

A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório

DENNIS ACETI BRASIL FERREIRA (*)

Da leitura de nossos manuais de direito processual penal, temos sempre extraído a idéia de que, no Brasil, se adota, sem retoques, o sistema nominado acusatório, impondo-se, daí, à para perfeita integração da relação processual, a existência de julgador imparcial e partes em posição absolutamente eqüidistantes.

Praticamente unânime está a doutrina a apontar o Ministério Público como “senhor todo poderoso da ação penal”, titular único para exercício, em juízo, do *jus perseguendi* estatal, à exceção, evidentemente, daquelas hipóteses em que nos deparamos, conforme criação de **Chiovenda**, com a chamada substituição processual. Trata-se, esta última, da ação penal privada, para alguns hodiernamente “fruto de uma visão privatística do direito e processo penal” (JARDIM, Afrânio Silva, *Processo Penal*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997).

Somos de opinião, todavia, não se poder afirmar, por medo do equívoco, que nosso processo penal tenha acolhido, em sua inteireza, tal modalidade de sistema. Caso contrário, adotando-se-lhe, não restaria lugar para a **prisão preventiva** decretada de ofício pelo juiz.

A posição que tencionamos sustentar é fruto de reflexão já externada a colegas de Ministério Público, e colegas outros que militam no foro criminal. Daí, o desejo de correr alguma tinta sobre o tema, sem, todavia, aprofundamento maior.

O código de processo penal pátrio (Dec. lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941), como é sabido, nasceu sob a égide do Estado então dito autoritário. A propósito, leciona **José Afonso**, ao abordar a Carta Política de 1937, ter havido “ditadura pura e simples com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-lei que ele próprio depois aplicava, como órgão do executivo”. (SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Cons. Positivo*, Malheiros, 1998, SP, p. 85).

O panorama político, assim, era pouco propício a um processo penal

democrático e, pois, garantidor de direitos individuais e liberdades públicas.

Nosso diploma processual, à evidência, não se elaborou sem voltar os olhos a textos outros, frutos, aliás, de idênticos quadros políticos que grassavam no dito velho mundo.

Daí, destacarmos a afirmação de **Carlos Eduardo de Athayde Buono e Antonio Tomas Bentivoglio**, ao comentarem a reforma processual penal italiana de 1988, no sentido de que a península, “até a edição do código de 1988, tinha um código fascista editado por *Mussolini*, datado de 19.10.1930, com peculiaridades absolutamente totalitárias. Era o “código de mármore”, o código Rocco”. (*A Reforma Processual Penal Italiana – reflexos no Brasil –*, RT, 1991, SP, p. 23, 1ª edição).

Consequentemente, nosso Código de Ritos, apesar da inquestionável influência do modelo processual português, restou banhado, em todos os seus contornos, pelo diploma processual italiano, inclusive, como já advertido na obra acima referida, porque “expressamente citado na Exposição de Motivos de nosso Código atual” (*op. cit.*, p. 19).

Estabelecido o momento histórico em que emergiu, não se exige muito esforço para se compreenda a razão pela qual desde então temos convivido com situações absolutamente anômalas no âmbito processual, algumas das quais em boa hora extintas pelo advento da Carta Política de 1988. Outras, entretanto, ainda continuam a atormentar o raciocínio do instrumentador do processo penal, sendo uma destas últimas aquela atinente ao sistema acusatório.

Nossa inquietude se prende, inicialmente, à própria natureza do sistema acusatório que, segundo a *communis opinio doctorum*, é o modelo estabelecido para o processo penal pátrio, partindo-se do texto constitucional, o qual, em seu artigo 129, inciso I, impõe ser função do Ministério Público:

‘promover, privativamente, a ação penal pública,
na forma da lei’.

Distinto não é o ensinamento do Prof. **Tourinho Filho**, no sentido de que “No Direito pátrio, o sistema adotado é o acusatório. A acusação, nos crimes de ação pública, está a cargo do Ministério Público. Excepcionalmente, nos delitos de ação privada, comete-se à própria vítima o *jus persequendi in judicio*”. (*in Processo Penal*, Vol. I, Saraiva, RJ, 18ª edi. p. 90).

Em recente obra, **Marcellus Polastri Lima** afirma ter sido o sistema acusatório já adotado anteriormente à Carta de 1998, e “hoje deflui de princípios processuais inseridos na própria Constituição, mormente ao estabelecer a Carta Magna o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), o princípio do juiz natural e imparcial (arts. 5º, LIII, 92 e 126) e, principalmente, a

privatividade da promoção da ação penal pública assegurada ao *Parquet* (art. 129, I).” (*Ministério Público e Persecução Criminal*, Lumen Juris, 1997, RJ, p. 124/125).

Mais adiante, ainda a respeito do tema, arremata o ilustrado membro do *Parquet* fluminense que, “dispondo o art. 129, I, da Constituição Federal, que compete ao Ministério Público a exclusividade da promoção da ação penal pública, e examinando-se os demais incisos do art. 129, mormente o VII, que confere o controle externo da atividade policial ao *Parquet*, não há dúvida que constitucionalmente *foi adotado no Brasil o sistema acusatório puro*”. (*op cit.*, p. 125, nosso, o grifo).

No mesmo sentido, o Prof. **Afranio Jardim** leciona que “O juiz somente pode desempenhar sua atividade propriamente jurisdicional, após o exercício da demanda, que pressupõe um processo de partes: *ne procedat iudex ex officio* e os seus consectários lógicos. Neste sentido, veja-se art. 129, inc. I, da C.F.” (*Direito Proc. Penal*, Forense, RJ, 6ª ed., p. 323, “Bases constitucionais para um processo penal democrático”).

Sem embargo de opiniões tão abalizadas, diferentemente, e com algum desconforto, pensamos que não se trabalha, no âmbito da legislação processual penal, com o tão decantado sistema acusatório, ou pelo menos não em sua absoluta pureza.

É que, com curioso silêncio, os aplicadores do direito processual penal têm feito tábula rasa do mandamento constitucional relativo à privatividade da ação penal pública, especialmente quanto às medidas de cunho cautelar, sem que, com isto, mereçam repulsa dos pensadores do direito processual penal, senão vejamos.

Verifica-se, sem esforço, que o texto constitucional declara ser a promoção da **ação penal pública** tarefa de inteira exclusividade do *Parquet*. Não quis o legislador, a nosso sentir, se referir tão-somente à ação penal condenatória, mas sim a todas as modalidades em que se deduzam pretensões penais, é dizer, **inclusive aquelas de cunho cautelar, tais como as modalidades de prisão preventiva, seqüestro, busca e apreensão, etc.**

Conseqüentemente, e muito embora de todos sabido não haver, no código de processo penal, capítulo autônomo para o processo penal cautelar, é nosso dever buscar, em fonte outra, ainda que subsidiariamente, instrumentos que adequem a atuação do *Parquet* ao mandamento constitucional, inclusive porque o código de processo penal assim autoriza (art. 3º).

Do código de processo civil, o primo rico do processo penal, podemos

retirar, em seus artigos 796 e ss., fonte suficiente para, observando-se as respectivas particularidades, forçarmos o aplicador do processo penal a respeitar o preceito constitucional, exigindo-se se externe pretensão formal, por quem legitimado, e perante órgão competente.

Assim, ao momento em que o direito processual já respira ares favoráveis a sua completa autonomia, pensamos ser despropositado afirmar não haver lugar para a ação penal cautelar, com todos os seus consectários lógicos, ou seja, observância ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, e, inclusive, – é nosso desejo repetir – **pretensão deduzida por quem efetivamente tenha legitimidade para tanto**. Tratando-se de ação penal, ainda que cautelar, o texto constitucional somente autoriza sua dedução pelo Ministério Público, ficando, *ipso facto*, afastada a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz, nos termos do artigo 311 do C.P.P.

A idéia, embora por nós desinteressadamente defendida quando da edição da C.F./88, foi de alguma forma encampada pela Lei nº 7.960/89 (prisão temporária), a qual, em seu art. 2º, textualmente condiciona a prestação jurisdicional – mesmo que com decisão *inaudita altera pars* – a efetiva provocação por parte do Ministério Público, mediante requerimento e, seguindo tradição e gosto inquisitorial do legislador, por representação da autoridade policial.

Desta forma, ou admitimos a existência de um processo penal absolutamente puro, afastando-se qualquer incidência do artigo 311, a exemplo do que já se admite quanto aos artigos 5º, inc. II, 13, inc. II, 26, e 531, todos do C.P.P., ou, na verdade, nosso processo penal não se amolda àquele modelo puramente acusatório.

Nem se argumente que questões práticas impossibilitariam a adequação do processo penal cautelar ao sistema acusatório, por necessitar o aparelho policial e a resposta judicial, muita vez, de atuação imediata, sem as delongas típicas de uma avaliação mais acurada, menos apressada. É que o argumento, à evidência, cairia por terra. Necessário é levar em conta que, também no âmbito da ação penal condenatória, dos princípios constitucionais processuais penais se valem as defesas para garantir julgamentos imparciais e, portanto, justos. Não podemos permitir, em ambas as hipóteses, pesos distintos para medidas idênticas.

A matéria, reconhecemos, merece reflexão mais alongada, o que, em momento oportuno, ousaremos abordar.

Pensamos, em conclusão, estar o processo penal cautelar a exigir maior rigor científico, e, assim, não resta incidência qualquer para o artigo 311 do

C.P.P., bem como todos os demais que impliquem em dedução de pretensão cautelar *ex officio*, respeitando-se a Carta Política de 1988. Pensamento diverso nos força a admitir a não adoção, ao menos em toda a sua pureza, do sistema acusatório no processo penal pátrio.

Agosto de 1998.

^(*) **Dennis Aceti Brasil Ferreira** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor da UFF e Universo.
