâneo da infração penal), a qual se fundava na *inquisitio* ⁽⁸⁾. Nesta fase, o exercício da ação penal nos delitos considerados *públicos* era levado a efeito pelo próprio monarca, o qual normalmente cometia tal função a magistrados por ele designados, tais como os *duoviri perduellionis* e aos *quaestores parricidii* ⁽⁹⁾. Bastava a *notitia criminis* para que o magistrado agisse, a fim de proceder às necessárias investigações, prescindindo-se de uma acusação ⁽¹⁰⁾. No caso de delitos *privados*, para converter-se em autor e levar a causa perante o rei ou o magistrado, era necessário que o ofendido gozasse em plenitude de seus direitos ⁽¹¹⁾.

⁽²⁾ Neste sentido, MARINHO, Inezil Penna. *Grandes julgamentos da Grécia antiga*. Brasília: Horizonte Editora, 1979, p. 51.

⁽³⁾ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 49.

⁽⁴⁾ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., p. 31. ABALOS, Raúl Washington. *Derecho procesal penal. Tomo I. Cuestiones fundamentales*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 406.

⁽⁵⁾ ROMEIRO, Jorge Alberto. *op. cit.*, p. 49.

⁽⁶⁾ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., p. 34.

⁽⁷⁾ Eis a lição de MASSARI, Eduardo: "In Roma, fino al tempo dell'impero, vi furono delitti che si ritenevano lesivi esclusivamente d'interessi individuali, e che perciò erano detti *delicta privata*: in contrapposto ai delitti lesivi degl'interessi generali, che costituivano i *delicta publica*. Per l'una e per l'altra categoria di delitti, naturalmente, si avevano due procedimenti diversi: l'uno dissimile dal processo civile, per i *delicta privata*; l'altro, invece, vero e proprio *procedimento penale pubblico*" (*Il processo penale nella nuova legislazione italiana*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1934. pp. 547/548).

⁽⁸⁾ GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 96.

⁽⁹⁾ ABALOS, Raúl Washington. *Derecho procesal penal. Tomo I. Cuestiones fundamentales*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 410.

⁽¹⁰⁾ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 1ª Vol. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 74/75.

⁽¹¹⁾ ABALOS, Raúl Washington. *Derecho procesal penal. Tomo I. Cuestiones fundamentales*. cit., p. 410.

Somente com o advento da República, por influência da *provocatio ad populum* ⁽¹²⁾ advinda do período monárquico, se passou paulatinamente à secularização da justiça penal, o que veio a resultar, posteriormente, na *accusatio*; por intermédio desta, qualquer cidadão passou a ostentar o direito de arrogar-se como acusador, em quaisquer espécies de delitos ⁽¹³⁾. Se vários acusadores se apresentassem ao mesmo tempo em relação à mesma causa, por intermédio da *divinatio* o pretor dava preferência ao que oferecesse maiores garantias à Justiça, aceitando os demais como *subscriptores* ⁽¹⁴⁾.

Mas o acusador respondia penalmente pelo exercício inidôneo de sua função, resultando sua responsabilidade de três tipos de comportamentos diferentes: o mais leve correspondia à desistência infundada da acusação (*tergiversatio*); os dois mais graves consistiam no acordo doloso com o acusado com vistas à consecução de uma sentença absolutória (*prevaricatio*) e na falsa imputação de um delito (*calumnia*) ⁽¹⁵⁾. Estas três infrações eram julgadas pelo mesmo tribunal que havia conhecido do processo anterior, apesar de o julgamento da *prevaricatio* não se seguir, em todos os casos, imediatamente após a absolvição, como ocorria com a *tergiversatio* e com a *calumnia*. As penas destes delitos não se encontravam rigidamente regulamentadas por lei, mas eram deixadas ao arbítrio do tribunal, sobretudo nos casos mais graves de *calumnia* e de *prevaricatio*. Não obstante, em ambos os casos havia a perda do *jus honorum*, que compreendia o direito de acusar; além disso, a *prevaricatio* declarada importava a anulação da sentença absolutória e um novo pronunciamento simultâneo sobre o processo anterior ⁽¹⁶⁾. Excetuadas estas hipóteses, não era o acusador passível de qualquer penalidade ⁽¹⁷⁾.

⁽¹²⁾ LECIONA MAIER, Julio B. J., que "al lado de esta forma primaria de procedimiento (*anquisitio*), se desarrolló la facultad de alzarse contra la decisión del rey o los magistrados, conocida como *provocatio ad populum*, derecho que competía, en principio, a los ciudadanos varones para provocar la reunión de la Asamblea popular a fin de evitar las consecuencias perjudiciales de la decisión del inquisidor público. La institución, según se observa, es el comienzo de la instauración de la jurisdicción popular que luego sobrevendrá y, sin duda, significa una limitación del poder penal del rey" (*Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., pp. 36/37).

⁽¹³⁾ ABALOS, Raúl Washington. *Derecho procesal penal. Tomo I. Cuestiones fundamentales*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993. pp. 419/420. Precisa, neste particular, a lição de MAIER, Julio B. J.: "También la persecución penal pública se traslada de las manos del magistrado a las del ciudadano, lo que constituye la nota fundamental del nuevo sistema (acusatorio). El régimen concebía al delito como un atentado a las condiciones mínimas de coexistencia de la comunidad, en la mayoría de los casos, y, por lo tanto, no reservaba la legitimación activa – para perseguir penalmente – en el proceso penal a aquellos que resultaran directamente ofendidos por el comportamiento impugnado, según sucedió siglos más tarde en el Derecho germano, sino que, por el contrario, erigía representante libre de la comunidad a sus propios miembros, a la manera del sistema acusatorio griego" (*Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., pp. 40/41).

⁽¹⁴⁾ ROMERO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 52.

⁽¹⁵⁾ ASSIM, HÉLIE, M. Faustin. *Traité de l'instruction criminelle*. Dixième édition. Tome I. Paris: Plon, 1866. pp. 64/65.

⁽¹⁶⁾ A exposição segue, quase literalmente, os ensinamentos de MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit. p. 44.

⁽¹⁷⁾ ROMERO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. cit. p. 54.

Nos primórdios do Império Romano, iniciado no ano 27 a. C. ⁽¹⁸⁾, o sistema da *accusatio* ainda perdurava, chegando, inclusive, a aperfeiçoar-se. Todavia, por volta do século III da era Cristã, pouco a pouco tal sistema começou a entrar em declínio. Com efeito, a extensão da faculdade de perseguir penalmente a um número cada vez maior de pessoas trouxe consigo o extraordinário crescimento das acusações infundadas, movidas tão-somente pelo sentimento de vingança, provocando um sem-número de abusos ⁽¹⁹⁾. Por outro lado, confiar a acusação penal a cidadãos como representantes da comunidade trazia como conseqüência a impunidade dos delitos que não encontravam eco na perseguição penal popular ⁽²⁰⁾. Tudo isto culminou com a implantação da *cognitio extra ordinem*, que voltou a basear-se na *inquisitio*, a qual veio a substituir a *accusatio* ⁽²¹⁾. Ao residir a soberania no poder do Imperador, e não mais no povo, os cidadãos foram privados de sua função representativa da sociedade, e o direito de perseguir penalmente foi transferido a funcionários estatais ⁽²²⁾. O sistema inquisitório substituiu, assim, ao acusatório, sendo a ação penal cometida, na Capital do Império Romano, ao *praefectus urbi* e ao *praefectus praetorii*, e, nas províncias, aos *praesides* e aos *proconsules*, os quais eram auxiliados por agentes subalternos, denominados *irenarchae*, *curiosi*, *legati*, *stationarii* e *nunciatores*, incumbidos de investigar os crimes e denunciá-los aos *praesides* e aos *proconsules* ⁽²³⁾. Neste período, já se utilizava a tortura como meio de obtenção do convencimento do julgador ⁽²⁴⁾.

⁽¹⁸⁾ Como afirma ABALOS, Raúl Washington, "podemos considerar al 16 de enero del año 27 a de J.C., como la fecha simbólica del comienzo del Imperio, dado que ese día el Senado otorga a Octavio el título de Augusto (majestuoso)" (*Derecho procesal penal. Tomo I. Cuestiones fundamentales*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993. p. 431). No mesmo sentido, SPINOSA, Antonio. *La grande storia di Roma*. Milano: Mondadori, 2000. p. 304.

⁽¹⁹⁾ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit. p. 49. Neste particular, assinala TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: "O que foi um sacrifício em benefício da República, uma honra disputada pelos mais ilustres cidadãos converteu-se, então, em uma ruindade alimentada pelo ódio e pela avidez. As recompensas prometidas aos delatores fizeram destes, como diz Hélie, 'aves de rapina' que se lançavam sobre as pessoas que a fantasia sangrenta do amo lhes indicava" (*Processo Penal*. 1º Vol. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 76). ABALOS, Raúl Washington, relembra ainda que, "llegado Trajano al Imperio (98 de J.C.) se impone por ley que el acusado al igual que el acusador (delator) sean detenidos hasta la finalización del proceso, esto para evitar las acusaciones infundadas y las venganzas personales" (*op. cit.*, p. 434).

⁽²⁰⁾ Importante notar, como o fazem GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, que "este sistema acusatório originário não protege os mais fracos, principalmente em sociedades estruturadas e estratificadas em classes ou castas, o que impossibilita que uma pessoa acuse aquele de quem depende, que o súbdito acuse o seu dominus" (*Lei e crime. O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 31).

⁽²¹⁾ GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 107. A este respeito, afirma MORELLO, Michele: "La perdita del senso civico e del rispetto alla libertà che si ebbe con la Roma imperiale determinò lo scadimento dei costumi e l'inefficienza del modello accusatorio, dando luogo alla nascita del processo inquisitorio con la 'cognitio extra ordinem': un magistrato delegato dal principe svolgeva le indagini, iniziate di ufficio, e decideva utilizzando come fonte di prova anche l'accusato, che poteva anche essere arrestato" (*Il nuovo processo penale. Parte generale*. Padova: Cedam, 2000. p. 118).

⁽²²⁾ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., p. 48.

⁽²³⁾ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. cit., p. 55.

⁽²⁴⁾ Em conformidade com o texto, BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 58; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito*

Posteriormente à queda do Império Romano, no curso da época conhecida como Idade Média, intensificou-se ainda mais o sistema da *inquisitio*. Junto ao crescimento da Igreja Católica, tinha-se uma descentralização do poder político, pois ainda se gestava, embrionariamente, a formação dos Estados nacionais. Fazia-se necessário, portanto, um sistema homogêneo estabelecido por uma instituição considerada universal. No ano de 1184 se realiza o Concílio de Verona, reunião eclesiástica que se pode tomar como marco inicial da Inquisição ⁽²⁵⁾. Em seguida, o Papa Inocêncio III (o qual se elegera em 1198), fundado na herança do direito romano da última época, modifica profundamente as formalidades do direito canônico, inaugurando a Inquisição diante da necessidade de investigar a conduta dos clérigos ⁽²⁶⁾.

O processo penal canônico exerceu grande influência na Europa continental; sobretudo durante os séculos XII ao XVIII. No início, os pensadores da Igreja instituíram um procedimento que retirava da jurisdição secular o poder de processar e julgar os clérigos. Depois, utilizaram-se desse sistema para proteger os assuntos e interesses temporais da própria Igreja ⁽²⁷⁾. A jurisdição repousou nos Juízes inquisidores, que se consubstanciavam em bispos, arcebispos ou oficiais. Todos estes ficavam incumbidos da persecução penal, que, na grande maioria das vezes, se iniciava em virtude do dever de aqueles procederem de ofício, ou, menos frequentemente, por acusação formal de qualquer do povo ou por simples denúncia sem necessidade de comprovação do que se afirmara ⁽²⁸⁾.

processual brasileiro. Das origens lusas à Escola Crítica do Processo. São Paulo: Manole, 2002. p. 88. Apontando o emprego da tortura nessa fase, QUEIRO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 06.

⁽²⁵⁾ Neste sentido, TESTAS, Guy; TESTAS, Jean: "Quelques années plus tard, lors d'un concile tenu à Lyon en 1163 sur les instances du roi de France Louis VII (qui lui montre les dangers de l'hérésie manichéenne s'étendant comme un chancre sur les provinces de France), Alexandre III ordonne aux seigneurs de punir de prison les hérétiques et de confisquer leurs biens. De son côté, Lucius III fit assembler un concile à Verone en 1184, où l'on mit au point une *Constitution* qui fut proclamée le 4 novembre. Elle décrétait: - que les comtes, les barons et autres signeurs jureraient de prêter main-forte à l'Eglise sous peine d'excommunication; - que les habitants feraient le serment de dénoncer à l'évêque toute personne qui serait soupçonnée d'hérésie; - que les évêques visiteraient eux-mêmes, deux fois l'an, les villes et villages de leur diocèse, afin de découvrir les hérétiques; - que les fauteurs d'hérésie seraient déclarés infâmes pour toujours et dépouillés de leur emploi. Cette *constitution* doit être regardée comme l'origine même de l'*Inquisition épiscopale*" (*L'inquisition*. Huitième édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2001. pp. 08/09).

⁽²⁶⁾ MAJER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., p. 56.

⁽²⁷⁾ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 63.

⁽²⁸⁾ Assim, ABALOS, Raúl Washington. *Derecho procesal penal. Tomo I. Cuestiones fundamentales*. cit., p. 454. De acordo com o *Malleus Maleficarum*, escrito em 1484 em conformidade com a Bula Papal de Inocêncio VIII, e considerado a Bíblia da Inquisição, três eram os métodos de se dar início ao processo, devendo o Juiz dar prevalência ao terceiro deles: "No primeiro tem-se a acusação de uma pessoa por outra perante o Juiz, seja do crime de heresia, seja do de dar proteção a algum outro herege, sendo que o acusador se oferece para prová-lo e se submete à lei de talão caso não o consiga. No

Mas, também a essa época, já se podia vislumbrar repressão a possíveis atitudes abusivas: como era permitido a qualquer pessoa acusar formalmente alguém perante o Juiz (na segunda hipótese acima apontada), exigia-se daquele que assim agisse a prova de sua afirmação, a fim de se evitar falsos pretextos para a obtenção da condenação de inimigos. Em caso de o acusador não se desincumbir deste mister, deveria suportar uma pena equivalente àquela que deveria sofrer o imputado⁽²⁹⁾.

Tais deturpações do sistema contribuíram para que Inocêncio III determinasse que todo processo criminal de competência do clero fosse precedido da *inquisitio*⁽³⁰⁾. Suas regras básicas foram instituídas em 1215, no IV Concílio de Latrão⁽³¹⁾. Deu-se, a partir de então, uma força jamais vista ao processo criminal, introduzindo a Igreja largamente a persecução de ofício, permitindo-se aos juízes, independentemente de qualquer acusação de outrem, instaurar o processo, ouvir testemunhas e pronunciar uma condenação⁽³²⁾. Assim, a acusação formal e a denúncia anônima acabaram por cair em desuso pela população⁽³³⁾.

A prática da tortura no processo inquisitório era comumente levada a cabo pelos Juízes, os quais, atuando inicialmente como acusadores, ao invés de se convencerem por intermédio das provas carreadas aos autos, faziam com que o

segundo tem-se a denúncia de uma pessoa por outra que não se propõe, contudo, a prová-lo e se recusa a envolver-se diretamente na acusação; mas alega que presta informação para o zelo da fé, ou em virtude de uma sentença de excomunhão prescrita pelo Ordinário ou pelo Vigário; ou em virtude de castigo temporal requerido pelo Juiz secular para aqueles que deixam de prestar tal informação. No terceiro tem-se a inquisição propriamente, ou seja, não se tem a presença de um acusador ou um informante – apenas uma denúncia geral de que há bruxas em determinado lugar o em determinada cidade. O Juiz, portanto, deverá proceder não por solicitação de qualquer das partes, mas apenas pela obrigação que lhe é imposta pelo seu ofício. Insista-se aqui que o Juiz não deverá aceitar de pronto o procedimento do primeiro tipo. (...) Reparar também que no caso do segundo método há de observar-se a seguinte precaução. (...) O Juiz secular, portanto, no aviso geral indicado, deverá especificar que ninguém incorrerá no risco de ser penalizado se não puder provar a denúncia feita, já que se apresenta como informante e não como acusador” (KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras. Malleus maleficarum*. Trad. Paulo Fróes. 4ª ed., Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991. pp. 396/397).

⁽²⁹⁾ É o que afirmam, TESTAS, Guy; TESTAS, Jean: “Il y a pourtant une règle, c’est que l’accusateur doit faire preuve absolue de ce qu’il avance, afin d’éviter de faux pretextes pour obtenir la condamnation d’un ennemi; sinon il encourt une peine équivalente à celle qu’aurait subie le coupable” (*L’inquisition*. cit., p. 37). No mesmo sentido, MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., p. 66.

⁽³⁰⁾ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. cit., p. 64.

⁽³¹⁾ TESTAS, Guy; TESTAS, Jean. *L’inquisition*. cit., p. 11.

⁽³²⁾ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 64.

⁽³³⁾ Como explica MAIER, Julio B. J., “la abolición del procedimiento acusatorio comienza cuando se autoriza la denuncia, incluso anónima, como forma de iniciación de una investigación, primer paso para la admisión del procedimiento de oficio, también autorizado posteriormente. Conforme a ello el procedimiento penal abría sus puertas *per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*, pero, como el rumor público bastaba para proceder de oficio, esta última forma terminó dominando, una vez instaurada la inquisición” (*Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., p. 56). No mesmo sentido, BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. cit., p. 65.

material probatório servisse para demonstrar o acerto da acusação antes formulada ⁽³⁴⁾. A Igreja permitiu formalmente a tortura ⁽³⁵⁾ para a averiguação da verdade, que consubstanciava, aliás, a meta absoluta da persecução penal ⁽³⁶⁾. Correlacionado à tortura, a inquisição ainda se utilizou do sistema das *provas legais*, por intermédio do qual se procurava racionalizar as técnicas do accertamento dos fatos, por meio de uma intrincada sistemática em que cada prova tinha o seu valor previamente determinado ⁽³⁷⁾. A confissão, porém, era considerada a rainha das provas. Assim, acabou-se por transformar toda a atividade probatória em uma desenfreada busca dá confissão, inclusive e sobretudo com a admissão do recurso à tortura ⁽³⁸⁾.

Ressalve-se, porém, que, à mesma época, na Inglaterra, por variados motivos, cujo tratamento escapa à finalidade deste trabalho, não se adotou o procedimento inquisitorial ⁽³⁹⁾. Tampouco a tortura foi comumente levada a efeito; embora tenha chegado a ser raramente aplicada, pelo fato de não ter sido institucionalizada não necessitou ser oficialmente abolida ⁽⁴⁰⁾. O mesmo, porém, não se verificou na

⁽³⁴⁾ Assim, JARDIM, Afranio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal*. cit., p. 43. No mesmo sentido, GOMES FILHO, Antonio Magalhães: "Evidente, entretanto, o vício epistemológico que aí se continha, pois o inquisidor era alguém comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade, que procurava demonstrar; a pesquisa cedia vez à confirmação de uma verdade já estabelecida" (*Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 22).

⁽³⁵⁾ Sobre a instituição da tortura, afirmam TESTAS, Guy; TESTAS, Jean: "L'Eglise fut longtemps hostile à la 'question', mais elle en usa, en abusa souvent, à partir du XIII^e siècle. Par la bulle *Ad extirpanda* du 15 mai 1252, Innocent IV en autorisa l'usage; le 30 novembre 1259, Alexandre IV ratifia cette décision de son prédécesseur et Clément V en fit de même, quelques années après" (*L'inquisition*. cit., p. 39).

⁽³⁶⁾ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., p. 62.

⁽³⁷⁾ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. cit., p. 22.

⁽³⁸⁾ Neste sentido, MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit. p. 91. No mesmo sentido, QUEIJO, Maria Elizabeth, que afirma: "Na realidade, no processo inquisitório da Idade Média havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura era o instrumento para alcançar a confirmação dessa culpabilidade, por meio da confissão" (*O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 07)

⁽³⁹⁾ A afirmação é corroborada por ABALOS, Raúl Washington. *Derecho procesal penal. Tomo I. Cuestiones fundamentales*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993. pp. 458/459.

⁽⁴⁰⁾ É o que explica pormenorizadamente SPENCER, J. R.: "En utilisant le jury la justice anglaise évita la voie inquisitoire telle qu'elle se développait en Europe continentale, avec un tribunal chargé de la recherche active des preuves. De plus, en évitant elle échappa également aux grands dérapages, comme le régime des preuves légales selon lequel deux témoins oculaires étaient nécessaires pour condamner une personne qui refusait d'avouer, et la torture destinée à contraindre l'accusé à avouer, devenue nécessaire pour éviter un blocage de la justice quand les deux témoins manquaient. En effet, l'absence de torture était un avantage de la procédure pénale anglaise dont se vantaient les juristes anglais des XV^e, XVI^e et XVII^e siècles, comme Fortescue et Coke, quand ils la comparaient au droit de leurs voisins d'outre-Manche. "En disant cela, ces juristes anglais n'étaient pas absolument honnêtes. Le roi, exceptionnellement, pouvait autoriser la torture d'un suspect. Les rois Tudor et Stuart avaient dans la *Tour de Londres* une salle de torture, où bon nombre de traîtres les plus célèbres – comme Guy Fawkes, par exemple, qui tenta de faire exploser le roi Jacques I^{er} et le Parlement en 1605 (attentat connu sous le nom de 'Conspiration des poudres') et que les Anglais brûlent toujours en effigie le 5 novembre – furent soumis à la torture du chevalet pour les faire avouer et dénoncer leurs complices. Mais la torture restait rare, se pratiquant officieusement et en secret. Elle ne fut

Escócia, onde, por influência das idéias jurídicas romanas e continentais, a tortura foi oficialmente institucionalizada, a qual somente em 1707 foi legalmente abolida ⁽⁴¹⁾.

Mas mesmo a adoção do sistema das provas legais parece extrair um de seus fundamentos da prevenção de abusos por parte do inquisidor-acusador. A referência comumente utilizada pelos juristas medievais para a elaboração doutrinária que serviu de base às provas legais é uma passagem do Código de Justiniano (C. 4.19.25), na qual se advertia aos acusadores que não propusessem ações que não fossem fundadas em testemunhos idôneos e em documentos clarísimos, "*vel indicijs ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita*" ⁽⁴²⁾.

Houve vários diplomas legislativos, no decorrer dos séculos, que consagraram o sistema inquisitivo na Europa. Assim, por exemplo, na Espanha o *Libro de las Leyes*, mais conhecido como *Las Siete Partidas*, que foi concluído por volta de 1276 por Afonso X, o Sábio ⁽⁴³⁾. Tal diploma foi o responsável pela recepção do direito romano-canônico na Espanha, e introduziu o método inquisitivo na persecução penal, sendo substituído em 1348 pelo *Ordenamiento de Alcalá* ⁽⁴⁴⁾. Na Alemanha, a recepção se deu somente em 1532, por obra do Imperador Carlos V, o qual instituiu a *Peinliche Gerichtsordnung*, também chamada *Constitutio Criminalis Carolina*, ou simplesmente *Carolina*, a qual teve como antecedentes a *Wormser Reformation*, de 1498, e a *Constitutio Criminalis Bambergensis*, de 1507 ⁽⁴⁵⁾. Já na França, a introdução do direito romano-canônico aparece com a *Ordonnance* de 1254, devida a Luís IX. Mas o procedimento inquisitivo francês caminhou lentamente até sua codificação definitiva por meio da *Ordonnance* de 1498, sob o reinado de Luís XII, e, fundamentalmente, por intermédio da *Ordonnance* de 1539, obra de Francisco I ⁽⁴⁶⁾. Em 1670, com o advento da *Ordonnance sur la procédure criminelle*, de Luís XIV, revigorou-se a utilização do sistema inquisitivo, no qual o magistrado podia assumir a acusação, conduzir a instrução, suprir a defesa do acusado e julgar ⁽⁴⁷⁾.

jamais institutionnalisée en Angleterre et, n' existant théoriquement pas, ne fut jamais officiellement abolie. Au temps de la Révolution des années 1640, où fut déposé et décapité le roi Charles 1^e, la torture tomba sans bruit en désuétude, pour ne jamais être rétablie" (*La procédure pénale anglaise*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. pp. 06/07).

⁽⁴¹⁾ ASSIM, SPENCER, J. R.. *La procédure pénale anglaise*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 07.

⁽⁴²⁾ Neste sentido, PALAZZOLO, Giorgia Alessi. *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo Medio e Moderno*. Napoli: Jovene, 1979. p. 03.

⁽⁴³⁾ ASSIM, TESTAS, Guy; TESTAS, Jean. *L'inquisition*. cit., p. 29.

⁽⁴⁴⁾ Neste sentido, MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., pp. 65/66.

⁽⁴⁵⁾ ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 560.

⁽⁴⁶⁾ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1, vol. b. cit., p. 78.

⁽⁴⁷⁾ A respeito, FLORIAN, Eugenio: "La célebre Ordenanza criminal de Luis XIV (agosto 1670) toda dedicada al procedimiento, presenta, como observa GARRAUD, 'la codificación completa y definitiva del procedimiento inquisitorio'. Los escritores de la época enseñaban que el juez debe proveer a todo, incluso a la defensa; CARPZOVIO, el maestro casi legislador del proceso inquisitorio alemán, dice: 'Judex supplere debet defensiones rei ex officio' " (*Elementos de derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934. p. 66).

Mas foi no evoluer deste período, entre os séculos XIV e XVII, que paulatinamente foi desenvolvendo-se e aperfeiçoando-se uma instituição cuja origem mais aceita remonta às figuras francesas dos *procureurs et avocats du Roi* (48): cuida-se do Ministério Público que, com a sua afirmação posterior, possibilitou a fundamental separação entre o órgão julgador e a acusação, imprescindível ao sistema acusatório público (49). Ressalve-se, porém, que a expressão “ministério público” somente veio a ser utilizada no plano legislativo por volta do século XVIII, tendo provavelmente resultado da nomenclatura que utilizavam os próprios procuradores e advogados do Rei ao se referirem ao seu ministério (50). Originariamente, porém, o papel dos procuradores era excessivamente limitado no que concerne ao exercício da ação penal, situação que só veio a modificar-se de maneira sensível com o final do Antigo Regime (51).

Com a profusão da doutrina iluminista proveniente da Revolução Francesa de 1789, o processo penal sofreu influência das idéias liberais e do espírito humanitário, gestados desde as primeiras décadas do século XVIII. Neste período, foi intensa a fermentação das idéias democráticas que varreram a Europa. Na Alemanha, CHRISTIAN THOMASIVS (1655-1728) atacou os processos inquisitórios contra bruxas, em seu trabalho publicado em 1701, intitulado “*De criminæ magicæ*”, enquanto seu discípulo BERNHARDI lutou contra a tortura em sua tese doutoral de 1705 (“*De tortura e foris Christianarum prohibenda*”) (52). Na península italiana, no ano de 1764, CESARE BECCARIA fez publicar sua célebre obra *Dei delitti e delle pene*, na qual combateu a tortura e a pena de morte, além de ter bradado pelas acusações públicas, tendo afirmado, inclusive, que aos caluniadores deveriam ser aplicadas as penas que coubessem ao acusado (53). A França, berço

(48) A este respeito, VELLANI, Mario assevera que “è dalle ordinanze degli antichi re di Francia che il pubblico ministero – ivi sviluppatosi attraverso le figure del procuratore e dell’avvocato del re – è passato, sia pure con diverse regolamentazioni nella sua struttura e modificazioni nelle attribuzioni, nelle leggi emanate nel periodo della rivoluzione e poi in quella codificazione napoleonica che influenzò, anche se in misura diversa, le legislazioni di altri Stati, tra i quali molti Stati italiani preunitari, compresi quelli sardi” (*Il pubblico ministero nel processo. I. Profilo storico*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1965. p. 18).

(49) No sentido do texto, ROXIN, Claus. *Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público*. Trad. Julio B. Maier e Fernando J. Córdoba. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 40.

(50) É o que afirma VELLANI, Mario: “Non mi risulta che il termine *ministère public* sia stato usato in ordinanze o in editti precedenti a quelli sopra ricordati, salvo che in una ordinanza del 1737 che ora si citerà. Con molta probabilità, l’espressione è nata quase inavvertitamente nella pratica, cioè gli stessi procuratori e avvocati del re parlavano del loro ministero, e successivamente al vocabolo ‘ministero’ si deve essere unito, quase per forza naturale con riferimento agli interessi pubblici che i procuratori e gli avvocati del re, generali e no, dovevano difendere, l’aggettivo ‘pubblico’, componendo così il termine ministero pubblico” (*Il pubblico ministero nel processo. I. Profilo storico*. cit. pp. 67/68).

(51) Assim, RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère Public entre son passe et son avenir*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967. pp. 26/27.

(52) É o que informa ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. pp. 563/564.

(53) Em sua celeberrima obra *Dei delitti e delle pene*, publicada pela primeira vez em 1764, BECCARIA, Cesare, já asseverava: “È già stato detto dal signor di MONTESQUIEU, che le pubbliche accuse sono più

do Iluminismo, desempenhou papel decisivo na afirmação das conquistas processuais penais democráticas, por intermédio de pensadores como MONTESQUIEU⁽⁵⁴⁾, VOLTAIRE⁽⁵⁵⁾ e ROUSSEAU⁽⁵⁶⁾. Na idade do Iluminismo se discutiu profundamente sobre a conveniência de se confiar a acusação pública a um “vingador público”, como o chamava o próprio MONTESQUIEU⁽⁵⁷⁾, ou mesmo ripristinar o caráter popular da ação, reservando a um órgão público funções subsidiárias ou supletivas⁽⁵⁸⁾. Acabou por prevalecer a primeira solução, sobretudo a partir da legislação revolucionária e com o napoleônico *Code d’Instruction Criminelle* de 1808, os quais possibilitaram o exercício da ação penal ao Ministério Público, sendo tal quadro reproduzido posteriormente em quase todo o restante do continente europeu⁽⁵⁹⁾.

Mas deve ser feita a ressalva que o *Code d’Instruction Criminelle* de 1808 pretendeu estabelecer uma solução de compromisso entre o inquisitorialismo, desenvolvido nos regimes absolutistas, e o modelo acusatório praticado na Inglaterra, o qual foi percebido pelos iluministas como o mais apto à preservação dos direitos individuais⁽⁶⁰⁾. Desta tentativa de conciliação surgiu o chamado sistema *inquisitivo reformado* ou *misto*, por intermédio do qual tentou preservar-

conforme alla republicca, dove il publicco bene formar dovrebbe la prima passione de’ cittadini, che nelle monarchie, dove questo sentimento è debolissimo per la natura medesima del governo, e dove è ttimo stabilimento il destinare de’ commissarii che, in nome publicco, accusino gl’infrattori delle leggi. Ma ogni governo e repubblicano e monarchico deve al calunniatore dare la pena che toccherebbe all’accusato” (*Dei delitti e delle pene*. Ristampa. Milano: Giuffrè Editore, 1973. p. 34).

⁽⁵⁴⁾ CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, barão de Montesquieu, também se dedicou à tratativa do direito penal e processual penal em *Lettres persanes*, obra aparecida em 1721, e nos livros VI e XII da famosa obra *De l’esprit des lois*, de 1748.

⁽⁵⁵⁾ FRANÇOIS-MARIE AROUET, conhecido por VOLTAIRE, teve importantes obras ligadas ao processo penal, como *Traité de la tolerance* (1763) e *Traité des délits et des peines* (1766).

⁽⁵⁶⁾ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, um dos principais expositores da doutrina iluminista, apesar da vastidão e importância de sua obra (e.g., *Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*, 1754; *Le contrat social*, 1762), cuidou apenas incidentalmente da persecução penal, podendo ser citada a sua defesa da adoção do júri pelo sistema inglês, em *Correspondance – Lettre a M. d’Offreville*, 1761.

⁽⁵⁷⁾ Referindo-se já à possibilidade de abuso, asseverava MONTESQUIEU: “Nous avons aujourd’hui une 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 sort que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous; et, si ce vengeur public étoit supçonné d’abuser de son ministère, on l’obligeroit de nommer son dénonciateur” (*De l’esprit des lois. Oeuvres complètes*. Vol. II. Paris: Gallimard, 1951. p. 317).

⁽⁵⁸⁾ É o que informa FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Ottava edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2004. p. 580.

⁽⁵⁹⁾ Como afirma MAIER, Julio B. J., “la transformación de la inquisición histórica en una inquisición suavizada, que permitió el regreso de formas acusatorias al culminar el procedimiento, movimiento cuyo primer exponente y principal medio expansivo fue el *Code d’instruction criminelle* francés de 1808, trajo aparejada, en Europa continental, el nacimiento del ministerio público (*ministère public*) penal moderno, quizás en embrión en los tiempos inmediatos anteriores, relativos a la conformación del sistema penal del nuevo orden” (*El Ministerio Público: ¿Un adolescente? El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 31).

⁽⁶⁰⁾ Neste sentido, ILLUMINATI, Giulio. *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*. Enciclopedia Giuridica Treccani. V. I. Roma: Treccani, 1988. pp. 02/03.

se simultaneamente o interesse repressor do Estado e as garantias dos que se submetiam à persecução penal ⁽⁶¹⁾. Assim, o sistema misto estruturou-se com uma primeira fase inquisitória, conduzida por um Juiz instrutor, seguida de uma segunda etapa nitidamente acusatória, na audiência de julgamento, com contraditório entre acusação e defesa. Vê-se, portanto, que se tinha, em verdade, um acoplamento entre o processo de tipo inquisitório e o processo acusatório público ⁽⁶²⁾. Este sistema, no curso do século XIX, e até o início do século XX, foi sendo consolidado em boa parte das legislações nacionais da Europa continental. Citem-se como exemplos os códigos processuais penais da Áustria (1873), da Espanha (1882), da Noruega (1887), da Hungria (1896) e da Itália (1913) ⁽⁶³⁾.

O início do século XX foi marcado por algumas reformas parciais e efêmeras que sobrevieram aos impulsos de sistemas de organização política autoritarista, tal como o advento do *Codice di Procedura Penale* italiano de 1930, de inspiração fascista ⁽⁶⁴⁾, e do Código de Processo Penal português de 1929, marcadamente inquisitório ⁽⁶⁵⁾. Algumas décadas após o término do segundo grande conflito mundial, verificou-se um reflorescimento depurador do sistema acusatório. Na Europa, por exemplo, a *Strafprozeßordnung* alemã foi reformada no ano de 1975, rompendo com a tradição da instrução judicial prévia, a cargo de um Juiz de instrução ⁽⁶⁶⁾. Em Portugal, com a edição do Código de Processo Penal de 1987, e na Itália, com o *Codice di Procedura Penale* de 1988, adotou-se indubitavelmente o sistema da acusatoriedade pública ⁽⁶⁷⁾. Na América Latina, na última quadra do

⁽⁶¹⁾ Assim, MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1. vol. b. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 137.

⁽⁶²⁾ Precisa, neste particular, a lição de FERRAJOLI, Luigi: "Già il codice termidoriano del 1795 e poi quello napoleonico del 1808 dettero vita a quel 'mostro, natto dall'accoppiamento tra l'accusatorio e l'inquisitorio processo' che fu il cosiddetto 'processo misto': prevalentemente inquisitorio nella prima fase, scritta, segreta, dominata dalla pubblica accusa e priva della partecipazione dell'imputato all'occorrenza privato della libertà; tendenzialmente accusatorio nella successiva fase al dibattimento, caratterizzata dal contraddittorio pubblico ed orale tra accusa e difesa ma destinata a divenire una mera ripetizione o messinscena della prima" (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. cit., p. 578).

⁽⁶³⁾ As referências são de MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal argentino*. Tomo 1. vol. b. cit., p. 139.

⁽⁶⁴⁾ Sobre a sistemática deste Estatuto, TONINI, Paolo lamenta: "Il codice era riuscito ad attuare un duplice 'cumulo di funzioni': da un lato, il giudice istruttore cumulava i poteri dell'accusa; da un altro lato, il pubblico ministero, pur essendo parte, cumulava i poteri del giudice. Al tempo stesso anche la separazione delle fasi processuali era di fatto verificata dalla utilizzabilità dibattimentale degli atti raccolti dell'istruttoria. Le conseguenze sistematiche furono disastrose. Si abbandonava per la prima volta il principio della separazione delle funzioni processuali, che costituiva una conquista del codice napoleonico. Il sistema appariva formalmente misto, ma nella sostanza prevalevano le caratteristiche del sistema inquisitorio" (*Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 18).

⁽⁶⁵⁾ Assim, GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Lei e crime. O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 49.

⁽⁶⁶⁾ É o que informa ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 571.

⁽⁶⁷⁾ Quanto à adoção do sistema acusatório público pelo ordenamento processual penal português, vide, dentre outros, SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Volume III. Lisboa: Verbo,

século XX, foi intensa a proliferação de Estatutos Processuais Penais que perfilharam a sistemática acusatória pública⁽⁶⁸⁾. Muitos destes vieram em substituição a Códigos que ainda tomavam como paradigma, em boa dose, o sistema misto da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola de 1882, e mesmo de leis espanholas anteriores, de nítida feição inquisitorial⁽⁶⁹⁾. Podem ser citados, neste particular, dentre outros, os Códigos Processuais Penais da Guatemala (1992), da Costa Rica (1996), do Paraguai (1998), da Venezuela (1998), da Bolívia (1999), do Equador (2000), da Colômbia (2000) e do Chile (2000).

Mesmo com a afirmação predominante do sistema acusatório, apesar da remanescência, aqui e ali, de alguns resquícios de inquisitorialismo, não existe empecilho a que o deflagrador da acusação penal venha a inspirar-se na má-fé ou no capricho, ou aja de maneira temerária ou abusiva. O Ministério Público, com efeito, se consubstancia em órgão estatal essencialmente vinculado à consecução da *Justiça*, tendo ganhado vida “como meio de libertação cidadã, e não como instrumento de repressão autoritária”⁽⁷⁰⁾. Mas não se deve ingenuamente pensar que a referida instituição está totalmente imune a abusos⁽⁷¹⁾ ou a proceder de maneira desleal no exercício do direito de ação penal pública (que no sistema brasileiro se transmuda em verdadeiro e privativo *poder-dever*). Diga-se o mesmo quanto ao acusador privado, em relação ao qual ainda pesa a agravante de não ostentar imparcialidade, nota característica da instituição ministerial.

1994. p. 113; GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Lei e crime. O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001. pp. 54/58. No tocante à acusatoriedade pública no processo penal italiano, confira-se a conclusiva lição de FERRAJOLI, Luigi: Rompendo una tradizione plurisecolare, il nuovo codice ha per di più adottato il sistema accusatorio, di per se non espressamente previsto dalla Costituzione, configurando il nuovo processo come una relazione triadica tra giudice, accusa e difesa, in antitesi non solo al processo medioevale di tipo interamente ‘inquisitorio’, ma anche a quello ‘misto’ del vecchio codice Rocco che era fondato, nella fase istruttoria, sulla confusione tra giudice e accusa e sulla relazione diadica inquisitore-inquisito” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Ottava edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2004. p. 764).

⁽⁶⁸⁾ Para maiores detalhes, consulte-se a valiosa obra *Las reformas procesales penales en América Latina* (Org. MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan.). Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung – Ad-Hoc – Instituto Max Planck para derecho penal extranjero e internacional, 2000.

⁽⁶⁹⁾ Assim, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Influência do Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. O processo em evolução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 218.

⁽⁷⁰⁾ A expressão é de ROXIN, Claus: “El ministerio público, que, como es conocido, tiene su origen en el Derecho francés del siglo XVIII es, entonces, herencia del iluminismo; él cobró vida como medio de liberación ciudadana y no como instrumento de represión autoritaria” (*Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público*. Trad. Julio B. Maier e Fernando J. Córdoba. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 39).

⁽⁷¹⁾ Postura um tanto quanto ingênua é adotada por BELING, Ernst: “La ley no limita, en cambio, el ímpetu acusatorio del Ministerio Fiscal, puesto que toda acusación requiere el examen del Tribunal, que ejerce el dominio procesal. Una acusación sin fundamento desprestigia, además, al Ministerio Fiscal, que no se expondrá, por tanto, temerariamente a que así suceda” (*Derecho procesal penal*. Trad. Miquel Fenech. Barcelona: Labor, 1943. p. 107).

O Ministério Público, como parte, é órgão do Estado incumbido da persecução penal na ação de iniciativa pública. E não há dúvidas de que, ostentando esta qualidade, o Ministério Público está obrigado a atuar na relação processual inspirado na boa-fé⁽⁷²⁾, agindo imparcialmente com vistas à obtenção de um resultado *justo*. É inegável que, sob a perspectiva histórica, a instituição do Ministério Público deu organização e dignidade à função acusatória. Mas, ainda assim, não despiu os seus agentes da natureza humana e não os vacinou contra o acerbamento do entusiasmo⁽⁷³⁾. Em verdade, embora não seja freqüente, o Ministério Público, na qualidade de acusador, pode exercer abusivamente direitos processuais, bem como agir com temeridade e má-fé⁽⁷⁴⁾.

No direito brasileiro, outra figura que poderá fazer uso anormal dos direitos processuais, na medida em que o legislador lhes defere, ou atuar em desacordo com o dever de lealdade processual, é o ofendido. Na fase pré-processual, consubstanciada como regra no inquérito policial, não tem aquele direito à prova, podendo requerer diligências que serão realizadas, ou não, a juízo da autoridade policial (art. 14 do Código de Processo Penal). Mas, deflagrada a ação penal de iniciativa pública, poderá exercer direitos processuais quando habilitado como assistente nos termos do art. 268 do Código de Processo Penal, ou mesmo, ainda quando não se habilite, interpor os recursos de apelação ou em sentido estrito, nos termos dos arts. 598 e 584, § 1º, do mesmo Código. Uma vez admitido como assistente, sua atuação se faz *ad adjuvandum tantum*, com vistas a auxiliar o Ministério Público⁽⁷⁵⁾. Portanto, como colaborador no exercício da acusação, o

⁽⁷²⁾ É o que afirma MASSARI, Eduardo: "E invero – se il pubblico ministero non deve, nè può, nel processo penale, fare opera di persecuzione contro persone che egli ritiene innocenti – ciò non bastava a far ritenere che il pubblico ministero, anche per il cessato codice, non fosse portatore di un diritto soggettivo della pubblica amministrazione: potendo quella sua posizione di organo, particolarmente obbligato ad ispirarsi ad un'azione di buona fede, considerarsi come un'ovvia conseguenza della concezione dello Stato moderno quale Stato di diritto" (*Il processo penale nella nuova legislazione italiana*. cit., p. 188).

⁽⁷³⁾ TORNAGHI, Hélio. *A Relação processual penal*. cit., p. 138. Todavia, na mesma passagem a pena do saudoso mestre foi ferina em relação ao *Parquet*: "Isso não decorre apenas de um princípio de justiça, mas também de uma razão fundada na Psicologia: o acusador, pela natureza de sua função, é levado a só ver o que é contra o réu. Desgraçadamente chega, por vezes, ao desvario de um furor acusatório que o leva a delirar, e o perturba, e faz dele um Javert, um inquisidor espanhol. É necessário que essa paixão – normal quando contida pelo amor à justiça; patológica, quando ditada por preconceito ou perversidade – seja equilibrada com a ação de um defensor que busque apresentar ao juiz tudo quanto é favorável ao acusado" (*op. cit.*, pp. 137/138).

⁽⁷⁴⁾ Precisa, neste ponto, a lição de CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y; HJO, Ricardo Levene: "Sea cual fuera la posición procesal que al Ministerio Público se asigne en el proceso penal, es evidente que como órgano de la acusación puede resultar vencido y, aun sin serlo, ocasionar actuaciones superfluas, e incluso, ya que no la institución, sí el funcionario que la desempeñe en una determinada causa, obrar con temeridad y mala fe" (*Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. p. 241).

⁽⁷⁵⁾ Em conformidade com o texto, BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 163; TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 175. Também assim MARQUES, José Frederico: "O ofendido, quando intervém como assistente, vai a juízo, não para a defesa de um direito seu, e sim para auxiliar a acusação pública" (*Elementos de direito processual penal*. Volume II. 1ª ed. 2ª tiragem. Campinas: Bookseller, 1998. p. 235). Em sentido, contrário, afirmando que "a função do assistente não é a de

assistente não está em pé de igualdade com o assistido, mas lhe são assegurados *direitos processuais* ⁽⁷⁶⁾, de acordo com o disposto no art. 271 do Código de Processo Penal. Principalmente pelo fato de agir desvestido do atributo da imparcialidade ⁽⁷⁷⁾, poderá não se conduzir com a devida *correção* no curso da relação processual.

Da mesma forma, o ofendido poderá agir de má-fé ou praticar condutas incorretas e abusivas, na condição de acusador privado, figura que busca suas origens em ultrapassada visão privatística do processo penal ⁽⁷⁸⁾. A acusação privada decorre de legitimação extraordinária, na qual o “Estado transfere ao particular o direito de agir e de acusar, para que este promova a instauração do processo penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva” ⁽⁷⁹⁾. Consoante a regulamentação dispensada pelo legislador pátrio aos crimes cuja ação seja de iniciativa privada, será parte legítima para o ajuizamento desta, quando assim o determinar a lei, o ofendido ou quem legalmente o represente (art. 30 do Código de Processo Penal); no caso de morte ou declaração de ausência daquele, a sucessão processual se dá em favor de seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31 do mesmo Código). Mas não somente às pessoas naturais que tenham sofrido ofensa se transfere a iniciativa da persecução penal: também as pessoas jurídicas poderão exercer a ação de iniciativa privada por intermédio de quem legalmente as represente, nos termos do art. 37 do Estatuto Processual Penal ⁽⁸⁰⁾.

Mas ao ofendido, a quem o represente legalmente, ou mesmo aos seus sucessores, ainda será possível exercer o direito de ação, por intermédio de queixa, inclusive em relação aos crimes cuja iniciativa de agir coubesse ao Ministério Público, quando este tenha quedado inerte, não se manifestando no prazo legal (art. 29 do Código de Processo Penal). Cuida-se da chamada ação subsidiária, na qual também ocorre substituição processual ⁽⁸¹⁾. Nesta ação, contudo, não só àqueles se transfere o *ius persecuendi in iudicio*; em alguns casos, o legislador chega a possibilitar, em nítida predileção pela efetividade do acesso à Justiça, o

auxiliar a acusação, mas a de procurar defender seu interesse na indenização do dano *ex delicto*”, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 2º Volume. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 445.

⁽⁷⁶⁾ Neste sentido, MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume II. cit., p. 79.

⁽⁷⁷⁾ Como afirma BARROS, Marco Antonio de, “não se pode negar que a intervenção do assistente seja marcada por uma forte dose de parcialidade, que, via de regra, acaba sendo filtrada pelo Ministério Público” (A busca da verdade no processo penal. cit., pp. 161/162).

⁽⁷⁸⁾ No sentido do texto, JARDIM, Afrânio Silva. *Crítica à ação penal privada e à ação penal popular subsidiária*. *Direito processual penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. pp. 304/305.

⁽⁷⁹⁾ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume I. 1ª ed. 2ª tiragem. Campinas: Bookseller, 1998. p. 323.

⁽⁸⁰⁾ Dispõe o art. 37 do Código de Processo penal brasileiro: “As fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas poderão exercer a ação penal, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes”. Contudo, iniciada a ação penal, esta considerar-se-á perempta “quando, sendo querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor” (art. 60, IV, do mesmo Código).

⁽⁸¹⁾ Neste sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 1º Volume. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 406.

exercício da ação subsidiária a entidades, órgãos da administração pública ou associações ⁽⁸²⁾. Em quaisquer hipóteses, porém, apesar de o direito de agir ter sido deflagrado pelo querelante, a relação processual continua a reger-se pelos princípios atinentes à ação pública, pois a atuação daquele é apenas supletiva ⁽⁸³⁾. Tanto isto é certo que o Ministério Público permanece encarregado de velar pelo princípio da obrigatoriedade do exercício da ação, bem como pela correção e continuidade desta, como deixa antever o art. 29 do Código de Processo Penal. Neste mister, o *Parquet* fica incumbido de exercer importante papel no tocante à prevenção e à supressão de atitudes do querelante que se mostrem abusivas, temerárias ou que tenham por substrato a má-fé. Assim, o Ministério Público pode, por exemplo, aditar a queixa, em caso de omissão do querelante – o que os torna litisconsortes ⁽⁸⁴⁾; ou mesmo repudiá-la, *v. g.*, por ser mostrar temerária, ou faltar condição exigida em lei para o exercício da ação penal (dentre as quais a chamada *justa causa*), oferecendo, se for o caso, denúncia substitutiva ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸²⁾ Assim ocorre, por exemplo, em relação aos crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor, consoante o art. 80 deste Diploma: “No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, III e IV, aos quais também é facultado propor ação subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal”. O referido art. 82, em seus incisos III e IV, legitima às ações coletivas “as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código” e “as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear”.

⁽⁸³⁾ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume III. 1ª ed., 2ª tiragem. Campinas: Bookseller, 1998. p. 154.

⁽⁸⁴⁾ Neste sentido, HAMILTON, Sergio Demoro. “A queixa subsidiária. Questões controversas”. *Processo Penal. Reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002. p. 44.

⁽⁸⁵⁾ Extremamente oportunos os exemplos oferecidos por HAMILTON, Sergio Demoro: “Penso que o Ministério Público pode repelir a queixa pelos mais diversos motivos. Sem pretender enunciarlos exaustivamente, até porque, na prática, a hipótese é rara de ocorrer, passo a indicar algumas situações processuais em que o Ministério Público poderia manifestar seu repúdio à queixa subsidiária: I – quando faltasse ao querelante suporte fático para embasar a acusação, que, assim, teria sido precipitadamente ofertada; II – por inépcia formal da queixa, apresentada em desconformidade com os arts. 41 do CPP c/c 282 do CPC e 3º do CPP; III – por faltar condição exigida em lei para o exercício da ação penal; IV – por não ser típico o fato narrado na inicial; V – por estar extinta a punibilidade do fato; VI – por ser o querelante parte ilegítima *ad causam*; VII – por falta de justa causa para a demanda; VIII – por queixa material, isto é, quando a queixa subsidiária, embora narrando uma infração penal, fá-lo em total descompasso com os fatos noticiados no suporte probatório que lhe serve de base; IX – por não haver decorrido o prazo legal para o oferecimento da queixa, não estando, assim, caracterizada a inércia do Ministério Público, *et reliqua...*” (“A queixa subsidiária. Questões controversas”. *cit.*, p. 45).

Conclusivamente, pode-se afirmar que, não obstante toda a evolução que culminou com a publicização do sistema acusatório, é impossível eliminar por completo acusações públicas ou privadas temerárias, destituídas de fundamento, imprecisas ou para as quais não concorram as condições para o legítimo exercício do direito de ação penal condenatória.

⁽⁴⁾ ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA é Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).
