

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

João Porto Silvério Júnior

**O DEVER DE FUNDAMENTAR O PROVIMENTO ACUSATÓRIO PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: uma releitura
a partir do Direito Fraterno**

Belo Horizonte
2013

João Porto Silvério Júnior

**O DEVER DE FUNDAMENTAR O PROVIMENTO ACUSATÓRIO PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: uma releitura
a partir do Direito Fraterno**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros

Co-orientador estrangeiro: Eligio Resta

Belo Horizonte

2013

João Porto Silvério Júnior

**O DEVER DE FUNDAMENTAR O PROVIMENTO ACUSATÓRIO PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: uma releitura
a partir do Direito Fraternal**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito.

Flaviane de Magalhães Barros (Orientadora) – PUC Minas

Leonardo Augusto Marinho Marques – PUC Minas

Dierle José Coelho Nunes – PUC Minas

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – UFPR

Sandra Regina Martini Vial – UNISINOS

Belo Horizonte, 05 de dezembro de 2013.

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos Alfredo, Valentina e Benício. Com vocês descobri o sentido da vida, provei o amor infinito e a verdadeira amizade.

À querida Fabiana, por estar ao meu lado em todos os momentos me apoiando, por ser uma esposa e companheira inigualável e por me fazer tão feliz.

Aos meus pais, João Porto e Helena Margarida, que são o meu lugar de referência, o meu exemplo de homem e de mulher.

À minha tia/avó/mãe Ritinha e à minha prima Rizza por me acolherem com tanto amor em Belo Horizonte.

Aos meus irmãos Janey, Darliany e Sérgio, pela fraternidade.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida.

À professora Flaviane de Magalhães Barros pela sabedoria, paciência e dedicação dispendidas na orientação desta tese, pelos ensinamentos transmitidos incondicionalmente, pelo incentivo com a pesquisa internacional e, especialmente, por me tolerar como orientando.

Ao professor Eligio Resta por ter me acolhido em Roma, pela orientação durante o estágio doutoral, pelos ensinamentos de vida incomensuráveis, pelos convegni, conferências, seminários, pela amizade, fraternidade e por me ensinar a importância do “perder tempo”.

Ao Ministério Público do Estado de Goiás por proporcionar as condições ideais para a pesquisa e aprimoramento jurídicos dos seus integrantes.

Aos meus colegas e amigos Promotores de Justiça de Rio Verde que me substituíram nos afastamentos e me apoiaram.

Aos servidores do Ministério Público das Promotorias de Justiça de Rio Verde.

À Universidade de Rio Verde pelo apoio e pela bolsa concedida, sem a qual esta tese não seria possível.

Aos meus amigos Carlos Marden Cabral Coutinho e Leonardo Guimarães, meus irmãos em Belo Horizonte.

Ao amigo professor Alexandre Morais da Rosa, pelas orientações e ensinamentos.

Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Leonardo Augusto Marinho Marques e Dierle José Coelho Nunes por aceitarem prontamente participar da banca de defesa da presente tese.

Aos professores convidados: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Sandra Regina Martini Vial, pela gentileza em aceitarem o convite de integrarem a banca de defesa da presente tese.

Aos demais professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, área de concentração processo.

Aos servidores do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, área de concentração processo.

À CAPES, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior pela bolsa de estudos (PDDE) que possibilitou a realização do estágio doutoral em Roma.

À Università degli Studi di Roma Tre e aos servidores da Biblioteca e da Secretaria Geral pela acolhida em Roma.

Aos amigos e colegas da Università degli Studi di Roma Tre: Favorita Barra, Gilda

Diotallevi, Angela Condello e Patrizio Gonnello, e aos alunos de graduação em Giurisprudência, disciplinas de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito, pelo companheirismo e amizade.

Aos meus alunos da Universidade de Rio Verde.

Ao Monsenhor Agostinho Borges, presidente do IPSAR – Instituto Português de Santo Antônio em Roma, pelo acolhimento e apoio durante os 161 dias vividos em Roma.

Aos funcionários do IPSAR e da Igreja de Santo Antonio em Roma.

Aos funcionários do Palazzo situado no Vicolo del Leonetto nº 04, no Centro Histórico de Roma, onde convivi por 161 dias.

Aos amigos de Roma: Verônica, do “Antico Forno”, Giuseppe, da “Norciceria”, Fabrizio, macelaio, todos da Via della Scrofa.

Aos amigos da Autorimessa em Roma: Roberto e Marco.

À Maestra Lucia, da Scuola Materna “Maestre Pie Filippini”, na Via delle Fornaci, 161, em Roma, por ter acolhido meus filhos Alfredo e Valentina.

Ao “Ospedale Pediatrico Bambino Gesù” por ter salvado meu pequenino Benício.

Às tias Lucia e Nilta pelo apoio e carinho durante o período em Roma.

“Marchamos nesse caminho em direção ao que esperamos ser uma melhor comunidade, mais imparcial e mais justa; caminhamos adiante, embora todos acreditemos que alguns passos são dados para trás. Mas apesar de tudo, reconhecemos a comunidade em nossa presente diversidade e, então, aceitamos, em nome da comunidade, uma restrição especial e mais avançada. Caminhamos juntos para que os acordos de princípio que alcançamos de tempos em tempos, como bases estáveis para campanhas posteriores, se estendam a todos. Não deixemos nenhum ferido para trás, nenhuma minoria de gênero, raça ou preferência sexual abandonada, mesmo quando trazê-los conosco retarda os lucros de outros.”

RONALD DWORKIN

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A FRATERNIDADE COMO PARADIGMA DA COMUNIDADE BRASILEIRA APÓS A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988	25
2.1 A noção de fraternidade de Eligio Resta	25
2.2 Os fundamentos e as características do Direito Fraternal	31
2.2.1 <i>Da noção de comunidade e a sua relação com a ideia de fraternidade de Eligio Resta</i>	<i>32</i>
2.3 A reconstrução da trajetória da fraternidade como imperativo – da época Pré-Revolução Francesa ao preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988	40
2.3.1 <i>A fraternidade como lema da Revolução Francesa</i>	<i>40</i>
2.3.2 <i>A fraternidade Pós-Revolução Francesa</i>	<i>43</i>
2.3.3 <i>A fraternidade nas Constituições do Brasil e a sociedade fraterna de 1988</i>	<i>47</i>
2.3.3.1 <u>O problema da violência fundadora e a desconstrução da ideia de inimigo na fraternidade brasileira de 1988: o papel da justiça de transição no Estado Democrático de Direito</u>	<u>52</u>
2.3.3.2 <u>O engano da violência pelo uso da tecnologia punitiva como mecanismo de imunização na fraternidade brasileira</u>	<u>58</u>
2.3.3.3 <u>A função da tecnologia punitiva e a noção do pharmakon grego</u>	<u>59</u>
2.3.3.4 <u>O jogo da ambivalência do pharmakon e a escolha (decisão) trágica da sua dose</u>	<u>60</u>
2.3.3.4.1 A violência estatal do terceiro – a decisão	62
2.3.3.4.2 A jurisdição mínima e a lógica dos remédios na fraternidade brasileira	63
3 A REVISÃO DA TEORIA DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	66
3.1 Da teoria da relação jurídica processual de Oskar von Bülow e a sua revelação em <i>Gesetz und Richteramt</i> (Lei e função do juiz) – ressonâncias no modelo processual brasileiro	67
3.2 O processo concebido como situação jurídica por James Goldschmidt e a crítica à teoria da relação jurídica processual de Bülow	73
3.3 A revisão dos conceitos de procedimento e de processo por Elio Fazzalari	77
3.3.1 <i>A superação da noção de processo como relação jurídica pelo critério inclusivo do contraditório</i>	<i>82</i>
3.4 Noção de Estado Democrático de Direito segundo a teoria do discurso de Jürgen Habermas	84
3.4.1 <i>A ideia de contraditório no Estado Democrático de Direito</i>	<i>89</i>
3.5 O modelo constitucional do processo (Andolina & Vignera) e as especificidades do processo penal	93

4 A ESTRUTURA DO PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DA TECNOLOGIA PUNITIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – A SUPERACÃO DA IDEIA DE “PERSECUÇÃO PENAL” E A SUA DIVISÃO EM FASES	103
4.1 Da inadequação da ideia de “persecução penal” no Estado Democrático de Direito – uma compreensão do processo penal como mecanismo da tecnologia punitiva	103
4.2 O processo penal brasileiro como mecanismo da tecnologia punitiva e a sua divisão em fases	116
4.2.1 <i>A primeira fase do processo penal – a investigação criminal</i>	120
4.2.1.1 <u>A investigação criminal pela polícia - como é possível o inquérito policial sobreviver</u>	121
4.2.1.2 <u>A investigação criminal feita pelo Ministério Público</u>	133
4.2.1.3 <u>Da fase de investigação criminal - procedimento ou processo sob a ótica de Elio Fazzalari</u>	138
4.2.1.3.1 O contraditório na fase de investigação criminal	145
4.2.2 <i>A segunda fase do processo penal – a fase intermediária</i>	149
4.2.3 <i>A terceira fase do processo penal – a fase de julgamento</i>	154
5 O DEVIDO LUGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO – DA REVISÃO DO CONCEITO DE “AÇÃO PENAL PÚBLICA” PARA PROVIMENTO ACUSATÓRIO A PARTIR DAS NOÇÕES DE LEGITIMAÇÃO PARA AGIR, POSIÇÕES SUBJETIVAS E PROVIMENTO DE FAZZALARI	156
5.1 A noção de “ação penal” no Estado Democrático de Direito	156
5.2 A legitimação para agir a partir do provimento como critério de identificação da titularidade do direito ao processo no Estado Democrático de Direito	162
5.2.1 <i>O direito ao processo no Estado Democrático de Direito</i>	164
5.3 Da concepção de “ação penal pública” e “ação pública” como provimento acusatório a partir da noção de <i>opinio delicti</i>	166
5.3.1 <i>O papel do Ministério Público no processo penal</i>	166
5.4 Noção acerca de provimento	170
5.4.1 <i>A formação da opinio delicti como provimento acusatório</i>	171
5.5 Da atuação ministerial solipsista e a suposta “obrigatoriedade do exercício do direito à segunda e à terceira fases do processo penal”	174
5.6 O direito de participação dos afetados na formação do provimento acusatório .	181
6 O DEVER DE FUNDAMENTAR O PROVIMENTO ACUSATÓRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O USO DA TECNOLOGIA PUNITIVA COMO ANTÍDOTO	189
6.1 O provimento acusatório como decisão do Ministério Público e a questão do inconsciente	189

6.2 A quebra do mimetismo da violência e da tragicidade do provimento acusatório pela participação dos afetados – a questão da imparcialidade do decisor	194
6.2.1 <i>O metabolismo da violência na primeira fase da tecnologia punitiva – ver o que se pode ver e o problema da verdade</i>	197
6.2.2 <i>O metabolismo da violência na segunda e terceira fases da tecnologia punitiva - a lógica do pharmakon</i>	207
6.3 O jogo da oscilação da tecnologia punitiva e a necessidade de um contratempo a partir da fase de investigação – a fundamentação do provimento acusatório .	212
6.3.1 O dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no Estado Democrático de Direito – uma releitura a partir do Direito Fraternal .	217
6.3.1.1 <u>Uma comunidade sem inimigos – os direitos contra os poderes</u>	222
6.3.1.2 <u>O mau decifrável ou de como a arrogância pode ser eliminada</u>	225
6.3.1.3 <u>A aposta da diferença do Direito Fraternal – a inclusão e o respeito pelo Outro</u>	228
7 CONCLUSÃO	232
REFERÊNCIAS	240
ANEXOS	255

RESUMO

Em 1988, após a eleição de uma Assembleia Nacional Constituinte, optou-se pelo projeto de instituir-se um Estado Democrático de Direito no Brasil, destinado a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Essa decisão promoveu uma mudança paradigmática e, desde então, muitos conceitos precisariam ser revistos, sobretudo os relativos aos institutos jurídicos processuais, para que referida empreitada fosse possível. Além disso, muito embora tal projeto tenha sido materializado na Constituição do Brasil de 1988, toda a ordem legal infraconstitucional elaborada sob a égide de Constituições anteriores ainda não foi revisada adequadamente, o que tem mantido em vigor institutos mesmo em total dissonância com o texto constitucional.

A falta de adequação da legislação infraconstitucional, em especial a processual, ao paradigma do Estado Democrático de Direito e de uma sociedade fraterna, tem se revelado um entrave na implementação do mencionado projeto, principalmente porque elaborada sob paradigmas jurídicos diversos.

As várias tentativas de reforma parcial e pontual dessa legislação, em particular da processual penal, não tem alcançado o objetivo de se estruturar um modelo de processo harmônico com a Constituição. Pelo contrário, tem agravado o problema porque se tem transformado o atual Código de Processo Penal numa verdadeira “colcha de retalhos” (BARROS, 2009a, p. 3). No âmbito do processo penal, foram feitas algumas reformas pontuais materializadas pelas leis nº 11.690/08, nº 11.719/08, nº 11.900/09 e 12.403/11, mas ainda persistem os velhos conceitos e mantém-se a dinâmica processual autoritária e inquisitória como se nada tivesse ocorrido.

As causas desse fracasso podem ser sintetizadas em dois pontos: a) a base reformista ainda persiste no paradigma de Estado Social fundado no ativismo judicial como superação de um processo liberal das partes; e, b) ao alterar pontualmente a legislação, não se consegue implementar o sistema processual adotado pela Constituição de 1988, mantendo ou criando contradições incompatíveis, sobretudo não se admitindo que o princípio unificador do sistema está na gestão da prova (COUTINHO, 2010, p. 9).

A reminiscência de paradigmas jurídicos já ultrapassados faz com que tais reformas apresentem institutos em harmonia com a Constituição de 1988 (como a fase intermediária do processo e o sistema de inquirição de testemunhas diretamente pelas partes – exame cruzado),

ao mesmo tempo em que mantém outros incompatíveis (como as regras contidas no artigo 156 e no inciso II, do artigo 395, do Código de Processo Penal). Essa influência presente nas referidas reformas faz com que o modelo processual permaneça indefinido e os institutos jurídicos não sejam compreendidos. A consequência é a não aplicação dos novos institutos e a manutenção dos velhos esquemas.

A mera alteração da legislação, especialmente em parte, não tem sido suficiente para estruturar um processo penal democrático e fraterno, como sinaliza a Constituição do Brasil de 1988. Mesmo a ideia de uma reforma total do sistema, como a proposta pelo projeto nº 156/09 no Senado da República e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados sob o nº 8.054/10, caso não seja modificado, não conseguirá cumprir integralmente essa tarefa.

O problema central está na crença de que, mesmo diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, os institutos jurídicos permaneceram inalterados, notadamente aquelas noções construídas com base no paradigma de Estado Social. Não basta modificar uma lei. A questão é de crise paradigmática. Enquanto não se enfrentar o núcleo do problema, ou seja, a incompatibilidade da concepção social dos institutos jurídicos com o paradigma atual (Estado Democrático de Direito, temperado pela fraternidade), o processo penal brasileiro continuará possibilitando o autoritarismo e produzindo incoerências, mesmo com a aprovação de um novo Código de Processo Penal.

Esse estado de latência conceitual dos institutos jurídicos, aliado ao inconsciente inquisitório (CAPPELLINI, 2010, p. 26) dos aplicadores do processo penal, faz com que se mantenha um modelo processual paternalista e inquisitivo, no qual o juiz tem papel de protagonista, não somente utilizando o processo como instrumento da jurisdição, mas assumindo em algumas situações o lugar da acusação. Do mesmo modo, o Ministério Público continua a exercer a acusação de forma automática e autoritária, a utilizar o processo penal como instrumento de perseguição, acreditando inclusive no auxílio do juiz inquisidor.

Numa sociedade que se diz fraterna e que pretende instituir um Estado Democrático de Direito não é possível a existência de juízes inquisidores, dotados de um saber jurídico único e fundado na Filosofia da Consciência, bem como de promotores e procuradores de justiça autoritários, que materializam denúncias temerárias e potencializam os efeitos devastadores do processo penal. É preciso, pois, uma compreensão acerca do paradigma adotado pelo projeto brasileiro, ou seja, a noção de Estado Democrático de Direito, cuja base é uma sociedade fraterna. Após descortinar tais noções, é imperioso promover uma verdadeira revisão dos conceitos dos principais institutos jurídicos, principalmente os relativos ao

processo, procedimento, ação, legitimação para agir, provimento e persecução penal, a fim de que se possa identificar e legitimar o papel do Ministério Público no processo penal.

O problema reside exatamente na forma de atuação do Ministério Público brasileiro, que visualiza o processo a partir de noções ultrapassadas e incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, agindo de forma autoritária e servindo de engrenagem a uma máquina persecutória implacável. Neste cenário, agindo como um verdadeiro inquisidor, sem fundamentar a *opinio delicti*, a Instituição que tem a função constitucional de defender o regime democrático nada mais faz que perpetuar o paternalismo e o autoritarismo estatal. Disso decorre que a atuação no combate à violência do crime acaba se revestindo de mais violência por parte do Ministério Público, promovendo um verdadeiro mimetismo replicador infinito.

Por tal razão, para que esse quadro se inverta, é preciso buscar soluções, não somente teóricas, mas, sobretudo práticas, que recoloquem o Ministério Público no seu lugar constitucionalmente demarcado, ou seja, na defesa do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis e no exercício democrático do direito ao processo penal.

Assim, a presente tese propõe eliminar o autoritarismo e a arbitrariedade no uso do processo penal pelo Ministério Público, bem como legitimar a atuação do agente ministerial mediante a fundamentação do provimento acusatório, numa releitura a partir do Direito Fraternal. Essa releitura do dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público pressupõe a compreensão da noção de Direito Fraternal de Eligio Resta, que aqui é adotada como marco teórico, exatamente porque pressupõe um modelo convencional de direito “jurado em conjunto” por irmãos (indivíduos senhores do seu destino e capazes de participar da resolução dos seus problemas) e não imposto pelo “pai senhor da guerra”. Tal proposta visa destituir o jogo do amigo/inimigo, ou seja, visa evitar a perpetuação mimética da violência, em especial a violência estatal. A noção de fraternidade dada por Resta (2009) está em sintonia com o projeto brasileiro de instituição de um Estado Democrático de Direito, exatamente porque combate a violência de forma não violenta, concebe os direitos fundamentais como o lugar da responsabilidade e não da delegação, se funda na inclusão e no respeito às diferenças.

A advertência feita por Resta (2009) acerca da importância da fraternidade diante dos problemas atuais é aqui referendada, sobretudo no que diz respeito ao seu ingresso na história da humanidade a guisa da igualdade, muito embora a fraternidade não tenha se consagrado vencedora. Inobstante, tem colocado uma direção normativa em todas as grandes codificações, declarações de direito e tratados internacionais. Tendo como ponto de referência

o Iluminismo, verifica-se que a fraternidade, nos dias atuais, tem representado não somente uma mera referência simbólica, mas verdadeira fórmula de sobrevivência das comunidades, notadamente sob uma perspectiva de uma comunidade política mundial.

A fraternidade, sobretudo diante do atual cosmopolitismo, nos remete a todos os nossos paradoxos, oscilando tanto sob uma dimensão de concretude quanto sob um prisma da abstração. O sentido ao qual se refere não guarda semelhança com a ideia de fraternidade cristã. Tem um sentido mais amplo. A compreensão do caráter ambivalente e paradoxal da fraternidade tem relação com a conscientização de que a sua dimensão emancipatória ultrapassa a metafísica. O Direito Fraternal busca esvaziar o poder conectado à soberania dos Estados, no sentido de evitar o mimetismo da violência fundada na ideia de uma comunidade do sacrifício. O espaço de reflexão do Direito Fraternal são os direitos humanos.

O Direito Fraternal é então uma metateoria do Direito que abandona os confins fechados da cidadania e investe sobre a nova forma de cosmopolitismo que os direitos humanos vêm impondo contra o egoísmo dos “lobos artificiais” ou mesmo dos poderes informais, sobretudo daqueles que governam e decidem.

Segundo a concepção de Direito Fraternal de Eligio Resta, a violência originária pode ser combatida por uma técnica de imunização, a qual é capaz de promover um engano da violência praticada pelo Estado quando este assume a tutela dos administrados. Essa técnica, própria das democracias modernas é exatamente o processo. O processo é considerado então uma metáfora da democracia (RESTA, 2008). Como toda técnica, o processo penal assume o comportamento semelhante ao *pharmakon* grego, que é ambivalente e pode se comportar como antídoto ou veneno, a depender da sua dose.

A partir disso e, com base nas noções do Direito Fraternal, o processo penal tem a conotação de uma tecnologia punitiva que, apesar de ser capaz de enganar a violência, continua sendo violência, só que metamorfoseada. Por isso é preciso levar a sério esse jogo do engano da violência, porque mesmo sendo usado como remédio, o processo penal produz efeitos colaterais. Diante disso, é preciso conhecer essa técnica a fim de possibilitar o controle do seu uso, exatamente porque, como toda técnica, simplifica e aumenta a complexidade ao mesmo tempo.

Assim, considerando a importância do processo na construção do Estado Democrático de Direito, que, inobstante, vem sendo usado não como técnica de engano da violência estatal, mas como mecanismo autoritário e gerador de mais violência, sobretudo por parte dos agentes do Ministério Público, é imprescindível uma revisão da própria teoria processual. É preciso

conhecer essa técnica e verificar qual teoria é mais adequada e harmônica com o sistema processual adotado pela Constituição do Brasil de 1988.

O estudo do Direito Processual ganhou relevo a partir de 1868 quando Oskar Bülow publicou em Giesen, Alemanha, a obra “*Die Lehre Von den Prozesseireden und die Processvoraussetzungen*”. Nessa fase inaugurada por Bülow, houve uma preocupação meramente técnica com o processo, concebido como uma relação jurídica de natureza pública existente entre as partes e o juiz. Em 1885 Bülow, publicou “*Gesetz und Richteramt*” (Lei e Função do Juiz), escrito no qual revela o conteúdo da sua ideia de um processo como um mero instrumento técnico da função jurisdicional (socialização processual), para servir aos interesses da nação alemã. Trata-se de uma publicação em 1885, fruto de duas palestras proferidas nos meses de fevereiro e março daquele ano, uma delas quando era professor da Universidade de Leipzig e a outra quando reitor da Universidade de Tübingen. Nesse livro, Bülow desenvolve a ideia da criação judicial do Direito.

Ao tratar da tarefa de criação legal do juiz na História do Direito, Bülow, afirma que os Estados e países individuais cujos povos germânicos constituíam não conseguiram, por via dos seus imperadores, exercer o poder de julgar, permanecendo um período de desordem, confusão e insegurança jurídica, tornando inalcançável a possibilidade de transformar o direito interno em um direito com base nos seus próprios costumes e práticas (BÜLOW, 1885).

A codificação de Justiniano foi a tábua de salvação para o caos vivido pelos povos germânicos que aplicavam um direito judicial que se mantinha unido apenas pelo poder de fato do costume e da lealdade com os quais o povo tomava as decisões. Aquele código vindo dos Alpes (BÜLOW, 1885), estava a resgatar a Alemanha que não conseguira ajudar a si mesma fora da categoria de seu direito judicial.

Bülow afirma que a Alemanha abandonara o seu colorido direito judicial em benefício de uma codificação firme de um direito positivo e, geralmente, efetivo (BÜLOW, 1885). Conforme argumenta o referido autor, a Alemanha teria pago um preço muito caro, sobretudo porque, em vez de seu próprio Direito “*warmblütige*” (BULOW, 1885), que havia florescido juntamente com o caráter alemão, teve que admitir um Direito escrito em um idioma estrangeiro, baseado num finado Direito Romano (BÜLOW, 1885).

Conforme Bülow, nenhuma norma genuinamente alemã recebeu oficialmente as normas romanas, mas a introdução teria ocorrido pela efetivação de decisão em decisão pelos diversos juízes, que foram buscar nas universidades italianas o ensino jurídico de Justiniano. Bülow chega a chamar os juízes que proferiam decisões com base no Direito Romano de

“desleais” e “desertores”. Bülow nunca chegou a entender a recepção do Direito Romano pela Alemanha, notadamente porque compreendia como preconceito o fato de que aqueles juízes somente acreditassem na validade de suas decisões judiciais por se basearem numa norma legal pronta e abstrata para guiá-las e vinculá-las. Afirma que, por muito tempo, foi inventado o conto de fadas da introdução oficial do ordenamento romano na Alemanha.

Curiosamente e ironicamente, para Bülow, a resposta para o enigma do referido conto de fadas foi o poder de produção jurídica do juiz, de revelar o Direito de forma ilimitada por um ordenamento, bem como não limitado por normas abstratas e gerais, o que teria celebrado o mais completo e elevado triunfo na recepção do Direito Romano. Mas, tal poder de produção jurídica teria sido o último. Ao celebrar o Direito Romano nas decisões, os juízes colocaram o seu poder de produção jurídica sob o jugo do Direito positivo (BÜLOW, 1885).

Bülow argumenta que o problema da multiplicidade de opiniões jurídicas expressas na atividade legislativa é solucionado pelo papel do juiz de criar uma unidade interna e escolher a norma jurídica que parece mais correta. Não existe limite legal para o juiz, a sua escolha está previamente aprovada como correta pelo Estado e revestida de força jurídica (BÜLOW, 1885).

A doutrina da relação jurídica processual de Bülow merece críticas não somente pela implementação do protagonismo judicial, mas porque tem servido para a manutenção do fenômeno denominado de “socialização processual” (NUNES, 2009) com as particularidades dadas no Brasil pelas reformas processuais ocorridas a partir da década de oitenta, ao que Dierle Nunes denominou de “neoliberalismo processual brasileiro” ou “pseudo-socialização” (NUNES, 2009).

A concepção de Bülow sobre o processo recebeu forte crítica de James Goldschmidt em 1925, com a publicação de *“Der Process als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens”*, em Berlin, Alemanha. Em 1936, Goldschmidt publica na Espanha a obra *“Teoria general del proceso”*, na qual reconstrói a crítica feita em 1925. Muito embora ainda em nível conceitual, mas com certa dose empírica, Goldschmidt sustentou uma nova concepção acerca da natureza do processo considerando-o como uma situação jurídica, cujo fim era o encerramento do conflito com a força da coisa julgada.

O mérito de Goldschmidt consistiu não somente na demonstração da impropriedade da concepção de processo como relação jurídica de natureza pública, mas possibilitou a introdução de vários institutos novos, dentre os quais se podem destacar a coisa julgada e a noção de ônus processual (carga processual).

Inobstante algumas inovações de Goldschmidt tenham sido incorporadas à teoria do processo, a ideia de Bülow, estruturada no paradigma social, continuou sendo seguida e aperfeiçoada, sobretudo por obra de CHIOVENDA (1903 – “*L’azione nel sistema del diritti*”), CARNELUTTI (1920-1931 – “*Lezioni di diritto processuale civile*”), LIEBMAN (“*Manuale di diritto processuale civile: principi*”) e, no Brasil, por DINAMARCO (1987 – “A instrumentalidade do processo”), dentre outros.

Contudo, com o surgimento do movimento do constitucionalismo na segunda metade do Século XX, em tempo e locais distintos, alguns estudiosos, como Elio Fazzalari (1958), Italo Andolina e Giuseppe Vignera (1997), na Itália, bem como José Alfredo de Oliveira Baracho (1977), no Brasil, perceberam que o processo não poderia continuar sendo compreendido como um mero instrumento técnico da jurisdição. Fazzalari vislumbrou no processo uma estrutura que viabiliza a participação dos afetados, em contraditório, na construção de um ato final ao qual denominou de provimento (FAZZALARI, 1994).

Vale dizer que, tanto o processo quanto o procedimento pertencem ao mesmo gênero, uma sequência de normas que determinam condutas como lícitas ou devidas, sendo um pressuposto da outra, até a última norma que regula a produção do ato final. Contudo, é exatamente por conter algo mais que o processo se distingue do procedimento, ou seja, é por se apresentar sob uma estrutura dialética que o procedimento passa a ser considerado processo. É processo todo procedimento que se realiza em contraditório. A estrutura dialética do processo consiste exatamente na participação dos destinatários dos efeitos do ato final durante a fase preparatória do mesmo, na simétrica paridade das posições deles, realizando entre eles um contraditório paritário (FAZZALARI, 1994).

Os destinatários dos efeitos do ato final, ou seja, os contraditores são individualizados de acordo com a posição subjetiva deles, não somente em abstrato quando do início do processo, mas diante de cada situação/posição jurídica surgida durante o procedimento pela sequência de normas. A participação dos sujeitos no processo, enquanto destinatários da eficácia do ato final, constitui a legitimação para agir. Pelo menos dois sujeitos são necessários para a essência do contraditório, sendo um interessado e outro contrainteresado, sob um dos qual o ato final produzirá efeitos favoráveis e, sob o outro, efeitos desfavoráveis.

A diferenciação entre procedimento e processo apresentada por Fazzalari (1994) é fundamental para a compreensão do processo como um procedimento que se realiza em contraditório, sobretudo para a afirmação do papel do processo na construção do Estado Democrático de Direito. O seu mérito decorre exatamente da adoção de um critério que inclui tanto o processo quanto o procedimento numa mesma categoria, separando-os apenas em

virtude da presença no processo do contraditório. Fazzalari resgata o valor do procedimento promovendo um caminho inverso ao efetuado por Bülow e seus seguidores, os quais destituíram o procedimento de qualquer fim, absorvendo-o no processo.

Já Fazzalari (1994), partindo do conceito de norma, atos e posições subjetivas, sem desconsiderar a importância técnica do procedimento, construiu um novo conceito de procedimento, sobretudo pautado pelo critério lógico inclusivo. O procedimento nada mais é senão uma série de normas, cada uma das quais regula uma determinada conduta, qualificando-a como lícita ou devida, enunciando como pressuposto da própria incidência o cumprimento de uma atividade regulada pela outra norma da série, indo assim até a norma reguladora do ato final.

Num ordenamento jurídico, a norma (como ato que esta qualifica e como posição jurídica subjetiva que dela se extrai) está em conexão¹ com outras normas, com outros atos e com outras posições jurídicas subjetivas. O procedimento se apresenta como uma conexão de normas, posições subjetivas e atos que, organizados em sequência, dirigem-se a um ato final (FAZZALARI, 1994).

Conforme esclarece Fazzalari, sobre o plano estrutural, ou seja, da forma, todo procedimento possui a já mencionada sequência de normas, atos e posições subjetivas, podendo variar de acordo com a maior ou menor complexidade da preparação do provimento a cargo do órgão público estatal. Essa variação diz respeito ao conteúdo do provimento. Alguns procedimentos podem conter um número maior de fases, exatamente em atendimento à complexidade do conteúdo do provimento final. Pode ocorrer que um procedimento contenha uma fase preparatória de um provimento, uma fase constitutiva do provimento e/ou uma fase integrativa de eficácia do provimento. Isso ocorre naqueles procedimentos em cujo curso decorra mais de um provimento, cada um deles constituinte do epílogo de uma fase (FAZZALARI, 1994)

No Brasil, o processo ganhou a importância devida com a ideia de processo constitucional visto como um mecanismo de garantia de direitos fundamentais (BARACHO, 2008). Na Itália, a partir da Constituição republicana de 1948, passou-se, então, a se concentrar as atenções no processo, concebendo-o como um verdadeiro e próprio esquema

¹ Vale esclarecer que não se trata da teoria de Kelsen acerca da conexão existente entre as normas que determinam a conduta dos indivíduos, sobretudo porque Kelsen, mesmo rejeitando a tradicional teoria da relação jurídica, concentra seu fundamento no ilícito, concebendo a norma sob o aspecto coativo, não admitindo a existência de direito subjetivo (o admite apenas como direito reflexo do dever jurídico) (KELSEN, 1984, pp. 187/235 e 236).

geral, um conjunto de princípios formando um núcleo denominado “modelo constitucional de processo” (ANDOLINA; VINGERA, 1997).

Conforme preconcebido por Andolina e Vignera (1997) esse processo constitucional que se estrutura num verdadeiro “modelo constitucional de processo” nada mais é que um esquema geral de processo constituído por princípios base que possuem características capazes de fazer com que tal “modelo” seja expansivo, variável e perfectível. Pelo caráter da expansividade entende-se a capacidade da norma processual se expandir a microssistemas. Pela variabilidade, compreende-se a idoneidade de especialização da norma processual a fim de abarcar formas diferentes em respeito a características próprias de cada microssistema (por exemplo, o processo penal). Por fim, a perfectibilidade pressupõe a capacidade do esquema geral se atualizar e aperfeiçoar, criando e definindo novos institutos por meio da legislação conforme o modelo constitucional de processo (BARROS, 2009).

Isso significa dizer que a tarefa do intérprete do modelo constitucional de processo não se limita à leitura dos princípios base que dão a característica de unidade do sistema de direitos, mas necessita avançar no conhecimento das características próprias de cada microssistema, de cada tipologia de processo. Em outras palavras, em virtude do caráter da expansividade, da variabilidade e da perfectibilidade, o hermeneuta processual deve investigar também princípios criados através do processo constitucional legislativo e que dão o contorno de cada processo, como é o caso do processo penal.

Num modelo constitucional de processo, há princípios base que estruturam o sistema de direitos a possibilitar a adoção de uma teoria geral do processo aplicável aos mais variados microssistemas processuais. São princípios básicos formadores de um esquema geral estruturador de um modelo constitucional de processo: o princípio do contraditório, o da ampla argumentação, o da imparcialidade do decisor e o da fundamentação das decisões (BARROS, 2009). Disso decorre que não é suficiente a presença do contraditório para que o processo se apresente como uma garantia de direitos fundamentais. É preciso a presença e articulação dos demais princípios como pontos iniciais de referência para um modelo constitucional de processo. Portanto, é preciso estabelecer uma noção acerca desses princípios básicos.

Exatamente por ser uma técnica de engano da violência estatal garantidora dos direitos fundamentais, própria das democracias modernas, é preciso adotar-se uma noção de Estado Democrático de Direito que seja viável na atualidade. Assim, como a teoria do discurso de Jürgen Habermas (1998) visualiza o processo como importante instituto garantidor de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, tal proposta é útil para a compreensão

procedimentalista que viabiliza a implementação do projeto brasileiro, sobretudo porque estabelece a necessidade da articulação entre a autonomia pública e a autonomia privada, ou seja, compreende a garantia de um espaço público com ampla participação dos indivíduos nas questões de seus interesses (HABERMAS, 1998).

A noção de democracia apresentada por Habermas se harmoniza com a ideia de uma sociedade fraterna pressuposta pelo projeto brasileiro de instituição de um Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que confere importância singular ao processo como um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva possibilita uma revisão dos paradigmas liberal e social não com a pretensão de substituição, mas de aproveitamento das experiências positivas de cada paradigma jurídico numa relação de complementaridade. É na intersecção da autonomia privada com a autonomia pública que Habermas acredita ser possível a concepção procedimental do Estado Democrático de Direito. Essa ideia assume enorme importância, segundo Dierle Nunes (2009) quando analisados os discursos de aplicação jurídica, os quais se estruturam essencialmente através da atividade processual e jurisdicional.

Por tal motivo a teoria do discurso do direito de Habermas na sua concepção procedimentalista satisfaz² ao projeto brasileiro de instituição de um Estado Democrático de Direito fundado sob a forma de uma sociedade fraterna, exatamente porque vislumbra uma vida compartilhada com abertura para o futuro, considerando as pessoas como capazes³ de gerir suas vidas. Nesse contexto, o conceito renovado de processo oferecido por Fazzalari tem um papel fundamental na construção desse Estado Democrático de Direito.

Essas concepções acerca do processo como uma garantia não puderam mais ser ignoradas, sobretudo diante da ultrapassada ideia de processo como instrumento técnico da jurisdição. Apesar disso, atualmente ainda persiste, na ciência processual brasileira, uma confusão conceitual. A visão pandectista do processo já foi superada pelas concepções de Fazzalari, Adolina e Vignera, e Baracho, mas parece que a ideia de um processo instrumento da jurisdição, que tem escopos metajurídicos (DINAMARCO, 2005) e busca resultados práticos, afastada de uma visão constitucional (NUNES, 2009), continua a assombrar

2 Para Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, o “devido processo democrático proposto por Habermas, entretanto, é paradoxal. Ao mesmo tempo em que rejeita o *solipsismo* do julgador, agora envolvido pelo *médium* linguístico, considera que o discurso *consciente* é seu fundamento” (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 90). Tal crítica advém do fato de que Habermas ignora os mecanismos inconscientes da fala que a psicanálise evidencia.

3 Segundo Habermas, “os cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política como cidadãos do Estado” (HABERMAS, 2007, pp. 301 e 302).

fantasmagoricamente os aplicadores do direito, em especial a servir de inspiração para a continuidade de estruturas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

O grande entrave da concepção do processo como uma relação jurídica de natureza pública entre Estado e partes é a ideia de subordinação, caracterizadora do paternalismo autoritário estatal em pleno Estado Democrático de Direito. A compreensão de que os agentes estatais devem agir desconsiderando a participação dos afetados pelo provimento transforma o processo penal numa atividade de verdadeira perseguição autoritária, sobretudo em relação ao papel do Ministério Público. Inspirados numa compreensão equivocada de processo e de “ação penal pública”, construída a partir de teorias sob um paradigma ultrapassado, agentes do Ministério Público continuam a agir de forma arbitrária, solipsista e antidemocrática, em especial pela emissão do provimento acusatório sem a indispensável participação dos afetados e sem a devida fundamentação.

Desse modo, considerando que o projeto de 1988 da sociedade fraterna brasileira de instituir um Estado Democrático de Direito estruturou o processo a partir de um esquema geral, um núcleo básico de princípios constitucionais (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), bem como um mecanismo de garantia constitutiva de direitos fundamentais (BARACHO, 2008), a ideia de “persecução penal” precisa ser revista pela noção do processo como um mecanismo de tecnologia punitiva dialogante (RESTA, 2009). Por ser uma técnica de engano da violência, é uma clara atividade violenta que somente é admitida porque sofreu uma metamorfose, ou seja, substitui-se a guerra pelos argumentos compartilhados de palavras. Assim, é salutar a compreensão da estrutura do processo penal brasileiro como um mecanismo de tecnologia punitiva dividido em fases de investigação criminal, fase intermediária, fase de julgamento, fase recursal facultativa, fase de execução e fase incidental cautelar.

Um dos maiores problemas decorrentes da ideia de “persecução penal” e, portanto, de um processo autoritário, está na manutenção da estrutura da fase de investigação como um procedimento eminentemente inquisitivo e pré-processual. No âmbito de um Estado Democrático de Direito, compreendido a partir do marco da teoria do discurso de Habermas e da noção de processo de Fazzalari, não é possível persistir a estrutura do procedimento de investigação brasileiro, principalmente nos moldes do atual inquérito policial. É preciso repensar a estrutura da fase de investigação criminal, notadamente com um olhar a partir da admissão do contraditório compatível com a referida fase.

Do mesmo modo, a atuação do Ministério Público tanto como órgão estatal que pode realizar a investigação, como destinatário da investigação criminal, deve ser repensada, em especial em relação à função de formação da *opinio delicti*.

Assim, ganha relevância a questão da formação da *opinio delicti* sem a necessária fundamentação, sobretudo porque decorre de uma visão paternalista e autoritária do Estado, potencializada pela insistência da ideia de “persecução penal”, de obrigatoriedade da “ação penal” (compreendida apenas como obrigatoriedade de oferecimento da denúncia) e de supremacia do interesse público sobre o interesse dos afetados pelo provimento (vítima e autor do fato). Essa visão do processo como uma atividade de perseguição é totalmente incompatível com a noção de Estado Democrático de Direito concebida por Habermas, bem como com a ideia de fraternidade defendida por Eligio Resta e, por tal motivo, necessita ser repensada sob outra ótica.

Em decorrência dessa perspectiva autoritária, o processo penal tem servido como instrumento de opressão, ao mesmo tempo em que a função constitucional do Ministério Público de promotor da “ação penal pública” tem seguido direção diametralmente oposta à de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. O paradoxo, perseguir e defender tem assombrado a atividade ministerial. Como conciliar essas funções aparentemente inconciliáveis é o desafio que se apresenta. As respostas não foram e não serão encontradas senão a partir de um enfrentamento do núcleo do problema que é exatamente a revisão dos conceitos de processo, procedimento, “ação penal pública”, legitimação para agir e provimento, para que se adote mecanismos democratizantes e se elimine o inconsciente inquisitório.

Quem melhor enfrentou a problemática dos conceitos dos institutos jurídicos processuais foi Elio Fazzalari. Referido autor partiu do conceito de norma para reconstruir não somente a ideia de processo e procedimento, mas também a noção de todos os demais institutos jurídicos processuais correlatos como o direito de ação, a legitimação para agir, partes e provimento. Muito embora Fazzalari não tenha construído sua teoria a partir do Estado Democrático de Direito, trabalhou seus conceitos num cenário marcado pelo movimento de redemocratização.

Na perspectiva de Fazzalari sobre as posições subjetivas decorrentes da legitimação para agir a partir do provimento é possível encontrar respostas satisfatórias acerca do papel do Ministério Público no processo penal, sobretudo porque possibilita compatibilizar a função de formação da *opinio delicti* com a de exercício do direito ao processo penal. Compreender o exercício dessa função ministerial constitui o grande desafio, sobretudo porque a

materialização de uma função de Estado requer contornos delimitados pela própria Constituição de 1988, conforme previsão do artigo 129, incisos I e VIII, parte final.

Para tanto, para a defesa da tese do dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no Estado Democrático de Direito, utilizou-se como marco teórico, as noções de fraternidade e de Direito Fraternal de Eligio Restá, sobretudo pelo reconhecimento de uma sociedade fraterna brasileira no preâmbulo da Constituição de 1988. Do mesmo modo, foi necessária uma compreensão habermasiana de Estado Democrático de Direito, bem como a apropriação das noções de processo e institutos correlatos de Elio Fazzlari.

A conjugação de referidos marcos não somente permitirá vislumbrar um processo penal democrático, mas acima de tudo possibilitará, numa releitura conceitual, compreender o verdadeiro papel do Ministério Público no processo penal brasileiro e recolocá-lo no seu devido lugar constitucionalmente demarcado. Essa releitura é condição primeira para que se obtenha sucesso na implementação de um processo penal democrático e fraternal em consonância com as noções de democracia e de fraternidade.

Como resolver o problema do autoritarismo no processo penal por parte do agente do Ministério Público, mesmo após a mudança paradigmática promovida pela Constituição do Brasil de 1988, foi a questão colocada no início deste excurso. Interpretando-se a Constituição brasileira, é fácil perceber que ao Ministério Público foram conferidas as funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis e a emissão do provimento acusatório. Levando-se em conta que os aplicadores do Direito, especialmente o agente do Ministério Público, continuam a compreender a ciência processual a partir de conceitos e institutos estruturados a partir de um paradigma jurídico já ultrapassado, “defender autoritariamente” a democracia é o oxímoro do Ministério Público que precisa ser decomposto.

Assim, o presente estudo foi dividido em cinco capítulos.

Foi necessário, já no primeiro capítulo, apresentar noções sobre fraternidade e Direito Fraternal, exatamente porque o projeto brasileiro de construção de um Estado Democrático de Direito funda-se não só no reconhecimento de uma sociedade de livres e iguais, mas numa sociedade fraterna. Essa metodologia teve como escopo deixar claro, desde o início deste trabalho, que é preciso compreender o que seja uma sociedade fraterna a partir de uma visão laica e apropriada ao Estado Democrático de Direito.

Para compreender exatamente a diferença da sociedade fraterna brasileira de 1988, apresentou-se uma verdadeira incursão sobre a fraternidade e o Direito Fraternal. Foi preciso desconstruir a noção da moderna filosofia política sobre comunidade, para admitir uma noção

mais apropriada de comunidade fraterna segundo a concepção de Eligio Resta. No primeiro capítulo tratou-se de estabelecer a noção de fraternidade e os seus fundamentos, adotando-se a concepção de Resta (2009). Visando estabelecer os contornos sobre o que seja uma sociedade fraterna, foi imprescindível verificar a relação existente entre sociedade (TÖNNIES, 2011), comunidade (ESPOSITO, 2006) e fraternidade (RESTA, 2009).

A partir da constatação da harmonia da ideia de Eligio Resta sobre a fraternidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, foi necessário reconstruir a trajetória da fraternidade como imperativo, partindo-se da fase pré-Revolução Francesa, durante e após a Revolução Francesa, com especial destaque para o momento de materialização do projeto brasileiro de sociedade fraterna no preâmbulo da Constituição de 1988. A partir dessa compreensão e, levando-se em conta que a comunidade fraterna somente pode desenvolver-se plenamente se fundada sem violência, demonstrou-se o quanto é importante a desconstrução da ideia de inimigo para que o projeto brasileiro possa ser efetivado.

Tratou-se do problema da violência fundadora de um Estado, bem assim da maneira como a fraternidade brasileira tem lidado com a desconstrução da ideia de inimigo, especialmente com o papel da justiça de transição. Analisou-se, ainda, a questão do engano da violência estatal pelo uso da tecnologia como mecanismo de imunização da fraternidade brasileira. Do mesmo modo, abordou-se a relação existente entre a função do processo penal e o *pharmakon* grego, tendo sido considerado o jogo da sua ambivalência e a escolha trágica da sua dose. Ainda, analisou-se a questão da violência estatal do terceiro, materializada na decisão, bem como o uso da jurisdição mínima como a lógica dos remédios na fraternidade brasileira.

Do mesmo modo, ficou claro que, como toda comunidade, a fraternidade brasileira utiliza uma tecnologia punitiva como mecanismo de imunização. Demonstrou-se que essa tecnologia punitiva nada mais é que uma violência praticada pelo Estado e que, para ser aceita sem replicação, precisa de um estratagema, um engano. Esse engano é feito pelo processo penal, já que se substitui o estilo monologante da violência das armas pelo estilo dialogante dos argumentos compartilhados. Como ocorre com o *pharmakon* grego, ficou evidente que o processo penal é ambivalente e o seu uso se torna trágico exatamente pela decisão que é tomada por um terceiro, principalmente pela escolha da sua dosagem. Assim, foi preciso conhecer a fundo essa técnica de engano da violência.

No segundo capítulo, levando-se em conta as incoerências produzidas pelo estado de latência conceitual em relação aos institutos processuais, bem como pela necessidade de revisão da teoria do processo diante de um novo paradigma e, para uma melhor compreensão

acerca da concepção de processo e procedimento de Fazzalari, que aqui é tomada como marco processual, foram apresentadas as teorias da relação jurídica de Oskar Bülow e da situação jurídica de James Goldschmidt.

A justificativa para tal abordagem prévia decorreu da persistência no Brasil dos conceitos processuais estruturados a partir da teoria da relação jurídica processual, mesmo em total incompatibilidade com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, como será demonstrado. Revelou-se o que foi o verdadeiro propósito de Bülow com a análise da obra *Gesetz und Richteramt* (1885). Restou evidenciado que Bülow, ao trabalhar cientificamente o processo, fazendo um retorno às origens do antigo processo romano, sobretudo a partir de uma reinterpretação das exceções processuais dilatórias, concebendo-as como pressupostos processuais, nada mais fez que devolver o comando do processo ao Estado/juiz.

Sua intenção estava mascarada na obra *Die Lehre von den Prozesseiden und die Processvoraussetzungen*, publicada em 1868. Bülow procura resgatar o orgulho alemão perdido quando da fragmentação da nação alemã, construindo a ideia da criação judicial do Direito. Demonstrou-se que essa construção teórica tem constituído um dos maiores monumentos ao protagonismo judicial e fonte de autoritarismo.

As ressonâncias dessa teoria no modelo processual brasileiro foram tamanhas que Cândido Rangel Dinamarco chegou até a dar um incremento potencializador desse protagonismo judicial, ao defender a instrumentalidade do processo e os escopos metajurídicos da jurisdição. Em virtude das incongruências da teoria de Bülow, já sentidas no início do Século XX por James Goldschmidt, foi apresentada a sua teoria da situação jurídica processual, sobretudo fazendo-se destaque para a visão dinâmica e incerta da situação processual, que dá origem a expectativas, perspectivas, chances, cargas (ônus) e liberação de cargas.

Ficou claro que essas contribuições de Goldschmidt possibilitaram não somente identificar as incongruências da teoria da relação jurídica processual, mas serviram de base para a estruturação de vários institutos processuais, como é o caso do ônus processual, bem como para a reconstrução da própria teoria do processo por Elio Fazzalari, que é aqui adotada como marco para o direito processual.

Uma vez apresentadas as teorias do processo como relação jurídica de natureza pública e como situação jurídica, cuidou-se da exposição acerca da revisão das noções de procedimento e de processo por Fazzalari, bem como demonstrou-se a conseqüente superação da noção de processo como relação jurídica pelo critério inclusivo do contraditório, sobretudo pela visão de que o processo nada mais é que um procedimento no qual os afetados pelo

provimento participam da sua construção em contraditório paritário.

Nesse sentido, foi feita a exposição da teoria processual de Fazzalari, exatamente porque vislumbrou o processo como um procedimento em contraditório paritário, com a participação dos afetados na construção dos provimentos. Evidenciou-se a contribuição de Fazzalari quanto à revisão dos conceitos de procedimento e de processo, sobretudo porque promoveu o resgate da importância do procedimento. A estrutura do procedimento foi concebida a partir da noção de sequência de normas, atos e posições subjetivas, sendo que a norma pode ser vista sob três ângulos: posições subjetivas consistentes em faculdades, possibilidades e deveres, às quais Fazzalari denominou de posições subjetivas primárias. A partir dessas posições subjetivas primárias, foi concebida a noção de direito subjetivo, como uma posição de vantagem que o sujeito possui diante a um bem, descrito na norma. Essa consideração de Fazzalari possibilitou vislumbrar o procedimento como uma sequência de normas através da qual se disciplina a produção de um ato final (provimento), bem como a superação da noção de processo como uma relação jurídica pelo critério inclusivo, ou seja, o processo é um procedimento que se realiza em contraditório.

Restou evidente que, ao considerar a participação dos afetados em contraditório paritário, na construção do provimento, Fazzalari viabilizou a redução do autoritarismo estatal e possibilitou o emprego de sua teoria no Estado Democrático de Direito, muito embora não tenha trabalhado sua construção a partir desse paradigma. Ficou claro que a teoria da relação jurídica processual não se mostra adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito exatamente porque pressupõe uma relação de obrigação e, portanto, de subordinação das partes ao Estado/juiz, incompatível com a ideia de garantia própria do processo.

Considerando que essa noção de processo dada por Fazzalari está em perfeita sintonia com a democracia, adotou-se a noção de Estado Democrático de Direito a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas, exatamente porque ambas teorias se complementam e tornam viável o projeto brasileiro. Ficou patente que o contraditório previsto na concepção de Fazzalari e a ideia do discurso do direito na visão de Habermas somente podem se articular a partir do direito ao contraditório como direito à não surpresa e à influência.

Por ser o ponto central da teoria sobre o processo de Fazzalari (1994), e por constituir a base a partir da qual a fundamentação do Ministério Público será articulada, o contraditório foi analisado a partir da noção de Estado Democrático de Direito, bem assim foram identificadas as variantes articulações do referido instituto.

Ainda, por constituir o contraditório um dos princípios constitucionais que integra o núcleo principiológico estruturante do processo constitucional, foi abordada a concepção de

Andolina e Vignera (1997) de modelo constitucional de processo. Tal abordagem foi necessária para a compreensão da estrutura do processo penal na fraternidade brasileira, sobretudo pelas ideias de expansividade, perfectibilidade e variabilidade.

Essa ideia de que o processo é uma garantia tem como fundamento a disciplina constitucional acerca dos direitos fundamentais. Tal disciplina encontra-se estruturada nos princípios processuais previstos na própria Constituição. Assim, serviu-se de uma releitura da noção de modelo constitucional de processo, de Andolina e Vignera, para considerar o núcleo de princípios processuais previsto na Constituição do Brasil como uma base para estruturar uma teoria geral do processo, na qual esses princípios têm aplicação para todo e qualquer tipo de processo, sobretudo admitindo-se as características da expansividade, perfectibilidade e variabilidade. Assim, por essas características do modelo constitucional de processo, que admitem as especificidades do processo penal que o tornam diferente do processo civil, refutou-se a tradicional teoria geral do processo fundada no trinômio ação, processo e jurisdição.

A perspectiva de que o processo penal tem uma função de garantia contramajoritária, possuindo características próprias que o diferenciam do processo civil, aliado à necessidade de identificar caminhos interpretativos voltados para a redução do autoritarismo dos sujeitos processuais, sobretudo por parte do agente do Ministério Público, apresentou-se a concepção do processo penal como mecanismo da tecnologia punitiva dividida em fases. Essa concepção reconhece, com fundamento nas noções do Direito Fraternal, a ambivalência do processo penal que é técnica de engano da violência, sem deixar de ser violência.

É uma violência que substitui a guerra pelos argumentos compartilhados das palavras. Em outras palavras, é *pharmakon*, que é remédio, mas também é veneno. O Direito Fraternal sugere que é preciso ter consciência de que essa técnica, mesmo tendo a pretensão de ser o mecanismo que viabiliza a democracia, causa efeitos colaterais, punindo para verificar se é preciso punir.

Desse modo, no terceiro capítulo, apresentou-se a inadequação da ideia de “persecução penal” no Estado Democrático de Direito, para admitir uma compreensão dessa atividade estatal como mecanismo de tecnologia punitiva. Assim, admitindo-se a expansividade, a perfectibilidade e variabilidade do microsistema, foi apresentada a estrutura do processo penal como mecanismo de tecnologia punitiva dividida em fases. Buscou-se demonstrar que, apesar do processo ser uma garantia de direitos fundamentais, é preciso encarar o processo penal como uma técnica de punir exatamente porque, tão logo é instaurado, produz efeitos colaterais (pune-se para verificar se é necessário punir).

Assim, se apresentando o processo penal, segundo as noções de Direito Fraterno, como uma técnica da democracia, o seu escopo é exatamente promover o controle do crime como mecanismo de imunização a possibilitar a existência da própria comunidade fraterna. Conforme já mencionado no primeiro capítulo, o processo penal se comporta como o *pharmakon* e, por tal razão, deve ser utilizado apenas quando for necessário e, em sendo utilizado, em dose adequada para servir de remédio e não como veneno. Essa compreensão é compatível com a estruturação do processo penal dividido em fases, notadamente porque possibilita a utilização desse mecanismo em dose apropriada e segundo a necessidade, sempre sendo assegurados os princípios constitucionais estruturadores do modelo constitucional de processo.

Assim como o *pharmakon* grego, o processo penal precisa ser encarado como uma tecnologia ambivalente e que precisa ser aplicada em doses adequadas. Tal estrutura se harmoniza com a fraternidade e com o modelo constitucional de processo, sendo mais apropriada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Assim, primeiramente, provou-se a total inadequação da ideia de persecução penal no Estado Democrático de Direito, sobretudo fazendo-se um retorno às origens do termo. Ficou claro que a origem do termo *persecutio* decorre do período romano imperial marcado processualmente pelo surgimento da *cognitio extra ordinem*. Restou provado que o termo *persecutio* foi introduzido para significar o novo tipo de processo (*cognitio extra ordinem*) e diferenciá-lo do processo ordinário da *Actio (legis actiones, formulae e ordo judiciorum acusatorum)*. Diante não somente da origem autoritária da persecução penal, mas exatamente pela noção que o termo sugere, ou seja, se traduz como atividade de perseguição, não restou dúvida de que é totalmente incompatível com a ideia de Estado Democrático de Direito.

Assim, a atividade de persecução penal, estruturada a partir do conteúdo ideológico do Código de Processo Penal de 1941, manteve o sentido autoritário de perseguição coativa próprio do termo. Essa concepção de perseguição é retratada por alguns doutrinadores como Boschi, segundo o qual, uma vez praticado o crime surge para o Estado o direito de punir, logicamente porque é preciso reagir contra o infrator punindo-o de acordo com a gravidade do fato. Essa punição representa a “justa reação em nome da defesa da ordem”. Como esse direito de punir não é autoaplicável, o Estado desenvolve uma complexa atividade que se estrutura em dois planos: o administrativo, pela polícia judiciária; e o judicial, após a formação da *opinio delicti* e com a atuação do promotor.

Diante dessa patente incompatibilidade da ideia de persecução penal no Estado Democrático de Direito, apresentou-se a concepção do processo penal como mecanismo da

tecnologia punitiva dividido em fases escalonadas: fase de investigação criminal, fase intermediária, fase de julgamento, fase de execução, fase recursal facultativa e fase incidental cautelar. Em virtude do corte metodológico do presente estudo, foram consideradas apenas as fases de investigação criminal, intermediária e de julgamento, sobretudo porque o problema do autoritarismo do agente do Ministério Público se concentra exatamente nessas três fases.

Assim, considerando que a própria Constituição do Brasil de 1988 consagra o inquérito policial, procurou-se fazer uma interpretação conforme a Constituição para que tal instituto possa ser admitido, sobretudo porque é exatamente durante a sua tramitação que a ideia de perseguição e de autoritarismo se torna mais evidente.

Uma das causas da persistência da ideia de “persecução penal” e de um processo penal autoritário é exatamente o modelo de investigação materializado no inquérito policial. Assim, foi dedicada atenção especial à fase de investigação criminal, sobretudo em relação ao inquérito policial, porque a carga de autoritarismo dos agentes estatais aqui se concentra mais nitidamente, notadamente pela compreensão equivocada de que se trata de um procedimento pré-processual de natureza inquisitória. Assim, abordou-se a atividade investigatória desempenhada pela polícia, pelo Ministério Público e por outros órgãos estatais, sobretudo analisando a dinâmica do contraditório na referida fase.

Demostrou-se que a única forma de se admitir que o inquérito policial possa continuar a sobreviver é exatamente concebê-lo como um procedimento que se realiza em contraditório, especialmente encarando-o como uma fase do processo penal, na qual devem ser aplicados todos os princípios do núcleo base do modelo constitucional de processo. Assim, ficou claro que, como o inquérito policial se trata de um procedimento que tem por finalidade preparar a produção de um provimento por parte do agente do Ministério Público, no qual tanto o investigado quanto a vítima são atingidos diretamente, é preciso reconhecer o direito de participação de tais afetados. Portanto, adotando-se a concepção de Fazzalari sobre processo, o inquérito policial nada mais é que uma fase do processo penal brasileiro, ou seja, é processo.

Como a Constituição do Brasil de 1988 não consagrou a exclusividade da investigação criminal ao delegado de polícia, foi analisada a possibilidade dessa investigação criminal ser feita diretamente pelo Ministério Público. Nessa perspectiva, caso o agente do Ministério Público resolva instaurar um procedimento de investigação criminal, deverá garantir todos os princípios processuais do modelo constitucional de processo, notadamente o contraditório, a ampla argumentação, presunção de inocência, princípio acusatório, a imparcialidade do decisor e a fundamentação das decisões.

Por representar a diferença do procedimento em relação ao processo e exatamente

porque o contraditório não precisa articular-se do mesmo modo em todos os tipos de processo, foi apresentada uma leitura apropriada para a fase de investigação criminal. De acordo com o tipo de provimento a cujo procedimento destina preparar, é possível identificar como o contraditório se articulará.

Depois de apresentar o processo penal como um mecanismo da tecnologia punitiva dividido em fases, nas quais todos os princípios processuais constitucionais devem ser aplicados visando exatamente conter o autoritarismo dos agentes estatais envolvidos, procurou-se identificar o devido lugar do Ministério Público no processo penal democrático. Assim, foi preciso rever alguns conceitos, sobretudo o conceito de “ação penal” no Estado Democrático de Direito. Serviu de base para a revisão desse conceito, a noção de legitimação para agir de Fazzalari, exatamente porque parte da noção de provimento para identificar quem está legitimado a participar do processo.

Partindo das posições subjetivas, que Fazzalari classificou de faculdades, possibilidades e deveres, decorre que, quando alguém esteja em condições de exercitar tanto faculdades, possibilidades e deveres, ocupa uma posição subjetiva composta, ao passo que quando o legitimado esteja apto a realizar um ato em virtude de um dever tem-se uma posição subjetiva de dever. À posição subjetiva composta Fazzalari chamou ação. Assim, tanto autor quanto réu exercem direito de ação porque ocupantes de posições subjetivas compostas, não podendo falar-se de legitimação ativa e passiva a não ser em referência ao provimento estatal. Essa concepção possibilitou adotar-se a ideia de direito ao processo em substituição à ideia de direito de ação.

Inobstante, essa ideia de direito de ação concebido como direito ao processo, não é bastante para contemplar o papel do Ministério Público no processo penal brasileiro, sobretudo a partir de uma leitura constitucional e uma interpretação conforme a Constituição do Brasil de 1988. Foi necessário então identificar o que significa as expressões “ação penal pública” e “ação pública” (artigo 129, inciso I, e artigo 5º, inciso LIX, respectivamente, da Constituição do Brasil de 1988). Tratam-se de expressões que têm o mesmo sentido, e significam um agir por parte do Ministério Público. Essa manifestação do Ministério Público que nada mais é que uma função constitucional, é melhor significada com a expressão provimento acusatório, uma revisão, a partir da teoria fazzalariana, do termo *opinio delicti*, exatamente porque afeta direitos fundamentais. Assim delimitou-se o papel do Ministério Público na tecnologia punitiva, consistente no dever emitir o provimento acusatório e exercício do direito ao processo penal como parte acusatória.

Por ser o Ministério Público o destinatário da investigação criminal e visando compreender o papel do órgão de acusação a partir de um processo penal como tecnologia punitiva dividida em fases, investigou-se qual seria o seu lugar constitucionalmente demarcado, sobretudo no que diz respeito à formação da *opinio delicti*.

Considerando que a função estatal de formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público vem sendo compreendida de forma inadequada, especialmente pela insistência na manutenção de um modelo de processo penal autoritário, buscou-se, no quarto capítulo, apresentar uma revisão do conceito de “ação penal pública” concebendo-o como provimento acusatório. Para chegar a este entendimento, foi necessário um passo intermediário acerca da noção de *opinio delicti*. Tal abordagem somente foi possível pela apropriação das noções acerca de legitimação para agir, posições subjetivas e provimento de Fazzalari (1994).

Para construir a noção de *opinio delicti* em substituição à ideia de “ação penal pública” foi preciso interpretar sistematicamente a Constituição do Brasil de 1988 e demonstrar a total inadequação do suposto “princípio da obrigatoriedade da ação penal pública” (concebida como obrigatoriedade de oferecimento da denúncia) de viés solipsista. O passo intermediário acerca da concepção de formação da *opinio delicti* em substituição ao termo “ação penal pública” previsto no artigo 129, inciso I, da Constituição de 1988, possibilitará maior coerência do papel do Ministério Público no processo penal democrático e fraterno.

Do mesmo modo, para compreender a formação da *opinio delicti* como uma função estatal a cargo do Ministério Público, foi preciso determinar a noção de provimento estatal, sobretudo para chegar-se ao entendimento de que o exercício de tal função se materializa através de um provimento acusatório. Assim, concebeu-se a “ação penal pública” como provimento acusatório.

A atuação do Ministério Público pode representar um risco, principalmente diante de uma bagagem teórica equivocada e baseada numa ultrapassada ideia de que há uma relação jurídica processual, que o processo é um instrumento da jurisdição e que o seu uso é obrigatório, ao que a atuação solipsista e autoritária é uma mera consequência. Admitindo-se a noção de provimento de Fazzalari (1994) bem como a teoria procedimentalista de Habermas (1998), foi possível vislumbrar-se a necessidade de que os afetados pelo provimento acusatório participassem da sua construção.

Assim, analisou-se o direito de participação dos afetados, em contraditório, na formação do provimento acusatório, especialmente na fase de investigação criminal, exatamente porque representa o procedimento que prepara o provimento acusatório. Assim, buscando deixar claro que essa forma de atuação do Ministério Público, não encontra respaldo

no Estado Democrático de Direito, reconheceu-se o direito de participação dos afetados na formação do provimento acusatório, como forma de não somente legitimar o provimento acusatório, mas de controlá-lo.

O controle do provimento acusatório somente pode ser efetivado com a sua fundamentação, que é dever do agente do Ministério Público. Esse dever decorre da compreensão do processo penal, a partir das noções do Direito Fraternal, como tecnologia punitiva que precisa ser utilizada como antídoto, exatamente pela carga de ambivalência existente, como ocorre com o *pharmakon*.

Disso decorre que o provimento acusatório nada mais é que uma decisão do agente do Ministério Público que é um sujeito permeado pela psicanálise. Isso tem uma forte influência no ato de decidir acerca do uso da tecnologia punitiva e da sua dose, exatamente porque não há possibilidade de neutralidade diante da história de vida do agente ministerial e da sua percepção de mundo. Levando-se em conta o lado trágico de qualquer decisão e que, quando um terceiro faz uma escolha que atinge outras pessoas esse ato de decidir ganha contornos de violência, tal violência estatal somente pode ser aceita se for operada através de um estratagema, uma metamorfose.

Trata-se de um metabolismo da violência. Assim, caso não se utilize desse estratagema, o ato estatal se torna tão violento quanto a violência originária que deseja combater. Por isso, o mimetismo da violência e a quebra da tragicidade do provimento acusatório podem ser eliminados pela participação da vítima e do indiciado, diretamente afetados pela decisão ministerial. Mas, se requer mais. É indispensável que a escolha seja feita de forma imparcial pelo decisor, já que não se admite a subjetivação da decisão ministerial.

Como toda decisão estatal solipsista constitui uma violência ambivalente, demonstrou-se a necessidade da quebra do mimetismo da violência estatal e da tragicidade do provimento acusatório pela participação dos afetados, levando-se em conta a questão da imparcialidade do decisor. Assim, foi preciso evidenciar como a violência estatal pode ser metabolizada pela participação dos afetados, sobretudo na fase de investigação criminal, tendo como referência o problema da verdade e a forma pela qual o Direito disciplina ver o que se pode ver. Do mesmo modo, analisou-se como pode ser efetivado o metabolismo da violência na segunda e terceira fases do processo penal em relação à lógica do uso do *pharmakon*.

Esse metabolismo da violência demanda uma consciência acerca da questão da verdade, já que, nas democracias modernas, o Direito decide o que se pode ver. Exatamente porque numa democracia não se admite a ideia de persecução penal a certeza probatória está condicionada ao que seja possível processualmente, sendo vedada qualquer prática criminosa

nessa busca (vedação constitucional das provas obtidas por meios ilícitos).

O estilo inquisitório nasce não da necessidade de descobrimento da verdade, posto que a verdade já se encontra nas Escrituras, mas do combate a heterodoxia, ou seja, a heresia. Mas, a influência da Igreja Católica na política já havia sido sentida nos Séculos IV e V, com a transformação do cristianismo na religião oficial do Império Romano, sobretudo porque considerado o fator principal de coesão e união política (BOFF, 1993), o que deu os contornos da *cognitio extra ordinem* e da noção de *persecutio* (vide capítulo terceiro). A característica desse sistema de poder é o autoritarismo, no qual o combate às potências maléficas se transforma numa cruzada quotidiana (CORDERO, 2006).

Considerando que não é possível interromper a violência do crime praticando uma outra violência estatal, decorrente da lógica do uso do processo penal, que é a mesma lógica do *pharmakon*, requer-se um escalonamento de filtros, exatamente visando evitar o arbítrio e os efeitos colaterais devastadores de um processo penal temerário. Assim, a estrutura escalonada da tecnologia punitiva prevê uma fase intermediária exatamente porque o investigado, antes da emissão do provimento acusatório, não tinha conhecimento bastante acerca da hipótese acusatória (denúncia). Do mesmo modo, é na fase intermediária que o denunciado, exercendo o direito ao contraditório após conhecer a hipótese acusatória, poderá influenciar na construção de uma decisão de absolvição sumária, ou de rejeição da denúncia.

Seguindo a lógica do *pharmakon*, a tecnologia punitiva estrutura uma fase de julgamento, assim considerada porque o julgamento tem início já com a produção probatória com ônus para o Ministério Público, durante a qual, uma vez admitida a hipótese acusatória, têm as partes o direito de exercitar, na máxima amplitude, o contraditório e à ampla argumentação, para a construção participada da decisão.

O esforço na revisão das fases do processo penal, concebido como tecnologia punitiva, na qual a fase de investigação integra a sua estrutura, possibilitou justamente rever, com suporte no Direito Fraternal, o papel do Ministério Público no final dessa fase, para admitir-se que exerce uma função estatal materializada no provimento acusatório devidamente fundamentado, a partir da construção participada dos diretamente afetados (indiciado e vítima).

Exatamente porque a sociedade é o lugar no qual a violência é criada, dentro da mesma sociedade se estruturam e se experimentam os remédios. Mas a sociedade que se deve curar é a mesma sociedade que se está destruindo. A técnica que destrói é a mesma técnica utilizada para curar (RESTA, 2006). Por isso é preciso fazer as contas e verificar se é viável continuar insistindo no uso descontrolado da tecnologia punitiva, sobretudo desconsiderando

os princípios processuais garantidores de um modelo constitucional de processo (contraditório, ampla argumentação, imparcialidade do órgão decisor, fundamentação das decisões, presunção de inocência e princípio acusatório) na fase de investigação criminal.

Percebe-se claramente o jogo da oscilação dessa tecnologia punitiva que, pela sua paradoxialidade, requer um contratempo a partir da fase de investigação. Tal contratempo é exatamente o dever de fundamentar o provimento acusatório por parte do Ministério Público. Essa fundamentação precisa levar em conta os argumentos apresentados pelos diretamente afetados (indiciado e vítima), em contraditório, de forma que o agente ministerial considere os requerimentos e as versões apresentadas, refutando-os argumentativamente ou adotando-os também argumentativamente.

Por isso é preciso um engajamento para que se torne possível para a sociedade suportar o paradoxo da tecnologia punitiva, com o seu jogo de oscilação característico. Trata-se de conferir a essa razão artificial o peso de validade e de potência que torna o Direito a aposta da diferença em relação à violência que pretende combater. Essa questão, conforme adverte Resta, não tem relevância para um Estado autoritário, mas essencialmente para um Estado Democrático de Direito, o qual se estrutura exatamente pela diferença do Direito, entre as regras processuais pelas quais se justifica. Essa instabilidade paradoxal da tecnologia punitiva que é tanto boa quanto má, sobretudo a partir da primeira fase (fase de investigação criminal), somente pode ser contida por um contratempo – a fundamentação do provimento acusatório.

O processo penal, como expressão da tecnologia punitiva, é força e violência quando serve para aplicar uma pena ou medida de segurança, mas se mostra fraco e débil diante dos direitos fundamentais que não pode violar. Essa oscilação própria do *pharmakon* precisa ser controlada, sobretudo no Estado Democrático de Direito, no qual está em jogo o funcionamento de um mecanismo de imunização (que torna possível a sobrevivência da comunidade fraterna) e a garantia dos direitos fundamentais.

Quando se pensa o processo penal como um mecanismo da tecnologia punitiva estruturado em fases, sobretudo porque há uma fase de investigação criminal na qual a força e a violência se apresentam mais nitidamente, fica evidente que é preciso pensar num equilíbrio entre *gewalt* e *schwäche*. Isso fica mais evidente diante de uma cultura jurídica inquisitória que segue uma trajetória linear desde o Século V, a partir da *cognitio extra ordinem*, chegando aos dias atuais, mesmo depois da mudança paradigmática introduzida pela Constituição do Brasil de 1988.

Por isso, falar-se em fundamentação do provimento acusatório do Ministério Público,

sobretudo na fundamentação da denúncia, parece um anacronismo. Contudo, pela leitura do artigo 129, inciso VIII, da Constituição do Brasil de 1988 fica evidente que a falta de fundamentação das manifestações processuais do Ministério Público é que se constitui um anacronismo, sobretudo porque o tempo agora é outro, bem diverso daquele de um Estado paternalista e autoritário.

O termo persecução penal surgiu no tempo do Império Romano para significar a *cognitio extra ordinem* e o seu sentido tem se mantido inalterado, ao menos no inconsciente dos aplicadores do processo penal. A *persecutio*, que é persecução, mas em boa linguagem significa perseguição, tem se mantido no imaginário e na prática de quem lida com a tecnologia punitiva, numa concepção própria de uma arqueologia do desvio a alimentar a humana punção agressiva e destrutiva. Movido pelo inconsciente inquisitório e persecutório, talvez até animado pela punção destrutiva de neutralização e intolerância, o agente do Ministério Público tem exercitado a sua função constitucional de promoção do provimento acusatório num único sentido, qual seja, no sentido persecutório. Admitindo que existe um princípio da obrigatoriedade do oferecimento da denúncia, visando sempre a aplicação de pena ou medida de segurança, o agente do Ministério Público trabalha solipsisticamente e sem fundamentar a sua decisão materializada na hipótese acusatória.

Essa engenharia da máquina persecutória do Ministério Público, que dispensa a fundamentação da sua decisão, dando de ombros mesmo em sede de Estado Democrático de Direito, cuja função institucional seria defendê-lo (artigo 127, da Constituição do Brasil de 1988), tem relação com a síndrome da pressa dessa época hipermoderna. Não se pode perder tempo, exatamente porque não se tem tempo. É como se estivéssemos a observar a história “do alto da montanha do diabo”, numa guerra marcada pela irresponsabilidade, injustiça e fragmentariedade da vida, exatamente pela “intensificação da vida nervosa”. Isso é próprio de um modelo de Estado forte e dominado pela violência, fundado numa comunidade do sacrifício (sacrifica-se uma parte em prol do todo), paternalista e que não mais se sustenta. Não se sustenta desde o acontecimento de 1988, quando se apresentou um projeto de Brasil, cuja sociedade se autointitulou fraterna, destinado a construir um Estado Democrático de Direito.

Aquele acontecimento que pode perfeitamente, para os brasileiros, ser considerado um evento memorativo, exatamente porque constitui a saída do estado de menoridade do povo brasileiro, um ponto de transição sobre a aurora de um mundo novo. A melhor representação desse momento crítico de mudança paradigmática marcada por aquele tempo (cinco de outubro de 1988), talvez seja a imagem de *Kairós* na celebre personificação alegórica de

Lisipo.

É exatamente em torno dessa ideia de instante crítico, resolutor e fecundo, caracterizado pela entrada em vigor da Constituição do Brasil em 1988, que é preciso focar a atividade do Ministério Público no processo penal, sobretudo desde a fase de investigação criminal. Várias foram as mudanças, desde a autoafirmação de que se trata de uma sociedade fraterna organizada sob a forma de Estado Democrático de Direito, até o tratamento dado ao Ministério Público, que se tornou uma instituição incumbida, dentre outras missões, da função de emitir um provimento acusatório, exercer o direito ao processo penal nos crimes de iniciativa pública e defender o regime democrático, os direitos sociais e individuais indisponíveis.

Isso não é pouca coisa, trata-se de uma função constitucional essencial para a construção do Estado Democrático de Direito, exatamente porque se reveste de uma ambivalência própria do *pharmakon*, já que, quando o agente do Ministério Público materializa a sua decisão (promoção de arquivamento, proposta de transação penal ou formalização da hipótese acusatória) deve visar garantir direitos fundamentais (direitos da vítima, da sociedade e do investigado) e, ao mesmo tempo, atinge direitos fundamentais (direitos do investigado, da vítima e da sociedade). Essa decisão atinge direitos de várias pessoas, de forma direta e indireta, exatamente porque se trata de uma escolha. Já foi afirmado (vide capítulo quarto) que, quando um agente do Estado realiza uma escolha, esta se materializa sob a forma de um provimento.

Assim, sendo a decisão do agente do Ministério Público materializada sob a forma de um provimento e, considerando que não se trata de uma escolha pessoal, mas de uma escolha como órgão estatal de caráter imperativo, é imprescindível que seja fundamentada. A fundamentação é necessária porque, numa democracia, os agentes estatais precisam prestar contas da sua forma de atuar, logicamente com espelho na Constituição e na Lei. Não somente a decisão do Ministério Público precisa ser fundamentada, mas toda e qualquer decisão oriunda de autoridade pública.

A fundamentação deixa claro como o decididor apreendeu os fatos e interpretou a lei, possibilitando “a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, consequente e precipuamente, a conclusão atingida”.

É desse teor o provimento acusatório do Ministério Público, sobretudo como uma manifestação processual no sentido de produzir efeitos de forma imperativa na vida de algumas pessoas (investigado, vítima, sociedade). Como manifestação processual que é, deve ser fundamentada por imposição do artigo 129, inciso VIII, parte final da Constituição do

Brasil de 1988. Inobstante a previsão expressa do dever, por parte do Ministério Público, de fundamentar as suas manifestações processuais (o provimento acusatório é uma manifestação processual), desde 1988, na Constituição do Brasil, o inconsciente inquisitório e o autoritarismo continuam a colonizar o futuro e a impedir que a democracia se consolide, ignorando a mudança de atmosfera cultural.

Por isso o contratempo da fundamentação do provimento acusatório se apresenta como o momento oportuno - tempo Kairológico a interromper a linearidade do tempo cronológico do autoritarismo e de toda atividade inquisitória, sobretudo na fase de investigação criminal. Mas o contratempo da fundamentação do provimento acusatório do Ministério Público, que se apresenta nesse tempo ideal e oportuno (*kairós*), não se contenta com a singela referência do dispositivo legal na denúncia em sintonia com a exposição fática e racionalmente justificada.

Fundamentar um provimento acusatório, num Estado Democrático de Direito, que se pressupõe como sociedade fraterna, requer mais. Requer uma tarefa infinita em busca da abertura e da consciência de que se vive numa comunidade na qual o que há de comum é a diferença entre as pessoas. É preciso que o agente do Ministério Público abandone a sua suposta neutralidade, assumindo “mostrar a cara”, ou seja, exercer o controle externo da atividade policial, acompanhando os atos da primeira fase do processo penal, sobretudo o indiciamento, a fim de possibilitar que os afetados pelo provimento acusatório, participem, incluindo o próprio agente ministerial, em contraditório da sua construção. A fundamentação do provimento acusatório somente será legítima se a decisão tomada contemplar a participação da vítima e do investigado, em contraditório paritário.

O dever de fundamentação do provimento acusatório encontra respaldo não somente quando o Ministério Público promove o arquivamento do inquérito policial, mas, principalmente quando, como parte, exerce o direito ao processo penal (formulando a hipótese acusatória), já que tal provimento inaugurará a segunda e, talvez, a terceira fases da tecnologia punitiva. Somente em sendo fundamentada (indicação dos fundamentos jurídicos) a denúncia possibilitará, na sua plenitude, o exercício do contraditório e da ampla argumentação.

A fim de demonstrar que esta tese não se trata de uma mera metateoria e que a proposta de fundamentação do provimento acusatório pelo Ministério Público representa uma realidade prática, cita-se um exemplo contido no anexo 1.

A necessidade de que o provimento acusatório seja fundamentado é condição estrutural de um provimento estatal (que tem autoridade imperativa para constituir/extinguir/modificar direitos), sobretudo a partir do marco do Direito Fraternal e sob o paradigma do Estado Democrático de Direito na sua compreensão habermasiana.

A fundamentação do arquivamento do inquérito policial é, não somente um dever do Ministério Público (cujos órgãos de execução não possuem vontade própria, mas são guiados pelo ordenamento jurídico), mas, sobretudo um direito da vítima, do investigado e da sociedade compreenderem os argumentos teóricos que condicionaram a decisão ministerial. Ademais pelo fato de que a partir da instauração do processo penal a passagem do tempo pode ser um prolongador dos efeitos colaterais do *pharmakon*. Por isso, é preciso uma atuação forte contra os males que o tempo é capaz de provocar. Neste sentido, a título de exemplo prático de provimento acusatório fundamentado e emitido tão logo tenha se verificado a desnecessidade do processo penal, ver anexo 2.

Somente com a fundamentação jurídico-teórica do provimento acusatório o Ministério Público, que é órgão do Estado e defensor do regime democrático, possibilitará que a função que desempenha possa ser compreendida e aceita pelos afetados.

Do mesmo modo, quando o provimento acusatório se materializar numa proposta de transação penal (nas infrações de menor potencial ofensivo) ou na formulação da hipótese acusatória (exercício do direito à segunda e, talvez, à terceira fases do processo penal), deverá fundamentar a razão pela qual há necessidade de avançar na dose do processo penal para a aplicação de uma pena ou medida de segurança, notadamente porque, somente apresentando os argumentos jurídicos embaixadores da imputação, possibilitará o contraditório pleno e a mais ampla argumentação por parte do acusado.

A fundamentação do provimento acusatório por parte do Ministério Público contribui para evitar um problema verificado na prática cotidiana dos juízes alemães, mas que certamente também ocorre no Brasil, qual seja, uma confiança acerca do conteúdo da denúncia por parte do juiz, materializada no fato de que os juízes confiam na atuação do Ministério Público e acabam não levando a sério a decisão de recebimento da denúncia.

O uso indiscriminado e automático do direito ao processo penal, indiscutivelmente compreende uma interpretação antidemocrática dos princípios processuais, totalmente distorcida do alcance constitucional de um Estado Democrático de Direito. Por isso, o presente estudo visa, por meio da demonstração do dever de fundamentação do provimento acusatório, identificar meios de se reduzir o autoritarismo e a violência estatais, sobretudo por parte do Ministério Público.

A forma como esse poder estatal é exercido depende logicamente de como está estruturada a comunidade. No caso do Brasil, trata-se de uma comunidade fraterna organizada sob a forma de Estado Democrático de Direito. Assim, partindo-se da teoria do discurso de Habermas é possível constatar-se que o poder é exercido de forma a consagrar a participação

dos afetados na esfera de decisão política, numa interseção entre autonomia pública com autonomia privada. Do mesmo modo é a compreensão do papel do processo penal como mecanismo da tecnologia punitiva, dividido em fases, nas quais se garante a aplicação dos princípios processuais constitucionais (modelo constitucional de processo), com contraditório paritário, a fim de regular a dose desse potente *pharmakon*, sobretudo porque numa fraternidade a presunção de inocência impede a aplicação da lei do amigo/inimigo.

O Direito Fraternal é convencional, porque jurado em conjunto por irmãos e oposto ao direito paterno, com uma visão para o futuro. É livre da obsessão da identidade e, por isso, não se fixa num *ethnos*, mas está apto a construir um *demos* decorrente do pacto (Constituição). Desse modo, é preciso considerar o que as pessoas têm em comum numa comunidade fraterna. Conforme já mencionado no primeiro capítulo, numa comunidade fraterna os indivíduos têm em comum exatamente as diferenças deles. Assim, é necessário encarar o Outro segundo uma política da diferença baseada na dignidade universal do ser humano e na alteridade, onde cada indivíduo assume o ponto de vista do outro e, graças a isso, reconhece a identidade. O reconhecimento do Outro e da sua identidade é condição necessária para o metabolismo da violência na ordem social.

A comunidade fundada a partir de um pacto jurado em conjunto, mediante o compartilhamento de regras mínimas de vida comum (Direito Fraternal), pressupõe uma dimensão ecológica, na qual os direitos humanos somente podem ser ameaçados pela própria humanidade e somente podem ser tutelados pela própria humanidade.

Uma democracia não promete nada a ninguém, mas requer muito de todos. De fato se requer uma atividade empenhativa por parte do Ministério Público, no desempenho da função constitucional de utilização da tecnologia punitiva, sobretudo em relação à decisão tomada e materializada no provimento acusatório. Esse empenho tem relação com a sua também função de defesa da ordem jurídica e do regime democrático (artigo 127, da Constituição do Brasil de 1988), especialmente a partir da consciência de que a sociedade fraterna e democrática brasileira é um projeto aberto em construção e, como o Direito Fraternal, requer um olhar para o futuro. Assim, a decisão ministerial precisa ser construída a partir da participação dos afetados, em contraditório próprio para esse tipo de provimento estatal, sendo devidamente fundamentada por parte do agente do Ministério Público.

Não se deve confiar no Ministério Público em virtude da sua eficiência automática em produzir condenações, mas na sua capacidade de defender os direitos fundamentais, mesmo que para defendê-los tenha que utilizar-se da tecnologia punitiva. Essa confiança tem relação direta com o respeito à condição pessoal de cada um dos indivíduos da comunidade fraterna.

Tem relação com a cultura de práticas de legitimação capazes de cultivar a crença na sua legitimidade como órgão estatal incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e da emissão do provimento acusatório.

Disso decorre que o papel do Ministério Público no processo penal precisa ser exercido de forma a evitar a desilusão por parte da vítima, do investigado e da sociedade, bem como qualquer dissonância cognitiva por parte do próprio agente ministerial. Deve-se trabalhar sob a inspiração da lei da amizade e da solidariedade próprias do Direito Fraternal, afinal a liberdade e a igualdade somente adquirem um sentido forte na dimensão da fraternidade.

Também, como referência, menciona-se que o dever de fundamentação do provimento acusatório está regulamentado no processo penal português, cujo Código de Processo Penal prevê que a manifestação acerca da acusação se dará sob a forma de decisão do Ministério Público devidamente fundamentada. O Ministério Público Português é considerado como autoridade judiciária e profere ato decisório sob a forma de despacho, devendo todo ato decisório deve ser fundamentado com os motivos de fato e de direito. A decisão de deduzir a acusação é ato que deve ser fundamentado no sistema processual português (SILVÉRIO JÚNIOR; BARROS, 2012).

Inobstante o Ministério Público brasileiro não ser considerado autoridade judiciária, por não fazer parte do Poder Judiciário nem exercitar a função jurisdicional, desempenha uma função estatal diversa de todas as outras desempenhadas pelos órgãos do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Pelos motivos já alinhados, a emissão do provimento acusatório constitui função de Estado que deve ser exercida fundamentadamente por ser um provimento estatal (de caráter imperativo) e por exigência literal do artigo 129, inciso VIII da Constituição do Brasil de 1988.

O uso indiscriminado e automático do direito ao processo penal, indiscutivelmente compreende uma interpretação antidemocrática dos princípios processuais, totalmente distorcida do alcance constitucional de um Estado Democrático de Direito. Por isso, o presente estudo visa, por meio da demonstração do dever de fundamentação do provimento acusatório, identificar meios de se reduzir o autoritarismo e a violência estatais, sobretudo por parte do Ministério Público. Essa missão se torna possível a partir da noção de Direito Fraternal, que prevê a possibilidade de uma comunidade sem inimigos, na qual os direitos fundamentais estão acima dos poderes.

Assim a partir do marco adotado na presente tese, o Direito Fraternal, ficou evidente, pela desconstrução da noção de persecução penal e defesa da ideia de tecnologia punitiva

escalonada em fases, que o lugar constitucionalmente demarcado ao Ministério Público, no processo penal e, como defensor do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, impõe o reconhecimento de que a sua função seja exercida mediante um provimento acusatório fundamentado.

Essa compreensão traz um ganho para todo o sistema, exatamente porque parte da ideia de que, num Estado Democrático de Direito, cuja base é a fraternidade, não se admite nenhum resquício de atividade inquisitória e autoritária, ao mesmo tempo em que se garante o direito de participação na construção do provimento acusatório por aqueles que serão diretamente afetados (indiciado e vítima). Do mesmo modo, a defesa da tese do dever de fundamentar o provimento acusatório possibilita a dessubjetivação da decisão do Ministério Público, garante o exercício da ampla defesa por parte do denunciado e fornece parâmetros jurídicos para o controle por parte da vítima e da sociedade. Assim, o ganho de legitimidade com a presente hipótese possibilita que o autoritarismo dos agentes do Ministério Público seja eliminado desde que o provimento acusatório seja devidamente fundamentado.

Visando deixar claro que a presente tese não se trata de uma meta-teoria, apresenta-se a título de exemplos práticos os provimentos acusatórios contidos nos anexos 1 e 2, devidamente fundamentados.

Portanto, tendo como guia a aposta da diferença do Direito Fraternal, compreendendo a investigação criminal como a primeira fase do processo penal (tecnologia punitiva), na qual devem ser aplicados todos os princípios processuais constitucionais, é dever constitucional do Ministério Público fundamentar o provimento acusatório no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dizionario di filosofia**. 2. ed. Torino: Unione Tipografico, 1977.

ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org.). **Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p.119-139.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. v. 1 e 2.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: Il modello costituzionale del proceso civile italiano**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal: limitações a prova**. Curitiba: Juruá, 2006.

ARISTOTELE. **La metafísica**. A cura di Carlo Augusto Viano. Prima Edizione. Torino: Unione Tipografico, 1980.

AYRES BRITTO, Carlos. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. **El debido proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.19-49.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial: doutrina, jurisprudência, modelos e legislação anotada**. 8. ed. São Paulo: Método, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **[Re]forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

_____. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009b. p.331-345.

_____. Investigação policial e direito à ampla defesa – dificuldades de uma interpretação adequada à Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e Processo – a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009c. p. 249-273.

_____. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. Direito das vítimas e sua participação no processo penal: a análise do PLS 156/2009 a partir de uma interpretação constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição (análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 321-331.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal - Lei nº 12.403/2011**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene: con note di diversi scrittori e ricerche intorno alla natura dello stile di Cesare Beccaria**. Torino: Cugini Pomba e Comp. Editori, 1853.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BENJAMIN, Walter. **Angelus novus: saggi e frammenti**. A cura di Renato Solmi con un saggio de Fabrizio Desideri. Torino: Einaudi, 1995.

BIZZOTTO, Alexandre. **Valores e princípios constitucionais: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito**. Goiânia: AB, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliese e outros. São Paulo: Icone, 1995.

BOFF, Leonardo. Prefácio. In: EYMERICH, Frei Nicolau. **Manual dos inquisidores**. 2.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. Tradução de Maria José Lopes da Silva e comentários de Francisco Pena. p.9-28.

BORGES, Clara Maria Roman. A permeabilidade inquisitorial de um projeto de código de processo penal acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 25-36.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Persecução penal: o inquérito policial, ação penal e Ministério Público.** Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey editora, 2010.

_____. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRITO, Alexandra Barahona. Justiça transicional e a política da memória: uma visão global. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição: Ministério da Justiça, Brasília, n. 1, p.56-83, jan./jun. 2009.**

BRUNKHORST, Hauke. Constitucionalização sem democracia? In: FFRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. **Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. Tradução de Geraldo de Carvalho. p. 144-145.

BÜLOW, Oskar von. **Gesetz und Richteramt.** Leipzig: Verlag von Dunder & Sumblot, 1885.

_____. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1964. Traducción de Miguel angel Rosas Lichtschein.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Scelte tragiche.** 2. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006.

CANETTI, Elias. **Massa e potere.** Milano: Adelphi edizioni s.p.a., Quindicesima edizione, 2010. Traduzione di Furio Jesi.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CAPPELLINI, Paolo. “Inconscio inquisitório” e regime autoritari: un collegamento “necessário”? In: GARLATI, Loredana (a cura di). **l’inconscio inquisitório: l’eredità del código Rocco nella cultura processual penalistica italiana.** Milano: Giuffrè Editore, 2010. p. 23-42.

CARDOSO, Helena Schiessl. O inquérito policial no anteprojeto do código de processo penal: será possível abrir mão do defensor no interrogatório policial? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 59-68.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004a. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. v. 1 e 2.

_____. **Lições sobre o processo penal**. Campinas: Bookseller, 2004b. Tradução de Francisco José Galvão Bruno.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. **Incongruências Constitucionais nos Códigos de Processo Penal do Brasil e de Portugal e o Problema da Violência**. Rio de Janeiro: Jurispoiesis, 2008. p.267-274.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Tomo II: números 12-30.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 235-262.

_____. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CHIAVARIO, Mario. Alle radici del código rocco: la nascita di una delega sostanzialmente in bianco, tra acrobazie tecniche e ombre di una minacciosa política nel crepuscolo delle libertà. In: GARLATI, Loredana. **L'inconscio inquisitorio**: L'eredità del código rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè Editore, 2010. p.45-55.

CHIODI, Giovanni. "Tornare all'antico": il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità. In: GARLATI, Loredana (a cura di). **L'inconscio inquisitorio**: l'eredità del código Rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè Editore, 2010. p. 305-322.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1965. Tradução da 2ª ed. italiana por J. Guimarães Menegale.

_____. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Milano: Giuffrè Editore, 1993. Volume primo.

_____. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Milano: Giuffrè Editore, 1993. Volume terzo.

CHOUKR, Fausi Hassan; AMBOS, Kai. **Processo penal e Estado de Direito**. Campinas: Edicamp, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COLOMBO, Gerardo. **Democrazia**. Torino: Bollati Borin Ghieri, 2011.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

CORVINI, Arnoldi. **Methodica Codicis Justiniani enarratio**: ita emendata ut planè nova vidcatur. Lugduni Batavorum: Ex Officina Henrici Verbiest, 1656.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. O estrangeiro do juiz ou o juiz é o estrangeiro? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e psicanálise**: interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 69-83.

_____. A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorin (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009a. p. 221-231.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 01-17.

COUTINHO, Priscila. A má-fé da Justiça. In: SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009b. p.329-352.

COUTO NETO, Silvio. **O movimento de “lei e ordem” e a iniquidade do controle social pelo sistema penal do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do direito natural ao direito fraterno. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Portugal, v.1, n.1, jan./jun. 2009. p. 78-86. UNISINOS. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5138>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. Tradução de Fausi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Claudia Ferigato Choukr.

DERRIDA, Jacques. *La Farmacia di Platone*. Milano: Jaca Book, 2007.

_____. O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero? In: NASCIMENTO, Evando (Org.). **Pensar a desconstrução**. São Paulo: Estação Lierdade, 2005. p. 45-92. Tradução de Evando Nascimento e outros.

_____. **Stati canaglia**: due saggi sulla ragione. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2003.

DIETER, Mauricio Stegemann. O sistema de investigação criminal brasileiro e o novo código de processo penal que se anuncia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47-58.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças**: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005. Tradução de Sandra Regina Felgueiras.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Tradução de Nelson Boeira.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. **Sulla guerra e sulla pace**. Napoli: La Città Del Sole, 2006.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Campinas: Bookseller, 2000.

ESPOSITO, Roberto. **Communitas – origine e destino della comunità**. Torino: Giulio einaudi editore s.p.a., 2006.

EYMERICH, Frei Nicolau. **Manual dos inquisidores**. 2.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. Tradução de Maria José Lopes da Silva e comentários de Francisco Pena.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Sétima Edizione. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Mauricio Zanoide (Coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali: un dibattito teorico**. 3. ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008a.

_____. **Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale**. 9. ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2008b.

_____. **Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2011.

FERRINI, Contardo. **Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale**. Roma: L'erma di Bretschneider, 1976.

FORZA, Antonio. **La psicologia nel processo penale: pratica forense e strategie**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

FURET, François. **La révolution française I: de Turgot à Napoleon (1770-1814)**. Paris: Hachette Littératures, 2001.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008. Tradução, apresentação e notas de André Nascimento.

GARLATI, Loredana. Le ragioni di un incontro. In: GARLATI, Loredana (a cura di). **l'inconscio inquisitorio: l'eredità del código Rocco nella cultura processualpenalistica italiana**. Milano: Giuffrè Editore, 2010. p. 01-05.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

GIRARD, Paolo Federico. **Manuale elementare di diritto romano**. 4. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1909.

GOLDSMCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Editorial Labor, S.A., 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

_____. Constitutional democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles? **Political Theory**, v.29, n.6, p. 766/781, dec. 2001. Disponível em: <http://my.ilstu.edu/~jkshapi/Habermas_ConstitutionalDemocracy.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2013).

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2007. Tradução de George Sperber e outros.

HABERMAS, Jürgen; TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: lotte per il riconoscimento. 2. ed. Milano: Feltrinelli Editore, 2010. Traduzione dal tedesco di Leonardo Ceppa.

HARTMANN, Helen. À guisa de introdução ao “Direito e Psicanálise: interseção a partir de O Processo, de Franz Kafka”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e Psicanálise**: interseções a partir de “O Processo” de Kafka. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 01-11.

HEIDEGGER, Martin. **Essere e tempo**. Milano: Oscar Mondadori, 2011. Traduzione di Alfredo Marini.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Editora Ridel, 2005. Tradução de Heloisa da Graça Burati.

HÖLDER, Edoardo. **Istituzioni di diritto romano**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1887. Tradotte in Italiano col Consenso dell'autore da Dante Caporali.

JACOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli.

JAUME, Lucien. **Les déclarations des droits de l'homme (Du Débat 1789-1793 au Préambule de 1946)**. Paris: Flammarion, 1989.

JUNG, Heike. O processo penal na república federal da Alemanha. In: DELMAS-MARTY, Mireille. **Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia**. São Paulo: Editora Manole, 2004. p. 77-84. Tradução de Fernando de Freitas Franco.

JUY-BIRMANN, Rudolph. O sistema alemão. In: DEMAS-MARTY, Mireille. **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 03-73. Tradução de Fausi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Claudia Ferigato Choukr.

KANT, Immanuel. **Scritti di storia, política e diritto**. Roma-Bari: 2007. A cura di Filippo Gonnelli.

KANT, Immanuel; FOUCAULT, Michel. **Che cos'è l'illuminismo**. Milano-Udine: Mimesis edizioni, 2012.

KENSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado Editora, 1984. Tradução de João Baptista Machado.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2002.

_____. Modelos processuais e constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorin (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. p. 283-292.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile – principi**. 7. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v.1.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 1997.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil – e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt. **Revista Panóptica**, n.17, nov. 2009.

LOZZI, Gilberto. **Lezioni di procedura penale**. 7. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim.**, a. 20, v. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

MALUCELLI, Dayse Stoklos. O estranho familiar em Freud. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise**: interseções a partir de “O estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.125-136.

MARCHESINI, Silvane Maria. O estrangeiro no sujeito e a faculdade de julgar na contemporaneidade. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e psicanálise**: interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 85-104.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O estrangeiro: a justiça absurda. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e psicanálise**: interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 01-26.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

_____. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 475-486.

MARRAMAIO, Giacomo. **La passione del presente: breve lessico della modernità-mondo.** Torino: Bollati Boringheri editore s.r.l., 2008.

_____. **Passaggio a occidente: filosofia e globalizzazione.** Torino: Bollati Boringhieri, 2009.

_____. **Contro il potere: filosofia e scrittura.** Milano: Bompiani, 2011.

MARTINS, Benedito Mamedio Torres. **A persecução penal: investigação preliminar e ação judicial.** São Paulo: Gregory, 2013.

MAZZA, Oliviero. L'Illusione accusatoria: carnalutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte In: GARLATI, Loredana. **L'inconscio inquisitorio: L'eredità del código rocco nella cultura processualpenalistica italiana.** Milano: Giuffrè Editore, 2010. p.111-151.

MOURA, José de Souto de. O processo penal em Portugal. In: DELMAS-MARTY, Mireille. **Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia.** São Paulo: Editora Manole, 2004. p.59-75. Tradução de Fernando de Freitas Franco.

NANCY, Jean Luc. **L'esperienza della libertà.** Torino: Giulio Einaudi editore s.p.a., 2000. Traduzione di Davide Tarizzo.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiado humano.** São Paulo: Rideel, 2005. Tradução Heloisa da Graça Burati.

NOBILI, Massimo. **Scenari e trasformazioni del processo penale.** Padova: Cedam, 1998.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ORESTANO, Riccardo. **Persecutio.** In Novissimo Digesto Italiano. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1957.

OZOUF, Mona. **Fraternité: dizionario critico della Rivoluzione Francese.** Milano: Bompiani, 1988. pp. 657/666.

PAULA, Jônatas Luiz. **História do direito processual brasileiro – das origens lusas à escola crítica do processo.** São Paulo: Manole, 2002.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas.** Bauru: Editora Javoli Ltda, 1983.

PLATÃO, Fedro. A cura di Monica Tondelli. Milano: Oscar Mondadori, ristampa, 2012.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1999. Tradução de Milton Amado. Coleção Espírito do nosso tempo. v. 13.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição**: contornos do conceito. São Paulo: Outras Expressões, 2013.

RESTA, Eligio. **Fraternità**: Diritti Umani – Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione. Dizionario I / A-G. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2007. p. 588/593.

_____. **La certezza e la speranza – Saggio su diritto e violenza**. 2. ed. Roma: Laterza, 2006.

_____. **Diritto vivente**. Roma: Editori Laterza, 2008.

_____. **Il diritto fraterno**. Roma: Editori Laterza, 2009.

_____. **Le regole della fiducia**. 2.ed. Roma: Laterza, 2011.

RODOTÀ, Stefano. **Elogio del moralismo**. Prima edizione. Bari: Laterza, 2011.

_____. **Il diritto di avere diritti**. Bari: Editori Laterza, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. O estrangeiro, a exceção e o Direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e psicanálise**: interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006a. p. 51-67.

_____. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006b.

_____. Kafka: O Gozo dos Assistentes. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e Psicanálise**: interseções a partir de “O Processo” de Kafka. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 155-178.

_____. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

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

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**: princípios de direito político. 19. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. Tradução de Antonio de P. Machado.

SATTA, Salvatore. **Il mistero del processo**. Milano: Adelphi edizioni s.p.a., 1994.

SCHMITT, Carl. **Terra e mare**. Milano: Adelphi Edizioni, 2011. Traduzione di Giovanni Gurisatti.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Il primato della volontà**. 5. ed. Milano: Adelphi Edizioni, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. Tradução de Adriano Teixeira, Alaor Leite, Ana Claudia Grossi, Danielle Campos, Heloisa Estellita, Luiz Greco.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da execução penal**. Campinas: Bookseller, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Notas sobre o juízo de admissibilidade da acusação no anteprojeto de reforma do código de processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de (Org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 185-200.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Opinio delicti**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

_____. A incompatibilidade do assistente de acusação com o processo acusatório de 1988. **Revista Jurídica**, Rio Grande do Sul, a. 54, n. 345, p.85-93, jul. 2006.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto; BARROS, Flaviane de Magalhães. A legitimação para agir e a participação da vítima nos processos penais brasileiro e português: uma análise comparativa a partir dos recentes movimentos de reforma. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, v. 17, n. 2, p. 539-576, jul./dez. 2012.

SIMMEL, Georg. **La moda**. Milano: Oscar Mondadori, 2011.

_____. **Le metropoli e la vita dello spirito**. 10. ed. Roma: Armando Editore, 2012.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Hermeneutica, constituição e processo, os de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorin (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. p. 03-27.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 27-48, 2001.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de Tutela: Processo Cautelar e Tutela Antecipada**. Curitiba: Juruá, 2007. p.111.

_____. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorin; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coordenação Geral). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

TEITEL, Ruti G. Transitional Justice Genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, p. 69-94, 2003. Disponível em:
<<http://center.theparentscircle.org/images/9b6fc8afc00a480c978c35a51f5ec56c.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

TÖNNIES, Ferdinand. **Comunità e società**. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli, 2011.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VELANI, Luigi Gino. **Le investigazioni preventive**: procedura e formule. Milano: Giuffré Editore, 2012.

VIAL, Sandra Regina Martini. O Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe_arquivos/ripe46.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2013.

VOLTAIRE. **Dizionario filosofico**. Torino: Einaudi, 1995.

VOVELLE, Michel. **La mentalità rivoluzionaria: società e mentalità durante la Rivoluzione francese**. Roma-Bari: Laterza Editori, 1999. Traduzione di Antonietta Angelica Zucconi.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. Tradução de Eliana Aguiar.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: Editora Nacional, 1968. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Imparare democrazia**. Torino: Einaudi Editore, 2007.

_____. **Contro l'etica della verità**. 2.ed. Bari: Editori Laterza, 2010.

ANEXOS

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, placa xxxxxxxx, sabendo ser produto de crime.

Consta nos autos que, no dia e horário mencionados, policiais militares estavam em patrulhamento pelo Setor xxxxxxxx, nesta Cidade, oportunidade em que a mãe do imputado pediu para que parassem a viatura, pois o imputado apresentava-se muito nervoso e fazendo-lhe ameaças.

Consta ainda que, durante uma conversa com o imputado, os policiais avistaram um veículo dentro de sua residência, ao que decidiram então consultar a sua procedência.

Nesse momento os policiais realizaram consulta ao número do chassi da motocicleta junto ao banco de dados INFOSEG e constataram que o veículo se tratava de produto de furto, ocorrido no dia xx de dezembro de 20xx, tendo como vítima xxxxxxxxxxxx.

Registra-se que os militares também constataram a troca de placas de identificação do referido veículo, estando a motocicleta naquele momento com a placa nº xxxxxxxx, sendo este número cadastrado para outro veículo, e a placa original daquela motocicleta registrada sob o nº xxxxxxxx.

Indagado pelos policiais militares sobre a procedência do veículo, o imputado afirmou ter adquirido a motocicleta da pessoa de “xxxxxxx”, pelo valor de R\$ 1.700,00 (mil e setecentos reais), não tendo sido questionada a procedência da motocicleta, nem exigido que o suposto vendedor entregasse a documentação (certificado de registro e propriedade do veículo).

Dando sequência à abordagem e, diante daquela constatação, os policiais militares efetuaram a prisão em flagrante delito do imputado e o conduziram à Delegacia de Polícia Civil, para que fossem tomadas as providências cabíveis.

Instaurado o inquérito policial pelo auto de prisão em flagrante, por ocasião do interrogatório, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx utilizou o seu direito constitucional de permanecer em silêncio. Naquela ocasião foi-lhe assegurado o direito de participar da formação da *opinio delicti*, inclusive com a possibilidade de requerimento de diligências instrutórias, já que devidamente acompanhado de advogado constituído.

Mesmo o imputado utilizando do seu direito constitucional de permanecer em silêncio, as provas colhidas na fase de investigação, corroboram com o tipo penal do artigo 180, *caput* do Código Penal.

Da exposição probatória.

Conforme restou apurado na fase de investigação criminal, a vítima, conforme termo de declaração de fls. 43, não reconheceu o imputado como sendo autor do furto, mas confirmou que a motocicleta era de sua propriedade, apresentando cópia do registro de ocorrência por furto e a documentação original do veículo.

As duas testemunhas ouvidas, afirmaram que presenciaram a abordagem policial e a apreensão do veículo na casa do imputado (vide fls. 33/38), bem como o momento em que a motocicleta fora apreendida sem a documentação.

Registra-se que, ante as provas acostadas aos autos, não restou caracterizado o crime de furto, haja vista a inexistência de testemunhas oculares que pudessem confirmar que o imputado tenha subtraído a motocicleta em questão.

Todavia, verificou-se que o imputado ocultava a motocicleta objeto de furto, sem portar documentação do veículo e com adulteração de sinal identificador (troca de placas), o que, por sua vez, comprova que sabia da origem ilícita do veículo, sendo bastante para materializar a prática da infração penal prevista no artigo 180, *caput*, do Código Penal.

Salienta-se que a materialidade delitiva se encontra demonstrada por meio do auto de prisão em flagrante de fls. 02/10, boletim de ocorrência de fls. 16/17 e 44/45, auto de exibição e apreensão de fls. 18, laudo de avaliação de veículo produto de receptação de fls. 27, exame pericial de vistoria em veículo de fls. 38 e relatório final de fls. 32.

Sendo assim, existem indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva. Não há causas de exclusão da antijuridicidade nem da culpabilidade. Há necessidade de abertura da segunda e, talvez, terceira fases do processo penal, a fim de se ampliar o espaço dialogal discursivo do processo constitucional, razão pela qual o direito ao processo² é aqui utilizado no viés curativo do *pharmakon*³.

Salienta-se que o direito do investigado e da vítima de participação na construção dos provimentos estatais que lhes afetará é corolário da democracia, segundo a concepção de Jürgen Habermas⁴ e de Elio Fazzalari⁵. O provimento acusatório é de atribuição constitucional privativa do Ministério Público (artigo 129, CF/88), mas como afeta direitos tanto do investigado quanto da vítima, a estes deve ser assegurada a participação na

² BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re) forma do processo penal – comentários críticos dos artigos modificados pelas leis 11.690/08 e 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

³ RESTA, Eligio. **Diritto Vivente**. Roma: Editori Laterza & Figli Spa, 2008.

⁴ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

⁵ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 7.ed., Padova, Cedam, 1994.

construção do referido provimento acusatório, sob pena de violação da democracia. O Ministério Público é, por previsão constitucional, defensor do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Os direitos humanos (direitos e garantias fundamentais) são direitos indisponíveis, sendo dever do Promotor de Justiça defender tais direitos (o direito de participar, em contraditório, da construção dos provimentos estatais que lhe afete é direito fundamental decorrente da democracia).

Ante o exposto, formulo a presente **HIPÓTESE ACUSATÓRIA** por ter xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx praticado a infração penal descrita no **artigo 180, caput do Código Penal**, razão pela qual requeiro a instauração da segunda fase do processo penal, com recebimento formal do provimento acusatório, respeitado-se o modelo constitucional de processo e observando-se, neste aspecto, o procedimento ordinário com contraditório e ampla argumentação, nos termos dos artigos 394 e seguintes do Código de Processo Penal. Caso a hipótese acusatória seja mantida após a resposta do acusado, com a delimitação dos pontos controvertidos, requeiro desde já, a instauração da terceira fase do processo penal, designando-se a audiência de instrução e julgamento, produzindo-se as provas em contraditório paritário, efetivando-se a reconstrução histórica constitucionalmente possível para a verificação da necessidade de aplicação de pena ao caso penal.

ROL DE TESTEMUNHAS:

- 1 –xx, qualificado às fls. 02/05;
- 2 –xx, qualificado às fls. 06/07;
- 3 –xx, qualificado às fls. 43.

VÍTIMA: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, qualificada às fls. 41.

Rio Verde – GO, 21 de agosto de 2013.

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR
PROMOTOR DE JUSTIÇA

**ANEXO 2 - EXEMPLO DE ARQUIVAMENTO FUNDAMENTADO EM
COMUNICAÇÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE¹.**

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO PLANTONISTA DA
COMARCA DE RIO VERDE-GOIÁS**

Protocolo n. 2013xxxxxxxxxx

Natureza: Fato Atípico

Indiciado: xxxxxxxxxxxxxxxx

Trata-se de comunicação de prisão em flagrante nos termos do artigo 306, do Código de Processo Penal, que motivou instauração de inquérito policial, por prática, em tese, de fato definido pelo artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Auto lavrado. Nota de culpa no prazo de lei. Informações pregressas, indiciamento não fundamentado do autor do ato e concessão de liberdade com arbitramento de fiança no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Fiança não recolhida, motivo pelo qual ainda continua preso o indiciado.

Comunicação da prisão ao Juiz Plantonista e ao Ministério Público.

Comigo para análise da regularidade da prisão, da necessidade do uso do processo penal e/ou de medida cautelar.

É o estado dos autos.

De mencionar-se, a princípio, que enfrente inquérito policial, instaurado com auto de flagrante por prática, em tese, de crime de condução de veículo com influência de álcool, devidamente modulado no artigo 306 do Código de Trânsito.

O indiciado foi submetido ao teste conhecido vulgarmente como “bafômetro” tendo sido confirmada a concentração de álcool no sangue. Não há nos autos qualquer sinal identificador da existência de perigo concreto em virtude do indiciado conduzir veículo automotor com concentração de álcool no sangue. Tal constatação, por si só, não

¹ Os nomes e dados relativos ao caso penal foram suprimidos para a preservação da intimidade das pessoas.

significa dizer que o indiciado tenha conduzido o veículo **sob a influência** de álcool ou substância análoga capaz de causar dependência.

Com os dados colhidos até agora é possível, desde já, a emissão do provimento acusatório. Assim, passo à análise do caso penal.

Dirigir veículo automotor embriagado significa dizer que a condução está afetada pela influência da substância e, logo, a segurança das pessoas está em risco, notadamente porque o indivíduo embriagado apresenta uma série de perturbações psiconeurossomáticas, realçadas por manifestações físicas, neurológicas e psíquicas. Tais manifestações físicas se traduzem por congestão da face e das conjuntivas, taquicardia, taquipnéia, náuseas, vômitos, etc. Neurologicamente falando, a ingestão de álcool pode afetar o equilíbrio, a marcha, a coordenação motora e os reflexos. As manifestações psíquicas revelam alteração de humor, senso ético, atenção, alteração do curso do pensamento e da memória. Todas estas manifestações, quando associadas à condução de veículo automotor gera um perigo de dano que é concreto, já que todos os sinais são visíveis e exteriorizados quer o condutor queira quer não.

É por tal razão que não basta apenas a constatação da concentração de álcool ou outra substância no sangue. É preciso um **plus**. É necessário que a constatação da presença de álcool ou outra substância no organismo do condutor do veículo venha acompanhada da alteração da forma de condução do veículo. A constatação dessa alteração na forma normal de condução do veículo automotor pode ser feita por sinais visíveis ao olho nú, como um avançar de sinal vermelho, um trafegar pela contra-mão de direção, uma velocidade incompatível com a segurança do local, um abalroamento, uma disputa de corrida em via pública, uma condução agressiva do veículo automotor (cavalo-de-pau, soar pneus, trafegar à noite com os faróis apagados) etc. Ainda é possível constatar a alteração da condução normal do veículo automotor quando se realiza o exame clínico no suspeito.

Nada disso foi constatado no presente caso penal. O indiciado conduzia seu veículo normalmente pela BR-060, não tendo apresentado nenhum sinal externo que demonstrasse estar conduzindo o veículo GM Prisma, ano 2012, cor prata, placa nº xxxx, sob o efeito de álcool ou outra substância. Sequer o indiciado apresentou sinais físicos de embriaguês, somente tendo sido constatada a presença de concentração de álcool no sangue superior ao permitido pela legislação, exatamente porque a Polícia Rodoviária Federal cumpria uma meta de fiscalização e submissão aleatória de teste de alcoolemia em um número determinado de condutores.

Saliento que não fora feito o exame clínico, apenas o denominado

“bafômetro”.

A realização do exame clínico deve ser privilegiada porque constata sinais evidentes da ingestão de álcool ou substância análoga e quais as alterações neurológicas e psíquicas capazes de afetar a condução normal de veículo automotor. O sentido do exame clínico como prioritário se justifica porque há indivíduos que se embriagam com maior facilidade que outros, uns com pequenas quantidades, outros apenas com grandes quantidades, já que estes últimos têm uma resistência ou tolerância à ingestão do álcool ou à substância com efeitos análogos.

A preocupação com o **Tatbestand** em análise se justifica porque houve uma mudança na tipificação da referida conduta, que passou a ser considerada delito de perigo abstrato, ante ao **standart** pretérito que definia um crime de perigo concreto. Tal alteração se deu pela entrada em vigor da lei 12.760 de 2012.

Em princípio, esclareço que a mania brasileira de definir condutas típicas de perigo abstrato, não encontra respaldo na Constituição do Brasil que consagra o princípio da ofensividade e da subsidiariedade do Direito Penal. Assim ocorre porque o Brasil se intitula uma sociedade fraterna que tem como projeto a instituição de um Estado Democrático de Direito consagrador de direitos fundamentais, à guisa da presunção de inocência e da liberdade. Tipos legais de crime tuteladores de mero perigo abstrato nada mais são que uma antecipação de previsão de um resultado que tem a potencialidade de ocorrer no futuro. É punir por uma conduta que se **presume** que **poderá** colocar em risco um bem jurídico. Trabalha-se com uma visão de futuro que pode ocorrer sem sequer exigir-se um mínimo de possibilidade do resultado. Contenta-se com uma mera hipótese abstrata. Albert Einstein ficaria perplexo com essa “certeza” de alinhamento entre o tempo e o espaço.

É essa a sociedade da qual fazemos parte, na qual há uma busca incansável por respostas que o racionalismo moderno não consegue apresentar, notadamente porque a ordem, a estabilidade e a esperança de um futuro ficam cada vez mais distantes. Muito embora vivamos numa sociedade do risco criado (**Risikogesellschaft**) pelo próprio Estado, o antídoto à probabilidade do dano, propositadamente escolhido – Direito Penal – nos revela potencializador do veneno que corrói a dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma verdadeira perda de controle sobre a técnica, imanente na modernidade, num momento em que o homem não só pode destruir o mundo pela glória e terror do ápice da sua técnica, como também pode se autodestruir sem sequer perceber. Essa também é a lógica do *pharmakon* grego que, como a técnica, é remédio e veneno, a depender da dose aplicada.

Não há nenhuma lógica na equação de se criminalizar indiscriminadamente

condutas de risco (probabilidade de ocorrência de um resultado que nem se sabe qual será) limitando ao extremo a liberdade supostamente para garantir a liberdade. O perigo é exatamente a autodestruição da essência de existir do próprio homem - o ser livre.

A grande questão está na mania brasileira de copiar experiências norte-americanas, em especial a transmutação do Estado Providência para o Estado Penitência. Tal situação encontrou adubo na concepção liberal, ou neo-liberal como queira, de Estado. Nesse modelo de Estado as promessas de intervenção estatal no âmbito social de materialização da cidadania foram substituídas pelo intervencionismo penal, como se os problemas sociais pudessem ser resolvidos pela “mão-em-riste” do Estado Total.

Segundo Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, “o espaço do tratamento penal avançou no vácuo deixado pela ausência de políticas públicas de fomento da melhoria de vida da população em geral e, atualmente, através do receituário do movimento da Lei e da Ordem, o Estado, se vendo atingido pela própria impotência econômica frente à mão-invisível do mercado, é adaptado à implementação da penalização (ainda mais) agressiva”².

É que o conceito liberal de cidadania consolidado na cultura jurídica do Brasil se limita ao exercício dos direitos eleitorais (votar e ser votado) notadamente um modelo ímpar de democracia, na qual a participação do indivíduo se limita à representatividade, ou seja, uma participação indireta. Assim, o conceito de cidadania está intimamente ligado ao modelo de democracia ditado pelo Estado neo-liberal da pós-modernidade.

Nos estados periféricos como o nosso, a cidadania efetiva, como ideário de exercício de direitos materialmente considerados, ainda não foi experimentada, mesmo porque, conforme já mencionado, a vertente estatal segue os ditames de um modelo capitalista no qual o mercado rege as relações sociais. No liberalismo, o homem “é aquele indivíduo atomizado, que deve exercer seus direitos (direito à vida, à liberdade, à propriedade, a contratar, etc.) individualmente no espaço privado da vida: a sociedade civil. O cidadão, o **status** de cidadania, vincula o homem ao espaço público. (...) Ao reduzir o exercício da cidadania ao fenômeno eleitoral, ou seja, ao instante periódico do voto, reduz o fazer política, na sociedade civil, ao momento eleitoral, designando aos cidadãos onde, como e quando estão

² ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático - Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 44.

autorizadas a fazê-la e a ter acesso ao espaço político”³.

Na verdade, não está no projeto liberalista a materialização de direitos civis, notadamente porque mancaria propostas de governo em campanhas eleitorais, único momento de exercício dos direitos de cidadão no Brasil. É interessante evocar uma filosofia amparada no medo e no pânico, gestando leis penais totais de controle das mais diversas condutas como os tipos de crime de perigo abstrato, até mesmo atribuindo responsabilidade penal objetiva.

Inobstante este meu posicionamento, o certo ou o errado é que tais tipos “legais” de crime gravitam ao redor do planetário sistema penal brasileiro.

Exemplo disso é o tipo previsto pela nova redação do artigo 306 do Código de Trânsito. Passou-se a punir a conduta de quem esteja conduzindo veículo automotor, na via pública, “com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

Uma leitura rápida ao dispositivo em comento levaria à conclusão de que basta ter qualquer percentual de álcool por litro de sangue que se presume o perigo de ocorrer um resultado danoso, qual seja ofensa à integridade física, vida, saúde, patrimônio, etc. Tal presunção de perigo, por mais absurda possa parecer, fica ainda mais exótica quando o legislador presume que todas as pessoas são necessariamente idênticas quer em constituição física quer em tolerância a determinadas substâncias e a determinados comportamentos. Em outras palavras, o que o tipo do artigo 306 prevê é a punição para todas as pessoas que estejam dirigindo veículo automotor com qualquer concentração de álcool por litro de sangue!

A primeira parte do artigo 306 me parece ferir de morte o Texto Constitucional, já que estabelece responsabilidade objetiva para quem estiver com alguma concentração de álcool por litro de sangue. Já a segunda parte, me parece ser perfeitamente aplicável, já que, muito embora trate de crime de perigo abstrato, possui um assalho sólido no qual podemos nos apoiar para justificar a incriminação da conduta de quem conduza veículo automotor **sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência**. Aqui, há como responsabilizarmos o indivíduo que dirige veículo com a condução afetada pela influência da substância psicoativa. Quando alguém está sob a influência significa dizer que teve sua conduta determinada pela interferência de alguma coisa. Quem dirige sob a influência de alguma substância psicoativa que determine dependência tem a coordenação motora e os reflexos alterados, o que, sem sombra de dúvidas, coloca pessoas e seus bens em risco.

³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos de Violência na era das globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2003. p.69.

Já, quem dirige com concentração de álcool por litro de sangue pode ou não estar com a coordenação motora ou os reflexos alterados. Tal situação é possível diante de um quadro que pode ocorrer quando alguém adquire tolerância ao uso de determinada substância ou à exposição do corpo a determinadas condições ambientais. Há pessoas que têm mais resistência aos efeitos de determinadas substâncias em virtude do uso regular e contínuo.

É por tal motivo que entendo que a primeira parte do artigo 306 pode subsistir se conjugarmos o fato de haver concentração de álcool por litro de sangue, com o estar sob a influência dessa substância.

Tal posição é justificada levando-se em conta o princípio fundamental de garantia da dignidade e da liberdade individual através de leis penais e o princípio também fundamental de intervenção penal necessária. Portanto, segundo Fábio Roberto D'Avila, não há se falar em “princípio-garantia de ofensividade na ausência de intervenção, bem como em intervenção penal necessária, na ausência de ofensividade, uma vez que a razão de ser de ambos encontra-se na própria conformação tutelar do princípio originário”⁴ que é a tutela de bens jurídicos.

Com efeito, o Direito Penal é normativo e se vale de modelos de condutas previamente definidas em tipos legais de crimes, mas como a sociedade não se ancora no tempo e no espaço, os aplicadores do Direito necessitam fixar um limite para o tipo penal, sob o risco da punição ou impunidade tornar-se não uma aplicação da Justiça, mas questão de loteria. Quanto menos avançada estiver a dogmática jurídica mais próximos estaremos da irracionalidade, arbitrariedade e da improvisação.

O que se pretende não é assumir o papel do legislador e afastar a incidência do tipo penal, mas adotar outras formas de contenção de certas ações danosas por outros ramos do direito, como o Civil, Administrativo ou Tributário. O Direito Penal é direito de exceção e, como tal, cumpre apenas interferir onde falharem as outras formas de pacificação social. Para tanto, lanço mão do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, donde condutas tidas como irrelevantes para o convívio social, seja pelo seu resultado seja pelo desvalor da conduta, estariam a cargo de tutela por outros ramos do Direito.

Antes de falar-se em desfavor da conduta e do resultado, não se reportando às já conhecidas teorias da Ação Causalista e Finalista, merece destaque diferenciar-se os graus do injusto. Não se confunde o injusto penal com o ilícito penal ou, como querem os alemães e italianos, o antijurídico. Naquele, pode se medir a graduação da injustiça a

⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime Como Tutela Ao Bem Jurídico)**. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2005. p. 67.

qualidade e a quantidade, neste não se observa a escala de medida. Um homicídio qualificado não é mais antijurídico que um furto ou uma lesão corporal leve. O roubo sim é mais injusto que uma injúria verbal. Aqui há mensuração e é esta graduação qualitativa e quantitativa do injusto que permite que um fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas que receba tratamento por outro ramo do Direito. Posicionamentos desta natureza são encontrados entre estudiosos que propugnam pela maior preocupação da distribuição da Justiça no caso concreto, divorciando da atenção e apego ao formalismo exacerbado, caminhando rumo a aplicação da lei e sua flexibilidade contida, estribados pelos princípios de política criminal. Sem sombra de dúvidas, o Direito Penal se direciona rumo a intervenção mínima, entrando em cena apenas onde outros ramos do Direito não conseguiriam conter as condutas contrárias aos objetivos da sociedade.

Nesse limiar de entendimento, a subsidiariedade do Direito Penal reforça que a incriminação somente se justifica quando sofrerem lesões bens tidos como primordiais pela sociedade, não justificando a sua interferência para tutelar interesses morais ínfimos e condutas que, muito embora ilícitas, não atinjam significativamente a ordem externa social.

É de se repetir que o entendimento descriminalizante de algumas condutas tidas como de bagatela, sequer arranha a competência legislativa para o exercício de tal mister. Apenas como intérprete não cego da norma penal é que acredito ser obrigação não só funcional, mas constitucional fazer afastar-se do alcance do tipo formal algumas condutas irrelevantes. O certo é que, nesta tarefa, a análise a ser feita transcende à mera adequação típica formal para adentrar-se ao campo da tipicidade material. Não é genialidade nenhuma afirmar-se que a ameaça de sanção penal (pena privativa de liberdade por exemplo) não tem conseguido intimidar o delinquente não só no Brasil, como em todo o mundo moderno. A solução bem mais eficaz tem sido alcançada pela interferência de outros ramos do Direito ou com a cominação de multa administrativa em alguns casos menos expressivos. Exemplo disto é a Lei 8.429/92 que definiu os atos de improbidade administrativa e a consequente punição administrativa e política dos infratores. Outro exemplo é a nova definição dada ao artigo 51, do Código Penal, que alterou a natureza da execução da pena de multa, impossibilitando a conversão em pena privativa de liberdade em caso de frustração do pagamento. Também é exemplo a definição e estruturação das chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo.

O raciocínio segundo o qual o Estado deve perseguir toda e qualquer conduta tida como ilícita tem origem na plenitude do ordenamento jurídico, numa política de defesa social e no uso indiscriminado do processo penal, pensamento que não se coaduna com

o papel do Ministério Público no uso da tecnologia punitiva nem, tampouco, com a moderna filosofia criminalista. Seria tão ridículo quanto injusto criminalizar-se infrações de natureza civil como é o caso do crime de furto, cominando-se uma pena privativa de liberdade e ao homicídio, um dos crimes de maior desvalor social, a simples exigência de pagamento das despesas com o funeral.

Sem deixar de censurar a conduta do indiciado que, à toda evidência é contrária à vontade geral, não vejo utilidade nem necessidade da intervenção do Estado através do Direito Penal a justificar-se o uso do processo penal, muito embora se reconheça que a conduta do indiciado é nociva, mas já tem tratamento por outro ramo do direito, qual seja, o Direito Administrativo com a imposição de penalidade pecuniária (multa por infração de trânsito – artigo 165, do Código de Trânsito Brasileiro). A idéia não é deixar impunes atitudes como tais, mas buscar outros caminhos menos drásticos, mais eficientes e de efeitos colaterais menores para o indiciado e para o Estado. **In casu**, não antevejo necessidade de uso do processo penal, haja vista que o Direito Administrativo já tutela o dirigir veículo automotor com concentração de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, acima do legalmente permitido, impondo penalidade de multa e suspensão do direito de dirigir por doze meses.

No meu entender, somente quando alguém estiver dirigindo sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência e, **gerando perigo de dano**, é que teremos um bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal, já que o risco do resultado é evidente e justificador do uso do antídoto com drásticos efeitos colaterais. Dirigir com concentração de álcool por litro de sangue não pode, por si só, ser objeto da tutela do Direito Penal, é necessário que essa concentração de álcool tenha alterado o modo seguro de condução de veículos automotores, e isso só é possível verificando caso a caso os efeitos produzidos nos diferentes indivíduos com tolerâncias diferentes. Não há nenhum homem igual a outro homem e a ideia de “homem médio” adotada no Direito Penal é, no mínimo, ridícula.

O desafio mais difícil da condição humana é aceitarmos que somos diferentes, e isto é o que o homem tem de mais belo, é o que o torna admirável sob o ponto de vista evolutivo. Em torno dessa diferença entre as pessoas é que firmo a interpretação de que somente se caracteriza o crime previsto pelo artigo 306, do CTB se o autor do fato estiver conduzindo veículo automotor **sob influência** de álcool ou outra substância psicoativa.

Ao cabo do exposto, e considerando que cabe ao Ministério Público, como titular do direito ao processo penal, controlar o seu uso evitando-se que seja utilizado em

sentido de veneno (o processo penal, como o *pharmakon*, deve ser utilizado somente como remédio), promovo o arquivamento do inquérito policial instaurado contra xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, com fundamento no princípio da ofensividade e nos artigos 395, incisos II e III, bem como artigo 28, ambos do Código de Processo Penal, interrompendo-se o uso do processo penal desde logo. Em virtude do conteúdo deste provimento acusatório, o indiciado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx deve ser colocado imediatamente em liberdade, posto que ainda preso por não pagamento da fiança arbitrada pela autoridade policial.

Em razão da investigação criminal não ter sido finalizada, foi determinada, nesta data, a comunicação por ofício e por fax, com cópia deste provimento acusatório, à autoridade policial, a fim de que sejam remetidos os autos de inquérito policial imediatamente ao Poder Judiciário.

Rio Verde – GO, 25 de junho de 2013.

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR
PROMOTOR DE JUSTIÇA