

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Claiton Dalla Lana Schmitt

AS “DEZ MEDIDAS” (PROJETO DE LEI 4.850/2016):
COMBATE À CORRUPÇÃO OU À CONSTITUIÇÃO?

Passo Fundo

2017

Claiton Dalla Lana Schmitt

**AS “DEZ MEDIDAS” (PROJETO DE LEI 4.850/2016):
COMBATE À CORRUPÇÃO OU À CONSTITUIÇÃO?**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira.

Passo Fundo

2017

Claiton Dalla Lana Schmitt

**AS “DEZ MEDIDAS” (PROJETO DE LEI 4.850/2016): COMBATE À CORRUPÇÃO
OU À CONSTITUIÇÃO?**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira.

Aprovada em ___ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Examinador – UPF

Examinador – UPF

Examinador - UPF

RESUMO

O presente estudo analisou algumas das 10 medidas de combate à corrupção, propostas pelo Ministério Público Federal por meio do Projeto de Lei 4.850/2016. Existem fortes críticas doutrinárias acerca da validade de algumas dessas medidas porque supostamente incompatíveis com o princípio constitucional da presunção de inocência e com o exercício das funções do Ministério Público. Portanto, iniciou-se o exame a partir da instituição do Ministério Público, de seus princípios institucionais, de suas garantias e vedações, bem como de suas funções gerais e específicas. Após, contextualizou-se o processo penal contemporâneo no Brasil, com abordagem delimitada ao mencionado princípio constitucional, à distribuição do ônus da prova, e à necessária relação do Ministério Público com a implementação de um processo penal democrático. Na sequência, ao estudar as 10 medidas de combate à corrupção e as repercussões da sua votação na Câmara dos Deputados, verificou-se que as ideias de prevenção ao crime e legitimação do flagrante preparado deslegitimam a proposta do Teste de Integridade, ao passo que, sobre a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito, a presunção de ilicitude e o princípio da intervenção mínima no Direito Penal afastam a possibilidade de tipificação da conduta. Por fim, acerca da execução provisória da pena, os argumentos de cumprimento das expectativas mínimas de justiça e razoável duração do processo são teses que violam o compromisso da justiça criminal de garantir que nenhum inocente seja punido, ainda que isso signifique a impunidade de algum culpado, servindo apenas para esvaziar o conceito inculpado no princípio da presunção de inocência. Desse modo, concluiu-se que o princípio da presunção de inocência, em conjunto à questão do ônus da prova, são os principais elementos para a distinção entre um processo democrático ou não, e que não há mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro para um processo penal em que não se reconhece o estado natural de inocência. A implementação das 10 medidas seria algo trágico, considerando que o Ministério Público atua em nome da sociedade brasileira e do Estado Democrático de Direito, jamais podendo ele propor algo voltado contra as garantias constitucionais da própria população.

Palavras-Chave: 10 medidas de combate à corrupção; Ministério Público; Ônus da prova; Presunção de inocência; Processo penal democrático; Projeto de Lei 4850/2016.

ABSTRACT

This paper examined some of the proposals of the “10 medidas de combate à corrupção” project, that were proposed by the “Ministério Público Federal” (government federal agency of law enforcement and prosecution of crimes), by means of the Bill number 4.850/2016. There are strong doctrinal critiques about the validity of some of the proposals because they are supposed to be incompatible with the presumption of innocence law principle and with the Ministério Público’s duties. Therefore, it started with the exam of the Ministério Público’s institutional principles, its guarantees and prohibitions, and its general and specific functions. After that, it was contextualized the contemporaneous brazilian criminal justice system, whose approach was restricted to the mentioned law principle, the burden of proving at criminal charges, and the needful relation of the Ministério Público with the implementation of a constitutional obeying criminal justice system. In studying the “10 medidas de combate à corrupção” and the repercussions of its vote on the brazilian Parliament, it was verified that the ideas of crime prevention and the “flagrante preparado” (authority preconditioned arrest) delegitimize the “Teste de Integridade” (integrity test), while, about the “Criminalização do Enriquecimento Ilícito” (unexplained enrichment criminalization), it’s the presumption of illicitness and the Minimum Intervention of Criminal Law principle that turn away the possibility of criminalize the conduct. Lastly, about the “Execução Provisória da Pena” (provisional execution of the conviction) proposal, the arguments of a need of compliance with a minimum of justice expectation and a reasonable length of the criminal process are theses that violate the commitment of criminal justice that no innocent will be punished, even if it means the impunity of someone who is guilty, working just to empty the concept inscribed in the presumption of innocence principle. Thus, the conclusion was that this principle, together with the burden of proving at criminal charges, are the main elements to distinguish a democratic or non-democratic criminal process, and that there is no more room in Brazil’s legal order to a criminal process that doesn’t recognize the natural state of innocence. The implementation of the mentioned would be tragic, considering that the Ministério Público acts on behalf of the brazilian society and the Democratic State, never being able to propose something against the constitutional rights of the own population.

Key-words: 10 medidas de combate à corrupção; Bill number 4850/2016; Burden of proving; Democratic criminal proceedings; Innocence presumption; Ministério Público.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 A NATUREZA JURÍDICA E AS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO	09
2.1 Princípios institucionais	11
2.2 Garantias e vedações	16
2.3 Funções institucionais	19
2.3.1 Funções específicas	22
3 O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E SEUS REFLEXOS NA POSIÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	27
3.1 O princípio da presunção de inocência	28
3.1.1 O papel do Ministério Público face ao princípio da presunção de inocência	31
3.2 O ônus da prova e os sistemas processuais penais	33
4 AS “DEZ MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO”	37
4.1 O teste de integridade	38
4.2 A criminalização do enriquecimento ilícito	42
4.3 A execução provisória da pena	46
4.4 A votação do Projeto de Lei n. 4.850/2016	51
5 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

Tratar sobre o tema corrupção e a eficácia das instituições responsáveis pelo seu combate é uma tarefa complexa e, naturalmente, envolta em polêmicas. No que concerne a esta pesquisa, o termo corrupção deve ser compreendido em sentido amplo, isto é, não se restringindo ao ato considerado criminoso, e sim de modo que compreenda a adulteração ou devastação da conduta em referência a determinada atividade humana, dotada de carga negativa e assimilável a noções de decadência e degeneração (ALBUQUERQUE, 2008, p. 5), ou outras condutas que importem na degradação moral ou material da administração pública.

As repúblicas contemporâneas, cientes de que o combate à corrupção é fenômeno antigo e não exclusivo dos regimes democráticos, têm se utilizado de métodos de enfrentamento cada vez mais dinâmicos. No Brasil, os atos de corrupção *lato sensu* podem ser caracterizados pela violação dos princípios gerais da administração pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal; pela prática de crimes contra a administração pública, previstos no Título XI do Código Penal do Brasil, o que ensejaria o *ius puniendi* estatal; ou, ainda, pelas condutas tipificadas no Capítulo II da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, cuja natureza sancionatória é administrativa e cível, procedida por meio de Ação Civil Pública, limitada aos agentes públicos e eventuais terceiros beneficiados, ainda que indiretamente, nos termos dos artigos 1º, *caput* e Parágrafo único, 2º e 3º da referida Lei.

Popularmente, há uma espécie de “consenso” de que um dos elementos considerados característicos da cultura brasileira é a “cultura da corrupção”. Ocorre que, a corrupção, é um fenômeno multifacetado, pois tem repercussão no âmbito político, social, econômico, administrativo e legal, e não pode ser entendida como fenômeno “cultural” capaz de justificar a perda dos padrões morais e a institucionalização de uma via extralegal, pois, se a corrupção fosse efetivamente um fenômeno cultural, ela não seria considerada ilegal em todas as partes do mundo. Apesar disso o estigma de “cultura da desonestidade” no Brasil, conhecido também como “jeitinho brasileiro”, permanece.

Curiosamente, no ano de 2008 foram realizadas diversas pesquisas acerca do nível de percepção da corrupção, da tolerância à corrupção, bem como do montante estimado de recursos públicos desviados, chegando-se à estimativa de que 73% da população consideram a

corrupção no Brasil como “muito grave”, enquanto 24% consideram-na “grave”, e de que, em média, o prejuízo pode chegar até R\$ 85 bilhões anuais (GUIMARÃES, 2013, p. 16 e 23).

Outro dado interessante é que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle externo do Poder Judiciário, estabeleceu metas para as Justiças Estadual, Federal e Militar, e para o Superior Tribunal de Justiça, para “*identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública distribuídas até 31/12/2011*” (Meta 18, de 2013). No entanto, as metas estabelecidas pelo CNJ ficaram longe de alcançar o efeito desejado. De acordo com as informações prestadas pelos Tribunais, até 31 de dezembro de 2011 havia no Poder Judiciário um estoque de 43.773 ações de improbidade distribuídas e não julgadas, sendo que, do montante, somente 10.643 foram julgadas no ano de 2012, e apenas outras 9.864 no ano de 2013. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015a, p, 4).

Um dos argumentos para esse grau de corruptividade é que, no Brasil, a corrupção seria um crime de baixo risco e alta lucratividade, tendo em vista a dificuldade de se apurar a sua prática e o apenamento relativamente brando se considerada a sua lesividade à sociedade e a sanção aplicada em comparação aos outros tipos de crimes.

Embora verificada uma melhora nos últimos anos nos índices de percepção de corrupção no Brasil (TRANSPARENCY INTERNATIONAL CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX, 2015), no ano de 2014 foi deflagrada a “Operação Lava Jato”, em Curitiba (PR), na qual se desvendou uma organização criminosa de elite envolvida com corrupção. Com base nessa experiência, o Ministério Público Federal iniciou uma nova frente de combate à corrupção. Por meio da Portaria PGR/MPF n. 50, de 21 de janeiro de 2015, foram criadas comissões de trabalho compostas por integrantes da instituição, com o objetivo de elaborar e encaminhar sugestões de mudanças legislativas para implementar medidas de combate à corrupção no Brasil. Nas palavras do instituto (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015b):

As medidas buscam, entre outros resultados, evitar a ocorrência de corrupção (via prestação de contas, treinamentos e testes morais de servidores, ações de marketing/conscientização e proteção a quem denuncia a corrupção), criminalizar o enriquecimento ilícito, aumentar penas da corrupção e tornar hedionda aquela de altos valores, agilizar o processo penal e o processo civil de crimes e atos de improbidade, fechar brechas da lei por onde criminosos escapam (via reforma dos sistemas de prescrição e nulidades), criminalizar caixa dois e lavagem eleitorais, permitir punição objetiva de partidos políticos por corrupção em condutas futuras, viabilizar a prisão para evitar que o dinheiro desviado desapareça, agilizar o

rastreamento do dinheiro desviado e, por fim, fechar brechas da lei por onde o dinheiro desviado escapa (por meio da ação de extinção de domínio e do confisco alargado).

Após o seu lançamento em 20 de março de 2015, os cidadãos foram convidados a conhecer e avaliar as propostas de alterações legislativas, sendo o anteprojeto de lei elaborado entregue pela Instituição ao Congresso Nacional em 1º de junho de 2015. Trata-se da Campanha Nacional de Combate à Corrupção, cujas propostas foram nominadas como “as dez medidas de combate à corrupção”. Contando com mais de dois milhões de assinaturas (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015c) e o apoio da sociedade em geral, foi apresentado o Projeto de Lei 4850/2016, contemplando as dez medidas de combate à corrupção.

A despeito do apoio popular, existem críticas doutrinárias acerca da validade de algumas das medidas propostas no projeto de lei, em especial, o teste de integridade, a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, a execução provisória da pena, porque supostamente incompatíveis com o princípio constitucional da presunção de inocência e com o exercício da tutela *pro populo*, que é inerente ao Ministério Público. Entretanto, para uma análise mais adequada, impõe-se examinar, primeiro, a instituição do Ministério Público, de modo a precisar suas funções e limites no cenário jurídico e social do Estado brasileiro.

2 A NATUREZA JURÍDICA E AS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata, em seu Capítulo IV, acerca das funções essenciais à justiça, elencando como tal o Ministério Público, as Advocacias Pública e Privada e a Defensoria Pública. Na Seção I daquele Capítulo estão as disposições atinentes ao Ministério Público, lá definido como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado - propulsora da jurisdição, portanto -, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Embora decorridos quase trinta anos, a natureza jurídica da instituição ainda enseja discussão na doutrina pátria, pois não tem o Ministério Público função judicial, porque não julga, além de possuir diversas atribuições extrajudiciais; não tem função legislativa, porquanto não legisla; e não tem função administrativa, porque não administra, não podendo se confundir a função de administrar como atividade fim com a função administrativa de garantir a aplicação da Lei.

Sobre o tema, Diaulas Costa Ribeiro (2003, p. 41) refere que o Ministério Público é uma instituição especializada, sem vinculação com o Poder Judiciário (como ocorreu nas Constituições de 1981, de 1937 e de 1967), com o Poder Executivo (como na Constituição de 1969), ou mesmo com o Poder Legislativo, não sendo classificado, igualmente, como órgão de Cooperação nas Atividades Governamentais, como quando figurou ao lado do Tribunal de Contas da União e dos conselhos técnicos dos ministérios, em 1934.

Em sentido semelhante, Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens (2006, p. 11), afirmam que, sob um enfoque predominantemente político, o poder constituinte originário apartou radicalmente o Ministério Público do Poder Executivo, arquetizando-o como autêntico órgão de defesa social, dotado de perenidade e essencialidade. Tendo-se presente o sujeito em nome de quem a Instituição atua (a Sociedade brasileira) e o modelo de Estado a que serve (Estado Democrático de Direito), é possível reconhecer que o Ministério Público lança-se ao exercício de uma magistratura ativa na defesa da ordem jurídico-democrática.

Na mesma direção, Marcelo Novelino (2011, p. 783) leciona que o Ministério Público não deve ser analisado somente a partir da natureza de suas atribuições, e sim de sua finalidade institucional. Por essa razão, entende não ser possível classificá-lo como poder autônomo ou instituição vinculada a outro poder, tratando-o como instituição constitucional autônoma.

Em contraponto, Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 1147) classifica o Ministério Público como instituição *sui generis*, vinculada ao Poder Executivo em razão da sua função de prover a execução das leis, não admitindo a possibilidade de classificá-lo como um quarto poder.

Nesse mesmo viés, Hugo Nigro Mazzilli afirma que, ainda que o constituinte tenha conferido elevada condição constitucional ao Ministério Público, quase erigindo-o como um quarto Poder, desvinculando-o dos capítulos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, pela natureza de suas funções, o Ministério Público exerce atividade administrativa, até pelo critério residual, tendo em vista que promover a execução das leis não é atividade legislativa nem jurisdicional.

Por sua vez, Márcio Antônio Inacarato (1969, p. 52) entende que

Como se trata de uma das mais recentes instituições integrantes do Estado moderno (se não a mais recente), não obstante venha sofrendo modificações e transformações sempre no sentido de lhe garantir maior estabilidade, e ao mesmo tempo maior maleabilidade para agir, ainda não se pode afirmar com segurança que o seu destino seja o alinhar-se numa das três formas acima citadas, ou que, conforme pensamos, atinja seu *status* definitivo de uma forma mais coerente e mais adequada, impondo-se finalmente como um órgão da soberania do Estado, como um quarto poder, – o Poder Fiscalizador –, com poder de ação na esfera dos três outros

Ponderando tais entendimentos, Eduardo Ritt (2013, p. 44) afirma que o Ministério Público é órgão independente e autônomo, desfrutando de um regime distinto dos demais poderes do Estado, porém qualitativamente equivalente àqueles, possuindo uma parcela da soberania do Estado em razão de prerrogativas exclusivas, como a titularidade privativa da ação penal pública. Nesse sentido, alcançaria uma equiparação jurídico-constitucional com os demais poderes, fazendo parte do sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático brasileiro, com função fiscalizadora e de controle, em defesa da sociedade, e não dos interesses do governo.

No mesmo sentido, Sérgio Gilberto Porto (1998, p. 13) afirma que o Ministério Público não é e não se importa em ser um quarto poder, todavia, sob o ponto de vista material, desempenha função essencial à existência do Estado, com independência e harmonia em relação aos próprios poderes e demais instituições permanentes que compõem o Estado, de modo a exercer parcela da soberania do Estado e guindando seus órgãos à condição de agentes políticos, tais como os membros dos poderes formalmente constituídos. Isso porque, a despeito da existência de tais poderes, a sociedade continua a reclamar a elaboração de leis, a aplicação da lei, que o administrador aja consoante determina a lei e, além disso tudo, que seja

promovida a defesa da ordem jurídica do regime democrático, as liberdades públicas constitucionais e outras. Trata-se, portanto, de uma instituição sem a qual, neste momento histórico, a sociedade não saberia conviver.

Em que pesem os entendimentos expostos pela doutrina acerca da classificação jurídica da instituição, o Ministério Público é organicamente composto pelo Ministério Público da União, dentro do qual estão compreendidos os Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar, e do Distrito Federal e Territórios, todos regulamentados pela Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, e os Ministérios Públicos de cada um dos Estados da Federação, organizados pela Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993. Essa divisão em dois planos – Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados –, refere-se a uma organização em estruturas distintas, assujeitadas à chefias próprias e dotadas de autonomia, do mesmo modo como ocorre com o poder judiciário, com decorrência da forma federativa do Estado brasileiro. Ressalte-se, todavia, que embora separado em dois planos, os princípios norteadores da instituição vinculam a todos os órgãos do Ministério Público, conforme será exposto em seguida.

2.1 Princípios institucionais

Os princípios institucionais do Ministério Público, norteadores da atuação de toda a instituição, estão previstos no artigo 129, §1º da Constituição Federal, bem como no artigo 4º da Lei Complementar n. 75/93. São eles: o princípio da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional. Todavia, cumpre ressaltar que parte da doutrina já reconheceu a existência de um quarto princípio (este, infralegal): o Princípio do Promotor Natural.

Com efeito, o princípio da unidade abarca a ideia de que o Ministério Público é único, ou seja, a divisão funcional da instituição não indica a existência de diversos Ministérios Públicos, mas de apenas um, que se faz presente nas diversas atividades e funções de sua atribuição, o que não significa dizer que os membros possam, desordenadamente, cumprir às diversas funções da entidade sem a observância das determinações legais que norteiam a divisão de atribuições, o que não tem qualquer relação com eventual divergência de posicionamento entre seus membros, que possuem independência funcional, como será analisado oportunamente. Tal entendimento sobre este princípio infere que não há unidade

entre o Ministério Público da União e o dos Estados. Nesse sentido, refere Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 1148):

Pelo *princípio constitucional da unidade*, os membros da instituição ministerial integram um só órgão, sendo chefiados, apenas, por um procurador-geral.

Veja-se que inexistente unidade entre o *Parquet* federal e os Ministérios Públicos estaduais.

De igual modo, não há falar em unidade entre o Ministério Público de um Estado e de outro, nem entre os diversos ramos do Ministério Público da União. É que o *princípio constitucional da unidade* só incide no âmbito de cada Ministério Público.

Como uma implicação lógica do princípio da unidade, o princípio institucional da indivisibilidade possibilita que a presença de um membro do Ministério Público no desempenho da função institucional represente a instituição como um todo, de modo que, dentro dos mecanismos internos de substituição automática, um membro seja substituído por outro, sem prejuízo do princípio do promotor natural, para a continuação da função desempenhada, em razão de não haver qualquer vinculação física do membro que anteriormente exercia aquele mister. Nas palavras de Marcelo Novelino (2011, p. 78):

A indivisibilidade, como decorrência do princípio da unidade, possibilita a substituição recíproca entre os membros de um mesmo ramo do Ministério Público, desde que observadas as normas legais. Os atos processuais devem ser atribuídos ao Ministério Público enquanto instituição e não ao agente que os praticou.

A função do princípio da indivisibilidade é impedir a cisão do Ministério Público, em outras estruturas organizacionais, ou de seus membros, em compartimentos estanques e dissociados entre si.

O princípio da independência funcional ou autonomia funcional é de tal importância que a Constituição Federal previu, em seu artigo 85, inciso II, a caracterização de crime de responsabilidade do Presidente da República praticar atos atentatórios ao livre exercício das atribuições do Ministério Público. Tal princípio deve ser compreendido em dois aspectos: em relação à instituição e em relação aos seus membros. No primeiro caso, a Carta Magna assegurou diversas prerrogativas e garantias visando impedir pressões e interferências de ordem externa, bem como preservar a sua independência. No segundo, a norma constitucional assegura aos membros do Ministério Público a liberdade para o exercício de suas funções, subordinando-os apenas à Constituição, às leis e às suas próprias consciências. Significa dizer que, ainda que submetidos a uma Chefia única, não existe subordinação funcional, mas puramente administrativa (NOVELINO, 2011, p. 784).

Sobre o tema, nem mesmo do ponto de vista interno há de se falar em superioridade hierárquica para ingerir no âmbito da atuação processual dos membros. Nem mesmo as resoluções dadas pelos órgãos de administração superior do Ministério Público têm o condão imperativo sobre os membros, justamente porque não são normas jurídicas. Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 27):

Não se pode impor um procedimento funcional a um membro da instituição, se não fazendo recomendação sem caráter normativo ou vinculativo, pois a Constituição e a lei complementar, antes de assegurarem garantias pessoais aos membros do Ministério Público, conferiram-lhes garantias funcionais para que possam servir aos interesses da lei, e não aos dos dirigentes, ainda que da própria instituição.

A única hierarquia existente na configuração constitucional do Ministério Público é de ordem administrativa, partindo da chefia da instituição (BULOS, 2009, p. 1149). Nesse aspecto, determina o artigo 43, XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público, que devem os membros do Ministério Público acatar as decisões dos órgãos de sua administração superior, como sói ocorrer em decisões sobre conflito de atribuições, em revisões dos arquivamentos de expedientes administrativos ou de Inquéritos Policiais etc. Mesmo nos casos de revisão, em que o membro recebe a determinação de realizar determinada promoção diversa da por ele proposta, não se pode considerar como quebra da independência funcional, justamente porque, por força da lei, esse tipo de promoção é submetido a controle interno da instituição, de modo que a decisão derradeira é proferida pelo órgão superior. Portanto, quando o membro cumpre as deliberações do órgão superior não se trata de reforma de um ato de sua atribuição, mas sim do cumprimento de uma delegação do órgão que tomou a decisão, o qual, por sua vez, decidiu com total independência funcional. Situação completamente diferente ocorre quando a promoção depender de decisão de convicção própria do membro, não se podendo determinar, por exemplo, que o membro recorra ou deixe de recorrer, peça a procedência ou improcedência (MAZZILLI, 1998, p. 27).

Os órgãos responsáveis pelo controle administrativo do Ministério Público, especialmente do Federal, estão previstos, no artigo 130-A, da Constituição Federal, bem como nas Seções IV e V da Lei Complementar nº 75/93, os quais constituem, respectivamente, o Conselho Nacional do Ministério Público, o Conselho Superior do Ministério Público, as Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

O artigo 130-A foi inserido por meio da Emenda à Constituição nº 45/2004, que dispõe e regulamente sobre o Conselho Nacional do Ministério Público, que é constituído por quatorze membros nomeados pelo Presidente de República, depois de aprovada a escolha por maioria absoluta do Senado Federal, para investidura por prazo de dois anos, cuja presidência é incumbida ao Procurador-Geral da República, admitindo-se uma única recondução. Sua composição está definida em quatro membros, um de cada carreira do Ministério Público da União; três membros dos Ministério Públicos dos Estados; três juízes, dos quais dois indicados pelo Supremo Tribunal Federal e um pelo Superior Tribunal de Justiça; dois advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Sua competência fundamental é controlar a atuação administrativa e financeira do Ministério Público e o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, zelando pela autonomia funcional e administrativa da instituição, por meio da expedição de atos regulamentares ou recomendações no âmbito de sua competência. Para tanto, pode o Conselho Nacional do Ministério Público apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados pelos membros da instituição, bem como receber e conhecer das reclamações contra eles noticiadas, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional próprio da instituição, sendo possível, inclusive, avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a aposentadoria compulsória com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, sem prejuízo de outras sanções administrativas. Além disso, deve o órgão elaborar o relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no país, bem como eleger, em votação secreta, um membro para a função de Corregedor Nacional, a quem compete receber reclamações e denúncias relativas aos membros da instituição e seus auxiliares, bem como exercer funções administrativas do Conselho, tal como a Correição Geral e as inspeções extraordinárias (SILVA, J., 2006, p. 603).

O Conselho Superior é o órgão deliberativo do Ministério Público Federal, composto pelo Procurador-Geral da República, que é nomeado pelo Presidente da República, nos termos do artigo 128, §1º da Constituição Federal, para a investidura por dois anos na função de Chefe da instituição, e pelo Vice-Procurador-Geral da República, que é nomeado pelo Procurador-Geral. Além desses dois, considerados como membros natos, também compõem o

Conselho oito Subprocuradores-Gerais da República, dos quais quatro são eleitos pelo Colégio de Procuradores da República (que é integrado por todos os membros de carreira em atividade no Ministério Público Federal), e os demais eleitos pelos seus pares, para mandato de dois anos. Sua competência, fixada nos termos do referido diploma legal, é de exercer o poder normativo no âmbito da instituição, estabelecendo o regime interno de seus órgãos e os critérios de promoção por merecimento na carreira; de indicar integrantes para as Câmaras de Coordenação e Revisão; e de decidir sobre correições, sindicâncias, instauração de processos administrativos, afastamentos preventivos, remoção e disponibilidade, ajuizamento de ação de perda de cargo de seus membros, bem como acerca das propostas orçamentárias do orçamento do Ministério Público da União.

As Câmaras de Coordenação e Revisão, como são órgãos setoriais, organizados por função ou por matéria, que coordenam, de integram e revisam o exercício funcional dos membros da instituição. Cada Câmara é composta por três membros do Ministério Público Federal, sendo um indicado pelo Procurador-Geral e outros dois pelo Conselho Superior, juntamente com seus suplentes, para mandato de dois anos. Suas atribuições são, além de promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais, manter o intercâmbio com órgãos ou entidades que atuem em áreas afins, manifestar-se sobre o arquivamento de inquéritos policiais, parlamentares ou peças de informação e decidir sobre conflitos de atribuições entre os órgãos do Ministério Público Federal.

Portanto, embora consagrado o princípio da independência funcional, verifica-se efetiva existência de um controle administrativo no âmbito interno da instituição, o que não pode ser confundido como uma violação à independência funcional, tendo em vista que o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções, não está autorizado a adotar juízos estritamente pessoais. A obediência à Lei e à consciência, que legitimam a aplicação do princípio da independência funcional, refere-se à consciência ética, formada por valores universais e impessoais, pautados na democracia e na justiça social, que traduzem o compromisso de transformação conferido pelo constituinte ao Ministério Público com a sociedade brasileira, e não da mera obediência cega à Lei, mas da utilização do Direito como instrumento político de transformação social, voltado à concretização e defesa dos direitos fundamentais, com especial atenção à tutela dos interesses coletivos, não sendo legítimo que o membro do Ministério Público, que deixar de cumprir os objetivos, metas e planejamento estratégico da instituição, utilize o princípio da independência funcional como um escudo para

deixar de cumprir sua missão constitucional, traduzida nos planos e programas de atuação que vinculam todos os agentes ministeriais (CAMBI, 2015, p. 110).

Quanto ao Princípio do Promotor Natural, este se afigura de maneira semelhante ao princípio do juiz natural, do qual dimana a proibição de designações casuísticas de um determinado membro para atuar no caso penal, ou seja, “o Ministério Público deve ter critérios de competência estabelecidos antes do fato, a fim de evitar nomeações posteriores que possam parecer muito mais políticas do que jurídicas” (BONATO, 2001, p. 36).

Complementando este entendimento, Hugo Nigro Mazzilli informa que, a proibição de designar promotor *ad hoc* foi erigida a princípio constitucional, sendo reiterada nas leis orgânicas, sendo que, as funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes de carreira que deverão residir na comarca da lotação. Além disso, refere o autor que, embora a Lei nº 8.625/94 – Lei Orgânica do Ministério Público, comine nulidade para o ato praticado por acusador *ad hoc*, o ato deve ser considerado como inexistente, porquanto a usurpação de atos privativos de agentes políticos é fulminada de forma mais grave que a nulidade. Nas palavras do autor (MAZZILLI, 1998, p. 44):

Nos crimes de ação pública, o primeiro direito do acusado, antes de ser julgado por um órgão independente do Estado, consiste em ser *acusado* por um órgão estatal dotado de igual independência, escolhido previamente por critérios e atribuições legais. Para esse fim, devem, pois, ser abominados não só o procedimento de ofício e a acusação privada, como enfim o *acusador público de encomenda*, escolhido pelos governantes ou pelo próprio procurador-geral de Justiça, o que não raro dá azo a perseguições ou a acobertamentos pó razões políticas ou de qualquer outra natureza.

Portanto, a partir do princípio da independência funcional, dimana-se o princípio do promotor natural, como meio de defesa do membro do Ministério Público, inclusive contra o Chefe da Instituição.

Além da observância desses princípios, a Constituição Federal prevê garantias e vedação aos membros do Ministério Público, visando a sua própria preservação e a o adequado exercício do mister constitucional.

2.2 Garantias e vedações

Com efeito, além dos princípios mencionados anteriormente, a Constituição Federal dispõe nos parágrafos 2º e 3º do artigo 127 acerca das garantias e vedações afetas aos

membros da instituição. Com efeito, o constituinte originário garantiu ao Ministério Público autonomia funcional, administrativa e financeira visando assegurar a sua independência no exercício das atribuições institucionais. Além disso, deverão ser atribuídas aos seus membros garantias semelhantes às destinadas aos magistrados, quais sejam: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, não podendo tais garantias ser objeto de propostas e emendas à Constituição tendentes a aboli-las, direta ou indiretamente.

Nesse viés, Mazzilli (1998, p. 45) refere que

Há garantias administrativas e políticas da *instituição* (autonomia administrativa e funcional; iniciativa do processo legislativo; proposta orçamentária; escolha do procurador-geral etc.) e há garantias políticas *dos seus membros* (independência funcional, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios, vitaliciedade, vedações etc.).

Assim como nem toda garantia é prerrogativa, nem toda prerrogativa é garantia, como por exemplo, o direito de usar vestes talares ou insígnias privativas, o de tomar assento à direita dos juízes, o de entender-se diretamente com as autoridades da comarca.

Enfim, as prerrogativas ligam-se ao cargo; já as garantias são da pessoa, do órgão, do ofício ou da instituição.

Frise-se que as garantias do Ministério Público, do mesmo modo que os predicamentos dos juízes e as imunidades parlamentares, não são benesses ou privilégios atentatórios à igualdade de todos perante a lei, mas tão somente existem para defender o próprio Estado Democrático de Direito contra a arbitrariedade e o abuso de poder daqueles que ocupam funções de mando. Desse modo, tais garantias equivalem a direitos subjetivos dos membros do *Parquet*. Logo, são passíveis de proteção judicial, quando negadas ou desrespeitadas por qualquer autoridade, sob pena de comprometimento da correta execução das atribuições constitucionais e legais do próprio órgão (BULOS, 2009, p. 1155).

Sobre a garantia da vitaliciedade, o membro do Ministério Público somente se torna vitalício após dois anos de exercício. A vitaliciedade distingue-se da estabilidade assegurada aos servidores públicos após três anos de exercício em razão de que, na estabilidade, a perda do cargo poderá decorrer de simples processo administrativo de cunho disciplinar ou de avaliação periódica de desempenho, ou por adequação aos limites com a despesa de ativos e inativos estabelecidos em lei complementar (NOVELINO, 2011, p. 799).

Nesse aspecto, Hugo Nigro Mazzilli ressalta que (1998, p. 45)

A LONMP previu a perda do cargo do membro vitalício do Ministério Público por sentença transitada em julgado, proferida em ação civil própria, no caso de prática

de crime incompatível com o exercício do cargo; de exercício da advocacia; e abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos, sendo que, para os procuradores-gerais, a perda do cargo também pode ocorrer em caso de *impeachment*.

A inamovibilidade garantida aos membros se verifica como impossibilidade de remover compulsoriamente o titular de seu cargo. Sua finalidade é sempre preservar as funções do cargo, estando diretamente vinculada ao Princípio do Promotor Natural.

Acerca dessa garantia, Marcelo Novelino (2011, p. 800) entende que deve-se abranger tanto a vinculação do agente a um determinado órgão (aspecto físico), quanto a preservação das atribuições exercidas pelo titular do órgão (aspecto funcional), especialmente para evitar pressões e garantir a independência de atuação do membro do Ministério Público, que não pode ser removido contra sua vontade, salvo por interesse público, em decisão colegiada e assegurada a ampla defesa.

Acerca da garantia da irredutibilidade de subsídio dos membros do Ministério Público, esta se justifica como forma de evitar intimidações advindas da possibilidade de perdas financeiras, por meio do subsídio, fixado na forma do art. 39, §4º da Constituição Federal, que só pode sofrer redução nas hipóteses previstas nos artigos. 37, X e XI; 150, II; 153, III; e 153, §2º, I, todos da Constituição Federal.

Entretanto, pondera Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 48) que

Apesar de todas as garantias de iniciativa de lei, independência e autonomia, conferidas ao Judiciário e ao Ministério Público, o Poder Executivo simplesmente tem podido subjugar essas instituições, quer não lhes concedendo suplementações ou atualizações orçamentárias, quer não concedendo a seus agentes a necessária reposição remuneratória decorrente da desvalorização da moeda. Daí estamos a um passo de uma proximidade política envolvente entre a administração do Ministério Público e do Poder Judiciário com o governo; carreiras cada vez menos atrativas no mercado de trabalho; (...)"

No que tange às vedações impostas aos membros do Ministério Público, cujo objetivo é assegurar o correto exercício de suas atribuições, impedindo a prática de condutas capazes de comprometer sua atuação funcional, observa-se estrita ligação entre as vedações impostas aos membros e às impostas aos magistrados.

Tais vedações impedem aos membros o recebimento, a qualquer título ou pretexto, de honorários, percentagens ou custas processuais; o exercício da advocacia, ainda que em causa própria, ou de qualquer outra função pública, mesmo que em disponibilidade, salvo uma de magistério; a participação em sociedade comercial, compreendido aqui o recebimento de

benefícios, financeiros ou não, fornecidos por pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas; e a participação em atividade político-partidária, porquanto todas são incompatíveis com as funções de membro do Ministério Público.

Entretanto, esse conjunto de garantias e vedações, não tem aplicação integral, uma vez que o art. 29, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias possibilita a opção pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, aos membros do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição.

Nesse sentido, pode-se conjecturar que tais garantias foram concedidas aos membros do Ministério Público justamente em razão da relevância social e da natureza fiscalizatória das funções da instituição, as quais serão analisadas a seguir.

2.3 Funções institucionais

Considerando que o artigo 129, CF incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, pode-se observar a ligação da instituição com o comando dos artigos 1º, 2º e 3º da Carta Magna, o que sustenta o entendimento de que o poder constituinte teria incumbido ao Ministério Público o papel de transformação social. Segundo Gustavo Nogami (2013, p. 48):

O constituinte originário, aliás, já previa a possível ineficácia de seus comandos pelo descumprimento dos deveres dos órgãos incumbidos da implementação de seus ideais (Executivo e Legislativo), motivo pelo qual idealizou uma instituição autônoma, independente e proativa para fiscalizar este cumprimento. De nada adiantaria normais constitucionais ideais sem instrumentos eficientes de garantia de sua implementação

Nesse contexto, a Constituição concebe o Ministério Público como ator político de indiscutível relevância, com titularidade genérica, ativa, autônoma, imparcial, que luta e constrói – de maneira empírica – seu caminho fora da seara criminal, para se autocompreender e firmar próprio seu âmbito de atuação na tutela dos interesses metaindividuais, bem como garantir a concretização da Constituição Federal e a manutenção da ordem, conferindo máxima efetividade aos Direitos Fundamentais, especialmente os sociais.

Nesse aspecto, pode-se classificar o Ministério Público - em razão da condição jurídica conferida pela Constituição Federal, que o alçou como defensor do regime democrático e dos

Direitos Fundamentais – como verdadeira Garantia Institucional Fundamental, eis que serve como instrumento de efetivação e propulsão dos direitos fundamentais, o que o qualifica com a mesma dignidade jurídico-constitucional (RITT, 2013, p. 48).

O rol de funções institucionais, elencado tanto Constituição Federal quanto em sua legislação institucional, é meramente exemplificativo. As funções constitucionalmente atribuídas possuem natureza administrativa, não lhe tendo sido conferidas atribuições para elaborar normas gerais e abstratas, tampouco o poder decisório dos magistrados (NOVELINO, 2011, p. 791).

Para Claudio Tenorio Figueiredo Aguiar (2009, p. 5), a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, apesar de sua abstração, não podem ser tratados como conceitos vazios. Com efeito, do conceito de ordem jurídica, dimanam-se os direitos fundamentais, verdadeiras cláusulas pétreas protegidas contra a erosão legislativa. Quanto à defesa do Regime Democrático, a atuação do Ministério Público refere-se às fases do processo eleitoral, tutelando o respeito à vontade popular na escolha dos seus mandatários, o que habilita a Instituição a receber o título de fiadora da democracia. Por fim, na defesa dos interesses sociais o Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas causas que envolvam direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, especialmente nas situações em que se tratar de bens jurídicos de grupos menos favorecidos ou em condição de hipossuficiência.

Sérgio Gilberto Porto (1998, p. 18), por sua vez, afirma que o ordenamento jurídico fundamental está representado, no Brasil, pela ordem jurídica constitucional, que baliza todo o sistema infraconstitucional, podendo-se afirmar, portanto, que compete ao Ministério Público a defesa da ordem constitucional, onde quer que esta se encontre ameaçada, sem a incidência de qualquer limitador de sua atuação. Ressalta, todavia, que nos sistemas infraconstitucionais, existem limitadores de sua atuação (qualidade da parte e natureza da lide) que deverão servir de baliza à atuação ministerial, seja como órgão agente ou órgão interveniente. Acerca da defesa do regime democrático, refere o autor que, sempre que os princípios da democracia ou a soberania popular (atualmente manifestada nas formas representativa ou participativa), de alguma forma, forem ameaçados ou violados, caberá ao Ministério Público, como defensor da democracia, agir com o fito de impedir a violação, assegurando o pleno exercício das garantias democráticas e a saúde do regime democrático brasileiro. Por fim, sobre a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, leciona que compete ao Ministério Público

a defesa ativa ou interventiva dos direitos individuais indisponíveis e dos interesses sociais, e que o fundamento para tanto, seria de que o Poder Judiciário oferece como garantia a imparcialidade, cujo asseguramento pressupõe jurisdição inerte. Diante disso, sendo o exercício da jurisdição desprovido de iniciativa, restaria sempre que violado ou ameaçado de violação direito individual indisponível ou direito social, “um vazio no sistema”, haja vista que os direitos individuais disponíveis são perseguidos pelos próprios titulares, ao passo que os direitos individuais indisponíveis e os sociais ficariam “órfãos de iniciativa”. Daí decorre a sua legitimação em nível constitucional para o patrocínio de tais interesses.

Nesse sentido, ressalta Robson Renault Godinho (2009, p. 189) que

Por meio do Ministério Público, direitos que não seriam tutelados ou que o seriam de maneira precária – e tutelar direitos precariamente é, em última análise, o mesmo que não os tutelar – passaram a contar com uma possibilidade efetiva de realização.

Por seu turno, Janaína Vaz Candela Pagan (2009, p.132) afirma que, se cabe ao Poder Judiciário redimensionar o seu papel diante da jurisdição constitucional, cabe, do mesmo modo, ao Ministério Público redimensionar o seu papel diante da concepção de que, “mais do que um poder do Estado, o Ministério Público hoje faz parte da sociedade civil e é nela e por ela que deve encontrar o sentido da sua grandeza”.

A propósito, cabe salientar que ao Ministério Público, no exercício da sua típica função de controle – impedir desvios de outros entes públicos e dos próprios particulares – é reconhecida a vocação de fiscal da ordem jurídica, já que ontologicamente se trata de instituição gestada para a defesa da lei por meio da acusação criminal, da intervenção no processo civil e das ações civis de toda ordem. Em outro aspecto, salienta-se que a legitimação do Ministério Público para argumentar “em nome do povo” provém da própria Constituição, enquanto a legitimidade do Parlamento e do Administrador vem do voto (mandato). O Parlamento e o Executivo representam o cidadão politicamente, ao passo que o Tribunal Constitucional e o Ministério Público o fazem argumentativamente (NOGAMI, 2013, p. 49).

Como referido anteriormente, ao Ministério Público cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Todavia, além dessas funções, o artigo 129 da Constituição Federal prevê funções específicas da instituição, sem as quais seria inviável o regular funcionamento da Estado.

2.3.1 Funções específicas

O Ministério Público atua mais frequentemente em funções típicas, que são próprias à instituição. Com efeito, nos incisos I a IX do artigo 129, CF, estão previstas as funções institucionais do Ministério Público, tais como a promoção exclusiva da ação penal pública, a fiscalização dos Poderes Públicos acerca da prestação dos serviços de relevância pública e da observância aos direitos e garantias constitucionais, a promoção de ação de inconstitucionalidade ou de representação para fins de intervenção da União e dos Estados, a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas, o controle externo da atividade policial, e o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Não obstante, o Ministério Público também exercita algumas funções ditas “atípicas”, de forma supletiva, como o patrocínio do reclamante trabalhista onde não haja Junta de Conciliação e Julgamento e a substituição processual de vítimas pobres de crime, nas ações *ex delicto*. Por razões óbvias, tais funções só persistem onde ainda não se tenha implementado os ofícios competentes.

Tratando acerca da abrangência de atuação da instituição, Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 62) refere que todo interesse indisponível deve ser fiscalizado pelo Ministério Público, o que não significa que a instituição só officie na defesa desses interesses. Há relações entre os indivíduos que muitas vezes não são indisponíveis, mas, pela sua natureza, ou abrangência, interessam a toda a sociedade ou a um grupo tão expressivo que se pode tornar socialmente proveitosa a atuação ministerial.

Nesse sentido, refere o autor que, a existência de interesses indisponíveis sempre legitima a atuação ou a intervenção do Ministério Público, assim como a presença de interesses que, embora não indisponíveis, tenham suficiente abrangência ou larga expressão, também legitimam a sua intervenção. Portanto, pode-se concluir que é função do Ministério Público promover a aplicação e a execução das leis, zelando pelos interesses sociais ou individuais indisponíveis, bem como pelos interesses difusos coletivos e individuais homogêneos, de suficiente abrangência social, sendo que tal função, ora lhe é exclusiva, ora não, distinguindo-se a competência em privativa ou exclusiva (1998, p. 62).

Das funções supramencionadas, a mais característica delas, talvez por ser de competência privativa a sua deflagração, é a promoção da ação penal pública, cujas características e limitações serão analisadas a seguir.

a) *Ação penal pública*. Conforme referido, o inciso I, do artigo 129 da Constituição Federal refere que é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Marcelo Novelino (2011, p. 791) refere tratar-se de norma de eficácia contida, com aplicabilidade direta e imediata, cabendo à lei, tão somente, a definição do procedimento a ser seguido, cabendo ao Ministério Público não só promover com exclusividade, mas também dar a última palavra sobre a deflagração ou não da ação penal.

Complementando esse entendimento, Hugo Nigro Mazzilli refere que é no não exercício (da ação penal pública) que se identifica a única hipótese em que o Ministério Público condiciona o *ius puniendi* do Estado soberano, ou seja, (1998, p 64):

Ao contrário do que poderia parecer, o Ministério Público dá a palavra final do Estado soberano *não quando acusa*, mas apenas *quando deixa de acusar*. Não nos referimos aqui à falta e acusação por inércia, e sim ao oportuno e fundamentado requerimento de arquivamento do inquérito policial, pois em caso de inércia ministerial caberia ação penal subsidiária.

Outro elemento que indicativo de sua titularidade sobre a ação penal pública é a mitigação do princípio da obrigatoriedade nas infrações penais de menor potencial ofensivo, eis que, tanto para a conciliação como para a transação, é imprescindível a deliberação do Ministério Público sobre se aceita conciliação ou a transação pois é o titular privativo da pretensão punitiva (1998, p. 66).

Outra função bastante popularizada é a de ouvidor ou defensor do povo, por meio da qual a instituição zela pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública.

b) *Defesa do povo*. Dispõe o inciso II do artigo 129 da Constituição Federal que o Ministério Público tem como função institucional de zela pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos segurados na Constituição Federal.

Hugo Nigro Mazzilli (1998, p. 66) refere que, nos últimos anos, buscou-se em figuras alienígenas, como o *ombudsman* dos países escandinavos, um modelo para um *ouvidor* ou um *defensor do povo* em nosso país. Entretanto, pondera que um Ministério Público realmente

forte e independente dispensa tal órgão à parte, que, mesmo nos países onde foi criado, tem funções apenas investigatórias, enquanto o Ministério Público, entre nós, além da investigação, tradicionalmente tem a função de levar às barras dos tribunais os responsáveis pelas violações.

Desse modo, é função do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações, previstos na Constituição e na lei, relativos à comunicação social; dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos serviços de saúde e à educação, bem como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade; dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública à efetiva garantia dos direitos do cidadão. Para tanto, dentre outras providências, pode o órgão receber petições, reclamações ou representações dos interessados, promovendo as apurações cabíveis e dando-lhes soluções adequadas; instaurar, presidir ou determinar a abertura de sindicâncias ou apurações cabíveis, para investigar denúncias; investigar os fatos que lhe sejam comunicados pelas comissões parlamentares de inquérito, promovendo responsabilidades; expedir notificações para comparecimento de pessoas e requisitar informações, documentos e explicações; realizar audiências públicas e emitir relatórios e recomendações, requisitando sua divulgação adequada, assim como resposta por escrito; ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública, preservando o sigilo da informação quando couber; propor as ações judiciais necessárias.

Com efeito, os artigos 7º e 8º da Lei Orgânica do Ministério Público da União, como instrumentos de atuação disponíveis ao Ministério Público, a instauração de inquérito civil e outros procedimentos correlatos; a requisição de diligência investigatória; a notificação de testemunhas e a requisição de sua condução coercitiva no caso de ausência injustificada; a requisição de informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; a requisição à Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; a requisição de informações e documentos a entidades privadas; a realização de inspeções e diligências investigatórias; a obtenção de livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; a expedição de notificação e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; o acesso

incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; e a requisição de auxílio de força policial.

c) *Implementação de políticas públicas.* Finalizando o rol do artigo 129, da Constituição Federal, o inciso IX estabelece como função institucional do Ministério Público o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria de entidades públicas. Essa norma de encerramento permite que a lei infraconstitucional atribua ao Ministério Público outras funções, desde que elas não o desviem de sua destinação institucional (MAZZILLI, 1998, p. 78).

Merece referência a costumeira motivação apresentada pelos Poderes Executivo e Legislativo no sentido de justificar determinadas omissões no tocante à implementação de políticas públicas, apontando a limitação orçamentaria e a existência de recursos finitos com causa para inércia. Sobre o assunto, Claudio Tenorio Figueiredo Aguiar (2009, p. 10) afirma que, embora não se negue que a escassez dos recursos, sempre incapazes de dar conta de todas as necessidades da população, seja uma realidade presente, conduzindo o Estado às escolhas trágicas sob o manto da reserva do possível, no que toca à essência dos direitos fundamentais, essa justificativa não seduz, sendo certo que uma parte significativa desses recursos públicos se esvai pelo caminho da corrupção, da lavagem de dinheiro e da sonegação fiscal, o que exige mecanismos eficazes de controle do sangramento dessas verbas por aqueles que resolveram assumir posição de destaque na política nacional, concluindo que

Há, portanto, que se constatar a obrigação que recai sobre os Poderes Executivo e Legislativo quanto à implementação de políticas públicas voltadas à concretização do núcleo essencial dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a possibilidade de atuação do Ministério Público perante o Poder Judiciário com o objetivo de combater as omissões ou insuficiências que estejam sendo constatadas sem que se possa opor a democracia contra a defesa do mínimo existencial, sendo orientada nesse exato sentido a jurisprudência de nossos tribunais superiores.

Ademais, refere a autoria que, na área extrajudicial, uma forma de aproximação direta do *parquet* com o Poder Legislativo seria viável através da condução dos processos de iniciativa popular, tendo em vista que, por ser o Ministério Público uma instituição de âmbito nacional, seria mais do que indicado a sua atuação buscando obter o apoio popular a determinado projeto de lei envolvendo a implementação de políticas públicas voltadas para a

efetivação de medidas relacionadas com o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Esse seria um instrumento importantíssimo para diminuir a dificuldade de utilização da iniciativa legislativa, ocasionada pelos excessivos quóruns de deflagração, reforçando a atuação extrajudicial do Ministério Público em defesa da essência da Constituição (AGUIAR, 2009, p.18).

Pelo exposto, podemos concluir que a elaboração de medidas que visem a proteção da ordem jurídica e dos interesses difusos e coletivos, além de uma prerrogativa, é, em verdade, uma incumbência constitucional da instituição, conforme dispõe o artigo 127 da Constituição Federal, o que, de certa forma, rompe com a tradicional teoria da separação dos poderes.

A despeito disso, há de se considerar o cunho político das alterações propostas no PL 4850/2016, o que causa discussão e resistência de parte da doutrina, a qual critica o PL, taxando-o como autoritário e contrário às garantias individuais e os princípios de direito processual penal, em especial, o da presunção de inocência.

Entendido o que é o Ministério Público e conhecendo sua natureza multifacetária que, no mais, abriga o órgão de acusação do Estado, cabe analisar, nos limites propostos por este trabalho, a estrutura processual-penal vigente que esteja relacionada com as mudanças objeto das medidas propostas pelo Ministério Público.

3 O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E SEUS REFLEXOS NA POSIÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, dentre outras diversas garantias individuais, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV). Desse dispositivo legal, extrai-se o Princípio do Devido Processo Legal, também denominado de Princípio do Processo Justo, servindo como vetor de base para os demais princípios, estando relacionado diretamente à paridade de forças entre os sujeitos processuais, visando a igualdade substancial, especialmente no processo penal (BONATO, 2001, p. 5).

Fernando da Costa Tourinho Filho (2006, p. 13) refere que o Processo Penal pode ser entendido como o *“conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como da persecução penal.”*

Nesse sentido, a consecução do Direito Penal difere completamente do Direito Civil, cuja distinção não será objeto de análise desse trabalho. No que se refere à seara penal, como decorrência da coerção indireta penal, em ocorrendo um fato criminoso, o Estado tem, além do poder-dever de punir, o dever de perseguir o provável autor da infração penal até a aplicação da sentença penal definitiva. Essa busca estatal, exteriorizada na persecução penal, é composta de duas fases: a primeira, que antecede a ação penal, isto é, a fase preparatória e preventiva denominada extrajudicial; e a segunda, que é aquela que tramita perante o crivo do Poder Judiciário, sendo iniciada pelo recebimento da acusação formal. (SILVA, R., 2009, p. 131).

No que se refere à fase preparatória, ao final da investigação, em resumo, o resultado deve ser encaminhado ao Poder Judiciário para verificação da legalidade. Posteriormente, os autos devem ser encaminhados ao órgão estatal encarregado de pleitear em juízo a aplicação da sanção penal ao infrator. Conforme tratado no capítulo anterior, a Constituição alça ao Ministério Público a função privativa de promover a Ação Penal Pública. Em sua análise, deve o referido órgão verificar se há existência de justa causa para propor a ação penal ou se é o caso de requisitar diligências complementares imprescindíveis para a formação da sua opinião sobre o delito, seja ela no sentido de proceder à acusação ou requerer o arquivamento da investigação ao juiz penal, o qual deve analisar a promoção do Ministério Público e, caso

receber a Denúncia, dará início à segunda fase da persecução penal. (SILVA, R., 2009, p. 132).

Cumprе ressaltar, ainda, que a inquisitividade é característica essencial à eficiência da persecução penal (extrajudicial), permitindo a atuação da Polícia Judiciária para iniciar a apuração de uma infração penal e realizar as diligências para elucidar os fatos. Nesse sentido, Roberto Ferreira Archanio da Silva refere que (SILVA, R., 2009, p. 135).

“A Instituição Policial Judiciária, pela discricionariedade regradada legalmente (inquisitividade), deve buscar os indícios e as provas que não se repetem de forma desinteressada, imparcial. Pouco importa se esses elementos indiciários ou probatórios interessem à acusação ou à defesa do investigado.”

Proposta a Ação Penal, inicia-se a segunda fase da persecução penal, levada a efeito por meio do Processo Penal, o qual é composto pela Acusação, pela Defesa e pelo Julgador, que estão adstritos a um sistema principiológico próprio do ramo penal, que será tratado a seguir.

3.1 O princípio da presunção de inocência

Para que se possa compreender os princípios que regem o processo penal, é preciso entender, primeiro, que princípio é a causa primária, o momento ou local em que algo tem origem e, portanto, as premissas de um sistema que se desenvolve. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 9, 12 e 31) refere que o conceito de princípio jurídico indica uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, podendo estar expressamente previstos em lei ou ser implícitos, cuja função essencial dos princípios é estabelecer os alicerces e traçar as linhas mestras, sendo-lhes reservada a função de ser o fio condutor e de dar unidade ao sistema normativo, havendo profunda ligação e interdependência entre os princípios garantistas do processo penal com os direitos e garantias fundamentais.

No mesmo sentido, Paulo Rangel (2010, p. 3) informa que os princípios que regem o direito processual penal constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual.

Sobre o tema, José Frederico Marques (2000, p. 64) refere a existência de três princípios fundamentais que dimanam da Constituição Federal no tocante à justiça penal,

quais sejam, o princípio da tutela jurisdicional, o princípio do devido processo legal e o princípio do juiz natural, sendo o sistema acusatório, a bilateralidade do contraditório e a tutela mediata do direito de liberdade por meio de *habeas corpus* decorrentes desses postulados estruturais.

Nada obstante, o presente estudo tem seu objetivo definido, não pretendendo tratar dos assuntos que, embora circunscrevam, não sejam imprescindíveis ao objeto de estudo. Assim, interessa aqui, tratar na sequência, sobre o princípio da presunção de inocência, bem como acerca das funções do Ministério Público no processo penal, especialmente no que se refere à questão do ônus da prova e do sistema acusatório.

Dito isso, é necessário compreender, inicialmente, conforme ressalta José Frederico Marques (2000, p. 62) que o processo penal é uma contenda em que se reconhece que o acusado não é apenas objeto de investigações, mas também sujeito de direitos e ônus, deveres e obrigações dentro do procedimento destinado a apurar a procedência ou não da pretensão punitiva do Estado.

A referida pretensão punitiva só pode ser alcançada por meio da jurisdição, que, na lição de Aury Lopes Jr. (2014, p. 217), é a atividade necessária para a obtenção da prova de que alguém cometeu um delito. Como decorrência do princípio da jurisdicionalidade, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado ou submetido a uma pena. Ademais, o mencionado autor afirma que a presunção de inocência afetaria diretamente a carga de prova, que é inteiramente do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*, e que,

sob a perspectiva do julgador o princípio da presunção deveria ter relevância no tratamento processual que o juiz dá ao acusado, não limitando-se em manter uma posição negativa, não considerando-o culpado, mas sim, positiva, tratando-o efetivamente como inocente.

Guilherme de Souza Nucci (2014, p.33) refere que as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, é indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes ao Estado-juiz, a culpa do acusado. Portanto, todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado, tendo por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação, e não à defesa, garantindo que em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado.

Paulo Rangel (2010, p. 25), por sua vez, afirma haver um problema de terminologia, porquanto a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. Pode haver presunção de inocência ou de culpa, que dimana da operação mental feita pelo juiz ao analisar o processo (operação mental que liga um fato a outro). Presunção esta *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição, qual seja a reforma ou não pelo tribunal. A visão correta do art. 5º, LVII refere-se a uma questão de ônus da prova – sistema acusatório. Não é o réu que precisa provar sua inocência, mas sim o Estado-administração deve provar sua culpa.

Em seu turno, Luigi Ferrajoli (2014, p. 506) refere que o princípio da presunção de inocência representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela de imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Explica o autor que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias, que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou de defesa social, isto é, da específica “segurança” fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos, pois,

Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.

Desse modo, a culpa - e não a inocência - deve ser demonstrada, e é a prova de culpa, ao invés da de inocência, presumida desde o início, que forma o objeto do juízo. Complementando esse entendimento, Fernando da Costa Tourinho Filho alerta que a expressão ‘presunção de inocência’ não pode ser interpretada literalmente, pois, caso contrário, os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente. Sendo o homem presumidamente inocente, a sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela (2006, p. 29).

Para Roberto Ferreira Archanjo da Silva, a presunção de inocência tem duplo sentido, relacionando-se à posição do acusado no processo penal, a qual não admite uma situação de

desvantagem, não podendo o tratamento do suspeito, indiciado ou acusado sofrer qualquer equiparação ao culpado, bem como à consideração da prova penal, o que obriga o Estado a tutelar tanto o investigado, como o acusado ainda que a prova demonstre o que indivíduo praticou a infração penal, perdendo a condição de inocente somente com a sentença penal condenatória definitiva, ressalvando, entretanto, que por se tratar de um princípio, e não um regramento, a Constituição permite a adoção de medidas restritivas da liberdade, como a graduação ou escalonamento do estado de inocência conforme o grau da acusação (suspeito, indiciado, denunciado, acusado formalmente), o qual enseja a crescente vinculação do imputado ao procedimento penal, concluindo o autor que o sucesso da função punitiva estatal “*depende do equilíbrio entre o órgão de acusação e o acusado, no qual enseja eventual tratamento desigual conferido pela lei a este, como recursos privativos da defesa e a adoção do in dubio pro reo*” (2009, p. 228 e 302 303).

Feitas essas considerações preliminares sobre a persecução penal e o princípio constitucional da presunção de inocência, pode-se concluir que o referido princípio é, também, uma garantia individual, intrínseca ao direito à liberdade. Considerando que o direito à liberdade é um direito indisponível, sob a proteção do Ministério Público, portanto, apresenta-se uma aparente situação de difícil conciliação, tendo em vista a concomitância das suas funções de defensor dos interesses individuais indisponíveis e promotor privativo da ação penal pública.

3.1.1 O papel do Ministério Público face ao princípio da presunção de inocência

Conforme referido, o Ministério Público é instituição permanente, considerada pelo constituinte como essencial à função jurisdicional do Estado, especialmente a penal. Piero Calamandrei (2000, p. 59), ao tratar sobre o Ministério Público, argumentava que

Este, como sustentáculo da acusação, o Ministério Público deveria ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, deveria ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca - momento a momento - a perder, por amor à sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.

Todavia, a doutrina contemporânea tem entendido que o Ministério público, embora parte no processo penal e responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses

indisponíveis da sociedade, não está limitado a promover a ação penal, devendo pugnar no sentido da realização da justiça, vez que o Estado não teria interesse em condenar um inocente (JARDIM, 2002, p. 234).

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 495) refere que o Ministério Público, no processo penal “*é parte com caráter ‘imparcial’, tendo em vista não estar obrigado a pleitear a condenação de quem ele julgar inocente, nem mesmo de propor ação penal contra quem não existam provas suficientes*”, podendo o órgão pedir a absolvição do réu, bem como outros benefícios que julgar cabíveis.

Em complemento, Roberto Ferreira Archanjo da Silva pondera que “*o Ministério Público, como instituição essencial à Justiça, deve participar da persecução penal de forma imparcial, sem perder a característica de órgão de acusação.*”, e, após verificados os elementos probatórios necessários para a propositura da ação penal “*passa a exercer uma atividade parcial (parte sui generis), pois deve sustentar a acusação em juízo, sempre optando pela justiça*” (2009, p. 291), ressaltando que, “*Não cabe ao Ministério Público acusar alguém sem motivo justo*” pois “*caso verifique a improcedência dos argumentos inicialmente articulados na imputação, deve optar pela justiça, ou seja, requerer a absolvição do acusado.*” (2009, p. 41), isso porque, caso venha a propor ação penal sem um mínimo de fundamento, “*deixa de defender a ordem democrática e os interesses da sociedade o que pode, inclusive, caracterizar violação ao direito fundamental (liberdade jurídica) daquele acusado injustamente*” (2009, p. 136).

Nesse aspecto, pode-se concluir que a incumbência constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis serve como orientação primeira para todas as funções conferidas ao Ministério Público, devendo o órgão tutelar os direitos e garantias individuais sem descuidar, entretanto, da defesa social.

Ocorre que, as garantias, situadas no plano individual, e a defesa social devendo o órgão tutelar os direitos e garantias individuais sem descuidar, entretanto, da defesa social. (penal), situada plano da coletividade, são valores antagônicos, decididos na seara da política criminal. De um lado temos a democratização ou constitucionalização do processo penal, por meio da implementação do sistema acusatório, o qual reivindica a observância das liberdades e garantias individuais e a oposição de obstáculos à persecução penal do Estado, por meio da sua submissão a um juízo imparcial e inerte, bem como à observância dos princípios processuais penais. No sentido oposto, tem-se o sistema penal vigente no Brasil, de matriz

inquisitiva e de arbítrio punitivo, em que o juiz deve buscar a “verdade real” (artigo 156, do Código de Processo Penal), cuja tendência é flexibilização de direitos na busca por celeridade e efetividade nos julgamentos, bem como a facilitação da atuação dos mecanismos de persecução penal do Estado.

Cumprido ressaltar que, a maior ou menor flexibilização dos princípios constitucionais está direta e proporcionalmente ligada a um sistema processual penal mais ou menos democrático, sendo o princípio da presunção de inocência, em conjunto à questão do ônus da prova, os principais elementos para a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitivo, o que será analisado a seguir.

3.2 O ônus da prova e os sistemas processuais penais

Contrariamente ao que se possa pensar, o processo penal não é um instrumento de opressão estatal. É, em verdade, um meio de proteção dos inocentes frente à atuação punitiva do Estado, o qual assegura a defesa ampla dos acusados e tutela a liberdade (COÊLHO, p. 58).

Nesse contexto de ampla defesa dos acusados e tutela da liberdade, estão inseridos os princípios processuais penais, dentre eles, o da presunção de inocência, do qual decorre o ônus da prova no processo penal como atribuição da acusação, de modo que, em matéria penal, é incogitável a utilização de institutos como a inversão do ônus da prova ou outros que tencionem pela presunção de culpa.

Na lição de Roberto Ferreira de Archanjo Silva, o princípio do estado de inocência obriga o Estado, especialmente o Poder Judiciário a tutelar tanto o investigado como o acusado em toda a persecução penal, “*mesmo que as provas produzidas indiquem que o indivíduo não tem razão, ou seja, que praticou a infração penal*”, o qual perde a condição de inocente “*somente com a decisão penal condenatória que impõe uma sanção que não caiba mais recurso pela preclusão da faculdade conferida às partes.*”. Segue o autor afirmando que o estado de inocência se caracteriza como princípio, “*pois são possíveis medidas restritivas da liberdade jurídica do investigado ou acusado antes da sentença penal condenatória final, como o indiciamento, a busca, a prisão preventiva, etc.*”. (2009, p. 229). Ainda, refere que, para o sucesso da função punitiva do Estado, a mera atuação contraditória é insuficiente,

exigindo-se a paridade entre o órgão de acusação e o acusado como ‘*um princípio fundamental do processo penal*’, o que ensejaria (2009, p. 231)

o reconhecimento da regra da paridade em toda a persecução penal e no eventual tratamento desigual conferido ao acusado pela lei, para preservá-lo nos momentos em que a supremacia do poder estatal pode reduzir ou impedir o exercício efetivo da contraditoriedade ou, ainda, prejudicar um inocente, como a regra do *in dubio pro reo* no momento da decisão (...).

O processo penal democrático exige a articulação por um órgão estatal diverso do Poder Judiciário, a fim de preservar a imparcialidade deste no julgamento e daquele na busca de ‘elementos para a descoberta da verdade judicial’

Ocorre que, embora o sistema processual penal brasileiro vede a atuação judicial para promover a ação penal, resguardando-a como função privativa do Ministério Público (artigo 129, inciso I, da Constituição Federal), é permitida à atuação do juiz penal para buscar a “verdade real” de como aconteceu o suposto fato delituoso em julgamento (artigo 156, do Código de Processo Penal).

Opondo-se ao entendimento de que os poderes instrutórios do juiz penal asseguram a justiça das decisões, sem, entretanto, violar a imparcialidade exigida num Estado Democrático de Direito, eis que, no exercício da jurisdição penal, seria parcial caso fosse o julgador obrigado a aceitar somente a verdade trazida pelas partes (SILVA, R. 2009, p. 137), a doutrina majoritária compartilha o entendimento de que a gestão da prova (COUTINHO, 2001, p. 32) deve estar nas mãos das partes, assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se, assim, suprapartes e preservando sua imparcialidade, especialmente porque (LOPES JUNIOR, 2014, p. 214).

A imparcialidade do julgador decorre não de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação. Não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório. Por isso a importância de mantê-lo longe da iniciativa probatória, pois quando o juiz atua de ofício, funda uma estrutura inquisitória.

Desse modo, “*Ao órgão jurisdicional deve-se reservar, de forma exclusiva, a função de julgar as pretensões deduzidas pelas partes, fincando equidistante os interesses em conflito porventura existentes no processo.*” O juiz desempenha sua atividade jurisdicional somente após o exercício da demanda, a qual pressupõe um processo de partes. (JARDIM, 2002, p. 312).

Ao que por ora interessa, ressalta-se a existência de dois principais sistemas processuais penais: o inquisitivo e o acusatório. O que define um sistema ou o outro, em

termos simples, é a forma como está delimitada a participação do julgador na fase probatória. Vejamos.

O sistema processual inquisitório, na descrição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2010, p. 4), é um modelo hipócrita, em que a decisão estaria preordenada, tendo em vista que o inquisidor conduz o resultado para onde quiser, pois permite que se manipulem as premissas fáticas e jurídicas, concluindo que este sistema processual, de interesse dos regimes de força, das ditaduras e dos senhores do poder, interessa “*a quem não é atingido por seus tentáculos ou, pelo menos, pensa-se inatingível, desde que as bases estão lançadas ex ante: o alvo são os outros!*”

No que se refere ao modelo acusatório, vê-se que, nele, a disputa entre acusação e defesa está em paridade de condições entre os contendores, devendo o julgador decidir com base naquilo que as partes apresentavam no processo, o que se mostra como um jogo dialético entre os argumentos dos contendores (COUTINHO, 2010, p.6). Uma das características básicas, de um modelo predominantemente acusatório, “*a preservação da figura do juiz como destinatário da produção probatória processual, em uma posição distanciada e de equilíbrio, que permite ditar justiça*”, sendo o membro do Ministério Público o responsável pela apresentação do caso que inicialmente é investigado e, posteriormente, apresentado ao Estado-juiz para que este pronuncie o resultado justo. (BUSATO, 2010, p. 107 e 116).

Como é sabido, um dos sentidos do princípio constitucional da presunção de inocência impõe a obrigação da produção de prova pela acusação (CROZARA, 2010, p. 274). Entretanto, Sylvio Lourenço da Silveira Filho salienta que (2010, p. 250)

Diante da atual estrutura inquisitorial determinada pelo Código de Processo Penal de 1941, presumir a inocência é uma tarefa impossível, justamente pelos condicionamentos que o lugar estabelecido pelo juiz na estrutura impõe. É de suma importância essa compreensão, na medida em que a atual estrutura processual penal brasileira é essencialmente inquisitória, pois concede ao juiz o poder de gestão das provas.

Apesar disso, há insistência na manutenção do sistema processual inquisitório, oriundo do Código de Processo Penal, em permanente conflito com o sistema constitucional, “*que reclama um devido processo legal e, assim, incompatível com aquele no qual o juiz é o senhor do processo, o senhor das provas*” e, sobretudo, que pode decidir antes “*e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada*” (COUINHO, 2010, p. 9).

As situações previstas no Código de Processo Penal que dão amplos poderes ao julgador para investigar e produzir provas demonstram o quanto ainda o nosso processo penal é inquisitório, e a inequívoca necessidade uma “*reinterpretação do sistema processual penal à luz dos princípios esculpidos na Constituição da República.*” (BONATO, 2001, p. 9).

Para Afrânio Silva Jardim (2002, p. 214), o ônus da prova na ação penal condenatória é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado afirmados na denúncia, de modo que harmonizar-se-ia a regra do artigo 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, com o princípio do *in dubio pro reo*, o qual, ressalta o autor (2002, p. 206), “*não admite aplicação parcial, sob pena de se desfigurar. (...). Não há meio-termo, a plenitude está ínsita no princípio, decorrente mesmo da sua própria natureza.*”, concluindo que a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor, pois (2002, p. 212)

O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação deste ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova da acusação. Em poucas palavras: a dúvida sobre os chamados ‘fatos da acusação’ leva à improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento processual do réu.

Nesse sentido, têm-se como consectários lógicos da presunção de inocência a gestão da prova pelas partes processuais, com ônus probatório a cargo da acusação, e a equidistância do julgador, o qual não deve ter iniciativa probatória, sendo necessário se estabelecer um processo penal adequado aos parâmetros e valores erigidos pela Constituição da República, sob pena de haver a sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação, o qual não só tenciona para a acusação, como faz pensar ser despiciendo o próprio órgão acusatório, sem mencionar que, esse mesmo órgão jurisdicional, que investiga e produz provas, vai, depois, julgar o caso penal (COUTINHO, 2010, p. 11).

Todavia, em sentido contrário aos esforços para a constitucionalização do processo, a sensação de aumento da criminalidade e o reclamo popular por um processo penal mais eficiente, tencionam, cada vez mais para o modelo inquisitivo, no sentido de flexibilização de direitos e de garantias individuais. Em meio a este cenário, foram elaboradas, pelo Ministério Público Federal, as 10 medidas de combate à corrupção, cuja constitucionalidade é questionada por parte da doutrina brasileira.

4 AS “DEZ MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO”

Conforme referido, após a deflagração da “Operação Lava Jato” no ano de 2014, em Curitiba (PR), na qual se desvendou uma organização criminosa de elite envolvida com corrupção, o Ministério Público Federal iniciou uma nova frente de combate à corrupção. Por meio da Portaria PGR/MPF n. 50, de 21 de janeiro de 2015, foram criadas comissões de trabalho compostas por integrantes da instituição, com o objetivo de elaborar e encaminhar sugestões de mudanças legislativas para implementar medidas de combate à corrupção no Brasil, as quais buscam, entre outros resultados, evitar a ocorrência de corrupção, criminalizar o enriquecimento ilícito, aumentar as penas da corrupção, agilizar o processo penal e o processo civil de crimes e atos de improbidade, viabilizar a prisão para evitar que o dinheiro desviado desapareça, agilizar o rastreamento do dinheiro desviado etc.

Após o seu lançamento, em 20 de março de 2015, os cidadãos foram convidados a conhecer e avaliar as propostas de alterações legislativas, sendo o anteprojeto de lei elaborado entregue pela Instituição ao Congresso Nacional em 1º de junho de 2015. Contando com mais de dois milhões de assinaturas e o apoio da sociedade em geral, foi apresentado o Projeto de Lei 4850/2016.

O Projeto de Lei 4850/2016 contemplou as dez medidas de combate à corrupção, que consistiam em vinte alterações pontuais no ordenamento jurídico nacional. São elas:

Medida I) Investimento em Prevenção: 1) *Accountability*; 2) Teste de Integridade; 3) Percentuais de Publicidade; 4) Sigilo da Fonte; Medida II) Criminalização do Enriquecimento Ilícito de Agentes Públicos e Proteção À Fonte da Informação: 5) Enriquecimento ilícito; Medida III) Corrupção com Pena Maior e Como Crime Hediondo Segundo o Valor: 6) Corrupção como crime hediondo; Medida IV) Aperfeiçoamento do Sistema Recursal Penal: 7) Recurso Manifestamente Protelatório; 8) Pedido de vista nos tribunais; 9) Revisão dos recursos no CPP; 10) Execução provisória da pena; Medida V) Maior Eficiência da Ação de Improbidade Administrativa: 11) Procedimento para agilizar a tramitação da Ação de Improbidade Administrativa; 12) Varas especializadas; 13) Acordo de leniência; Medida VI) Ajustes na Prescrição Penal Contra a Impunidade e a Corrupção: 14) Prescrição Penal; Medida VII) Ajustes nas Nulidades Penais Contra a Impunidade e a Corrupção: 15) Ajustes nas nulidades; Medida VIII) Responsabilização dos Partidos Político e do “Caixa 2”: 16) Responsabilização dos partidos políticos e do “caixa 2”; Medida IX) Prisão Preventiva para

Evitar a Dissipação do Dinheiro Desviado: 17) Prisão preventiva; 18) Multa aos bancos por descumprimento de ordem judicial; e Medida X) Medidas para Recuperação do Lucro Derivado do Crime: 19) Confisco alargado; e 20) Ação de extinção de domínio.

Apesar da importância de uma avaliação das medidas como um todo, o presente estudo está delimitado à análise de três alterações pontuais, que estão mais diretamente vinculadas ao princípio da presunção de inocência e ao ônus da prova. Desse modo, se abordará, inicialmente, o Teste de Integridade dos agentes públicos, previsto na medida I.

4.1 O teste de integridade

O Projeto de Lei 4850/2016 prevê a criação do Teste de Integridade dos agentes públicos no âmbito da Administração Pública. Em síntese, o teste consiste numa simulação, aleatória ou dirigida, realizada sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar a sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública, cujos resultados poderão ser usado para fins disciplinares, bem como para a instrução de ações cíveis, inclusive a de improbidade administrativa, e criminais.

O anteprojeto ao justificar a medida, afirma se tratar de um novo mecanismo voltado à “defesa da moralidade pública”, o qual pretende inovar o ordenamento jurídico para instituir o teste de integridade aos agentes públicos, de modo que sejam prevenidos atos de corrupção e comportamentos inadequados no serviço público e, particularmente, nos corpos policiais, citando os Estados Unidos da América, a Austrália, o Reino Unido e a região administrativa especial de Hong Kong como locais onde as experiências do teste teriam se mostrado bem sucedidas, e a recomendação da Organização das Nações Unidas e do instituto Transparência Internacional para a aplicação desse tipo de teste (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015a, p. 8).

O objetivo do teste de integridade seria criar, preventivamente, a percepção de que todo o trabalho do agente público está sujeito a escrutínio e que, a qualquer momento, a atividade pode estar sendo objeto de análise, ressaltando que a realização do teste não parte da premissa da desconfiança sobre os servidores em geral, mas sim de uma de dever de transparência e *accountability*, sendo natural o exame de sua atividade, prestigiando, por outro lado, o Princípio Republicano, a partir do qual todos os agentes públicos deveriam prestar contas de sua atuação a Administração Pública.

Sua aplicação seria tanto direcionada ao agente público em relação ao qual já houve algum tipo de “notícia desairosa ou suspeita prática ímproba”, quanto realizada de modo aleatório, reforçando o princípio de que a atividade de qualquer agente público está sujeita, a qualquer tempo, a escrutínio, sendo exemplificado da seguinte maneira (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015a, p.8):

O teste de integridade objetiva desencadear medidas proativas da Administração Pública para combater e prevenir a corrupção em situações enfrentadas corriqueiramente pelo agente público. Exemplo disso é o oferecimento de um valor módico, a título de propina, por um agente de corregedoria que, fingindo ser um cidadão comum, comete uma infração de trânsito e é parado por policial para ser multado.

[...]

Já na década de 70 do século XX, ao simular situações reais na cidade norte-americana de Miami, a *ABC News* providenciou a entrega de 31 carteiras contendo dinheiro e identidade para 31 policiais, 9 dos quais subtraíram o dinheiro e foram penalizados. Trinta anos depois, em Los Angeles e em Nova York, cidades nas quais as polícias aplicam, sistematicamente, testes de integridade nos policiais, a mesma rede de televisão distribuiu 20 carteiras para os policiais de cada cidade. Todas as carteiras foram devolvidas aos proprietários “sem nenhum centavo faltando”, a demonstrar que a criação de um ambiente de transparência e escrutínio, no qual o agente público pode ser testado a qualquer momento, tende a modificar o comportamento e a cultura de corrupção. Destaque-se também, no exemplo, que, se a própria imprensa pode aplicar, de modo lícito, testes de integridade, tanto mais pode fazê-lo a Administração Pública.

No que se refere à discussão jurídica quanto à viabilidade de processamento criminal, em razão da tese do flagrante preparado, o Ministério Público assegura haver posições doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis à legitimidade da persecução criminal de condutas apuradas por meio de tais testes, desde que sua aplicação seja cercada de alguns cuidados, ressaltando ser vedado pelo projeto a realização de testes que representem uma “*tentação desmedida, a qual poderia levar uma pessoa honesta a se corromper*” (2015a, p. 9).

Ao analisar a questão, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2015, n.p.) explica que a civilização ocidental, depois da modernidade e do Estado Moderno, fundou-se na confiança e, assim, até prova em contrário o cidadão é honesto, correto, inocente. Isso permite que se presuma que as pessoas vão cumprir, de fato, as leis e as regras, algo que faz a extragrande maioria. Nesse sentido, o referido autor critica a medida, taxando-a como “*absurda*” e inconstitucional, “*porque parte, propositadamente, de um fundamento oposto, senão contrário: todos são desonestos até prova em contrário.*”.

No mesmo sentido, Lênio Streck (2016, n.p.) aponta a incompatibilidade das medidas com o texto constitucional, especialmente no que tange ao princípio da presunção de inocência. Vejamos:

Flagrante forjado: na pressa, o pacote do MPF ataca a presunção de inocência. (...). Em vez de apresentar provas lícitas que possam comprovar a prática de conduta ilícita de seu agente público, o Estado estará autorizado a simular situações que permitam testar a conduta do agente. Uma proposta, além de inconstitucional, patética. Funcionaria muito bem em regimes totalitários. Quero testar a conduta de um agente público e, para isso, ofereço propina para ele... O agente, sem saber que se trata de uma simples pegadinha, aceita a propina e, logo em seguida, é preso em flagrante. (...).

Teste de integridade: aqui entra o fator *Minority Report*, filme futurista em que o Estado consegue acabar com os assassinatos usando uma divisão pré-crime. Essa divisão visualiza o crime antes de ocorrer através dos *precogs* (pré-cognição, por óbvio). Ali, o culpado é punido antes que o crime seja praticado. Pois o pacote do MPF propõe algo parecido. Trata-se de o que chamo de "eugenia cívica". Pelo pacote, o agente público deve se submeter a testes que apontem se é propenso a cometer crimes. Como assim? Já existe tal ciência? Mais: e se o "teste" for positivo, será meio idôneo de prova, ainda que o acusado a tenha produzido contra si mesmo? (...).

Chama a atenção a ressalva do MPF de que tal teste não pode ser feito de forma a representar "uma tentação desmedida, a qual poderia levar uma pessoa honesta a se corromper". Ok. Quer dizer que quanto maior a propina melhor para o corrupto que sem dúvida vai alegar "tentação desmedida"? Ou existe uma "medida" da tentação "desmedida"? Então quer dizer que uma pessoa honesta é honesta só até certo ponto? Claro, todo mundo tem um preço! Será?

Contraoando a crítica de que o teste de integridade estaria partindo de uma "presunção de desonestidade" do funcionário público, Bruno Calabrich (2016, p 1 e 2) assegura que não se trata de uma grande novidade, considerando que nosso direito processual penal já prevê instituto semelhante em muitos aspectos (a infiltração de agentes), e a anuência do Brasil à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, cujo Manual Técnico recomenda a realização do Teste de Integridade (p. 2). Além disso, sustenta o autor que, caso se entendesse o teste de integridade como uma forma de presunção de culpa, ter-se-ia que afirmar o mesmo acerca de qualquer ato da administração pública sujeito a qualquer forma de fiscalização, e que fiscalizar não é o mesmo que presumir a desonestidade do agente público. Não obstante, refere que o entendimento baseado na súmula 145 do STF, segundo o qual o teste de integridade caracteriza um flagrante forjado, ou um crime impossível por obra do agente provocador, é específico do Direito Penal, concluindo que (p. 15):

O cerne atual das críticas ao teste de integridade no Brasil tem como base a jurisprudência e a doutrina a respeito do "crime impossível por obra do agente provocador". Ainda que nada mude no panorama jurisprudencial e doutrinário, essa

crítica, própria da área penal, não impediria, como visto, a plena aplicação do teste de integridade para fins de investigação e para o sancionamento cível e administrativo do funcionário público flagrado praticando um ato de corrupção. Quanto à aplicação do teste para fins de sancionamento penal da própria conduta verificada no teste, a alteração do quadro normativo exigirá dos estudiosos e tribunais uma reflexão mais aprofundada a respeito da suposta atipicidade da conduta no chamado “flagrante provocado”, além de um novo olhar a respeito da necessidade de enfrentamento ao gravíssimo problema da corrupção em nosso país. Exigirá, decerto, uma visão atenta aos modernos instrumentos processuais e de investigação e mais consentânea com a nova criminalidade. Demandará, em suma, um compromisso com a efetiva tutela dos interesses de toda a sociedade sem perder de vista a necessária proteção dos direitos fundamentais dos investigados.

Por seu turno, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro divulgou uma análise crítica sobre as Dez medidas de Combate à Corrupção, propostas pelo Ministério Público Federal, na qual refere, que a medida prevista como Teste de Integridade, implicaria na criação de grupos aptos a realizar esses testes, o que *“remonta aos tempos do Serviço Nacional de Inteligência, ou de polícias secretar, que viraram verdadeiros órgãos de perseguição.”* Entende a Instituição que, em verdade, esses testes *“criam oportunidades para que os servidores públicos sejam perseguidos aleatoriamente, especialmente naqueles casos em que não demonstra afinidade e subserviência ao chefe imediato”*, tornando-se, a Administração Pública, *“um grande palco de perseguição e desconfiança, afastando-se de seu objetivo primordial, da prestação de serviço público de qualidade, e dos princípios que a norteiam.”* (LOPES; BARATA, 2016, p. 4 e 5).

Feitas essas considerações, observa-se que o “Teste de integridade” consiste, em síntese, na simulação de uma situação em que a autoridade responsável pela persecução penal do Estado oferece vantagens indevidas para determinado servidor público, com o fim de testar sua capacidade de resistir a uma hipotética atuação delitiva. Trata-se, portanto, de uma tentativa de fiscalizar os servidores públicos e a sua propensão a atos de corrupção, bem como de punir uma intenção criminosa, por meio de uma encenação empregada pelo próprio Estado.

Na seara penal, a medida remete à discussão entre o flagrante esperado e o flagrante preparado, sendo o primeiro permitido e o segundo ilegal. No primeiro caso não há qualquer tipo de simulação, já que o crime seria praticado independentemente da intervenção de um agente do Estado. No segundo caso, ao contrário, existe a figura do chamado “agente provocador”, tratando-se de crime impossível, nos termos da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal (MOREIRA, 2016, n.p.). Desse modo, por óbvio, não está se tratando de flagrante esperado, uma vez que a realização do teste (provocação), por parte do Estado, ultrapassa o limite do mero permitir o ensejo da ação, com base no prévio conhecimento da

iniciativa dolosa do agente, de modo a configurar o flagrante preparado e, por consequência disso, tornar impossível a consumação do hipotético crime. Nesse sentido, estar-se-ia imputando a prática efetiva de um fato delituoso pela ocorrência de uma situação que, na realidade, não existe, pois provocada e sob pleno controle do Estado, não sendo permitida uma punição não objetiva, isto é, pela mera propensão ou intenção à prática de um ilícito criminal sequer iniciado (*Cogitationis poenam nemo patitur*).

A medida é fundada em uma “*indevida noção de criminalidade ontológica, supondo que o delito seja projeção do caráter do agente*”, uma vez que o fundamento da medida esta muito mais voltado para identificar potenciais corruptos, em vez de investigar reais atos de corrupção (CRUZ, 2015, n. p.). Desse modo, concluí-se que o Ministério Público Federal, ao propor a realização de testes para averiguar a predisposição dos servidores públicos para praticarem atos de corrupção *lato sensu*, vai de encontro ao princípio da confiança e aos objetivos da república de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Em âmbito criminal, viola diretamente o princípio constitucional da presunção de inocência, pois parte da ideia de “prevenção ao crime”, que é estranha ao direito penal, uma vez que este se ocupa apenas das ações e omissões após a sua consumação ou tentativa, ressalvadas as hipóteses em que se estabelecem como criminais os atos preparatórios. Cumpre ressaltar que, caso admitida em âmbito criminal, significaria um grande retrocesso no processo penal brasileiro, pois estaria legitimando a figura do flagrante preparado, atualmente considerado como crime impossível.

4.2 A criminalização do enriquecimento ilícito

Outra medida proposta pelo Ministério Público Federal é a de criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, a qual pretende acrescentar o artigo 312-A ao Código Penal, cominando pena de três a oito anos para quem “*adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito.*” Além disso, prevê em seu parágrafo segundo o aumento da pena no caso de a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente à outra pessoa.

A justificativa constante do anteprojeto trata de questões pragmáticas, tal como a de que o enriquecimento ilícito de servidor público decorreria comumente da prática de corrupção e seus crimes conexos, sendo muito difícil punir o crime de corrupção, salvo quando uma das partes revela sua existência, o que normalmente não acontece. Ademais, o enriquecimento ilícito, além de prova indireta da corrupção, revelaria um agir imoral e ilegal do servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum. Por conta disso, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estimularia os Estados Partes a tipificarem o crime de enriquecimento ilícito, definido como o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público por ingressos que não podem ser razoavelmente justificados por ele. Por fim, é reforçado no anteprojeto que não se trataria de uma inversão do ônus da prova no tocante ao caráter ilícito da renda, mas sim de *“acolher a única explicação para a discrepância que é encontrada em dado caso concreto”*, sendo tal solução *“amparada na moderna teoria explanacionista da prova, que tem por foco encontrar a hipótese que melhor explica a evidência disponível”*, bem como na tradicional teoria indutiva, que *“foca em associações entre coisas que estão normalmente vinculadas com base na experiência que todos compartilhamos”*, ou seja, com base na experiência compartilhada pela sociedade, se a acusação *“prova a existência de renda discrepante da fortuna acumulada”* e, além disso, *“nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontam a existência provável de fontes lícitas, pode-se concluir que se trata de renda ilícita”* (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015a, p.22).

Em sua análise acerca da medida em questão, Luis Greco (2015, n.p.) afirma que a menção feita pelo MPF à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário, teria mais força retórica do que argumentativa, tendo em vista que a Convenção apenas declara, em seu artigo 20, que cada parte deve *“considerar a adoção”* da medida *“na forma de sua constituição e dos princípios gerais do seu sistema jurídico.”*

Refere, ainda, que tipificação pretendida trata, em verdade, de uma pena de suspeita, o que é incompatível com os princípios correlatos da presunção de inocência e da culpabilidade, que contém como núcleo o direito de ser condenado e punido apenas pelo que efetivamente se fez, concluindo que:

(...) a proposta do MPF de criminalizar o enriquecimento ilícito é infundada e apressada. Ela se baseia em considerações policialescas de facilitação da prova, incompatíveis com a ideia de culpabilidade e a presunção de inocência (*supra*, 2), e que, ainda por cima, parecem ser de duvidosa eficácia (*supra*, 5, c). É verdade que

talvez – sublinhe-se o talvez – seja possível fundamentar, a partir do princípio da proteção de bens jurídicos, um desvalor autônomo da conduta em questão, que justificaria em tese a criminalização (*supra*, 3). Ocorre que qualquer esforço de criminalização tem de ser submetido a um escrutínio cuidadoso, que avalie, além da correção do argumento desenvolvido em caráter declaradamente provisório, a compatibilidade do tipo penal com o *nemo tenetur*, a ideia de *ultima ratio* e, por fim, a sua concreta necessidade diante da existência de um direito penal material já bastante abrangente (*supra*, 5). Coletar assinaturas não torna desnecessários argumentos.

Por sua vez, Lenio Streck (2016, n.p.), alerta que o MPF sugere o crime de enriquecimento ilícito “*no qual o agente é culpado caso não consiga explicar o aumento de seu patrimônio. Nítida inversão do ônus da prova. (...) Trata-se, como o próprio MPF reconhece na justificativa, de uma ‘presunção razoável de ilicitude’*”, concluindo, o autor, com o seguinte questionamento: “*Não sei o que é pior: condenar com base na inversão do ônus da prova ou partido de uma presunção?*”.

Contestando as críticas supramencionadas, Pedro Jorge do Nascimento Costa (2016, p. 3) afirma que na proposta legislativa há nove condutas bem determinadas que configuram o crime de enriquecimento ilícito, não se podendo, de modo algum, defender que se trataria de crime sem ação. Tampouco seria correto pretender que o crime de enriquecimento ilícito indique outros crimes pelos quais o agente seria condenado sem provas, pois, no tipo penal, não há nada que vincule a falta de justificativa do patrimônio do servidor ao proveniente criminoso. Com efeito, o enriquecimento ilícito se configuraria “*ainda que o patrimônio injustificado seja obtido de crimes contra o sistema financeiro, contra o consumidor, contra o patrimônio ou mesmo de ilícitos civis (ato de improbidade administrativa)*”, não se tratando, portanto, de punição disfarçada ou pela mera suspeita de peculato ou corrupção, especialmente porque o caso é de subsidiariedade expressa, isto é, se a conduta de enriquecimento ilícito constituir crime mais grave, o tipo é afastado em favor dos demais.

Segue o autor argumentando que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), além das sanções de natureza civil para diversos atos de enriquecimento ilícito, condiciona a posse e o exercício do agente público à apresentação de declaração dos seus bens e valores que compõem o seu patrimônio privado e, portanto, já existem cominações de sanções extrapenais, “*que são claramente insuficientes para trazer, no Brasil, a prática dessas condutas em níveis toleráveis, o princípio da ultima ratio é respeitado com a sua criminalização.*” (2016, p. 4).

o crime de enriquecimento ilícito tem peculiaridade que não se pode desconsiderar: o servidor público, por força das normas apontadas acima, tem o dever extrapenal de declarar o patrimônio. Assim, em razão do direito material, que se sobrepõe ao princípio processual do *nemo tenetur se detegere*, o servidor público tem dever de prestar declaração que pode ser usada no processo penal.

Por fim, ao tratar da questão probatória e do princípio processual do *nemo tenetur se detegere*, refere o autor que o ônus da prova de todos os elementos é da acusação e, justamente por isso, não há nenhuma exigência de produção de prova pelo réu. Este não está obrigado a depor nem a produzir provas. A falta da versão do acusado pode prejudicá-lo em alguns contextos, pois, “*O que o direito constitucional ao silêncio assegura é que a sua negativa ao depoimento pode ser uma das estratégias de defesa, não necessariamente a melhor nem sequer eficiente.*” (2016, p. 7).

Complementando a análise, José Panoeiro (2016, p. 21) refere que o crime não decorreria de mera incompatibilidade patrimonial, mas somente da incompatibilidade “*marcada pela extravagância, pela anormalidade, pela situação absolutamente inacreditável.*”, concluindo que a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito, ainda que envolta em controvérsias, deveria seguir adiante, pois sua ideia fundamental “*se alinha ao princípio fundamental de direito de que não é dado a ninguém enriquecer de forma ilícita*”, cumprindo, por fim, “*ajustar a redação do tipo penal*”, para que “*a carga probatória recaia no Ministério Público*”, afastando as críticas acerca de ser um crime de suspeita e da violação à presunção de inocência (2016, p. 21).

Como se pode ver, a medida em questão trata de criminalizar o recebimento de bens e valores, de maneira não eventual, que forem incompatíveis com os rendimentos recebidos pelo servidor público ou pessoa a ele equiparada. As críticas mais relevantes à medida indicam a inversão do ônus da prova, bem como a criação de uma “pena de suspeita” e, por fim, a violação aos princípios da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere*. Com efeito, em um processo penal democrático não se pode admitir a inversão do ônus da prova, sobre isso não há dúvidas.

Ocorre que a referida inversão não é o que (necessariamente) está desenhado na medida. Isso porque, é justificável que, caso o servidor público, que está incumbido de servir o público, que é remunerado pelo público, com valor transparentemente sabido pelo público (Lei de Acesso à Informação), apresentar patrimônio em descompasso com a sua efetiva remuneração pelo seu cargo ou função pública, seja ele objeto de investigação. Em posse dos

elementos indiciários do suposto ilícito penal (auferir, de maneira não eventual, valores e bens incompatíveis com os rendimentos recebidos pelo servidor público), o Ministério Público procederá à acusação, recaindo sobre ele o ônus de provar a ocorrência do delito, que se configura com o mero recebimento não eventual de valores incompatíveis com os rendimentos auferidos servidor público.

Feitas essas considerações, pode-se conjecturar que não se trata de uma questão processual, e sim, de direito penal material, isto é, a tipificação da conduta de, na condição de servidor público, auferir, de maneira não eventual, valores e bens incompatíveis com os rendimentos recebidos, o que, no mais, se alinha ao preceito fundamental que veda o enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, não se trata de inversão do ônus da prova, uma vez que, de qualquer forma, caberia ao órgão de acusação provar a ocorrência dos elementos do tipo, o real problema reside na questão do bem jurídico em tutela pelo tipo penal, pois, no caso, punir-se-ia a mera incompatibilidade de patrimônio injustificada pelo servidor público, a qual, por si só, não poderia ser considerada um bem jurídico penalmente relevante, tendo em vista o princípio da *ultima ratio*, além de configurar uma velada “*presunção de ilicitude*” dos valores em posse do servidor público.

4.3 A execução provisória da pena

Na Medida 4 está prevista a execução provisória da pena, a qual se daria à partir da inclusão de um Parágrafo Único ao artigo 96 da Constituição Federal, o qual informaria que “*Ao proferirem julgamento de mérito em matéria penal, os tribunais de apelação autorizarão, a pedido do Ministério Público, a execução provisória da decisão penal condenatória, para todos os fins, ainda que na pendência de recurso extraordinário ou recurso especial.*”. Não obstante, referida medida acrescentaria o Parágrafo 4º ao artigo 102 e o artigo 105-A, da Constituição Federal, os quais determinariam, respectivamente, que os recursos extraordinário e especial não terão efeito suspensivo.

A justificativa do anteprojeto refere que (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015a, p.44)

Segundo dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, entre 2009 e 2010, foram interpostos 5.300 recursos extraordinários criminais e agravos de instrumento em matéria criminal, o que equivale a 8% do total do período. Destes, apenas 145 foram providos. Esse índice representa apenas 0,22% do total de recursos

extraordinários interpostos no STF em 2009 e 2010. Ainda há que se considerar que, desses 145 recursos, 77 foram providos em favor do Ministério Público e 59 tratavam de execução criminal. Ou seja, apenas 9 (nove) recursos extraordinários criminais foram julgados e providos pelo STF em prol da defesa, antes do trânsito em julgado da condenação. Em apenas um (!) desses RE o STF veio a absolver o réu.

Daí, importante retirar o efeito suspensivo dos RE e dos RESP, por alteração constitucional sugerida, tal como era antes de o STF decidir a questão no HC 84.078/MG. Seria o retorno à lógica sistêmica, presente nos ordenamentos do direito comparado e harmônica com as convenções de direitos humanos, que traria de volta a racionalidade do modelo recursal, de modo a privilegiar as instâncias ordinárias, sem prejudicar o direito ao duplo grau e sem tolher a possibilidade de o réu interpor recurso especial ou recurso extraordinário ou, ainda, impetrar *habeas corpus*, para romper acórdãos abusivos proferidos por cortes regionais federais ou pelos tribunais de Justiça dos Estados.

[...]

Se não bastasse, a garantia da duração razoável do processo e “dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação” não se restringe ao processo civil; é também do processo penal e, neste, não é patrimônio apenas dos acusados, mas também das vítimas e da sociedade. O direito fundamental protegido pelas convenções internacionais de direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, restringe-se à observância do duplo grau, isto é, ao julgamento justo e imparcial em primeira instância e ao reexame com as mesmas qualidades, por um órgão colegiado superior.

Não existe garantia constitucional, convencional ou legal ao quádruplo grau, ou ao reexame sem fim, que suportaria um fantasioso direito fundamental à prescrição, que muitos pensam ler no inciso LV da nossa Constituição.

Opondo-se à referida medida, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em sua divulgação crítica acerca das 10 Medidas de Cobate à Corrupção, contra-argumentou que (TESSARA; LIMA, 2016, p.16)

Em pesquisa promovida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) para o Ministério da Justiça e realizada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas¹, foi constatada uma alta taxa de reversão das decisões dos tribunais de segunda instância em sede de *habeas corpus* no STJ e STF entre 2008-2012.

Ainda maior é o índice de alteração das decisões quando analisados os recursos especiais. No STJ, entre 2014 e 2015, 58,40% dos recursos especiais do Ministério Público foram julgados procedentes, contra um percentual de 14,18% de improcedência. Quando analisados os recursos da defesa, a taxa de sucesso foi igualmente relevante, tendo havido acolhimento do pedido em 45,99% dos casos, contra 15,16% de recursos julgados improcedentes.

Em matéria penal, no período de 2014-2015, a maior parte das decisões do STJ foi de procedência (54,42%), alterando o julgamento do tribunal de segunda instância. Ou seja, em mais da metade de todos os casos penais, o STJ reconheceu ter havido erro do tribunal de justiça.

Analisando-se apenas os recursos defensivos, quase metade deles foi acolhida, alterando a situação do indivíduo ou para inocentá-lo, ou para corrigir eventual pena aplicada em excesso pelo juiz ou tribunal de segunda instância.

Ressaltou, por fim, que a despeito do argumento de que os recursos da defesa são meramente protelatórios e levariam a impunidade dos criminosos, “41% dos recursos da

Defensoria Pública do Rio de Janeiro e em 64% dos recursos da Defensoria Pública de São Paulo foi reconhecida alguma injustiça”, o que, por si só, demonstra que os recursos não eram protelatórios e, em verdade, buscavam corrigir injustiças e excesso na punição (TESSARA; LIMA, 2016, p. 21).

Por outro lado, Afrânio da Silva Jardim propõe que algo seja feito para que o nosso processo penal tenha alguma efetividade, *“para que as instituições com ele envolvidas não fiquem desmoralizadas perante a opinião pública, ou seja, para que tudo não fique num ridículo faz-de-contas.”*, propondo, para tanto, uma análise *“não dogmática, mas de política processual”*, referindo que se deve passar por uma *“interpretação razoável”* do princípio da presunção de inocência, o qual garante que o ônus da prova será todo da acusação, mas não a suspensão da execução do acórdão condenatório, o qual não presume nada, e sim afirma que o réu efetivamente teria praticado uma conduta delituosa. Além disso, salienta que os recursos superiores não tem efeito suspensivo, o que reforçaria tal entendimento. Por fim, apresenta como possível solução, uma reforma da Constituição Federal, transformando o recurso especial e o recurso extraordinário em ações autônomas de impugnação, ações essas que pressupõem o trânsito em julgado do acórdão impugnado (2016, p. 3).

Sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, ao indeferir as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância. O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

O voto do Ministro relator Marco Aurélio foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber e pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Melo, e parcialmente acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli, que votaram no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada, argumentando, em suma, ser incompatível a execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente, garantido pela Constituição Federal e pela lei penal, especialmente porque a presunção de inocência seria uma conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado, um valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Além disso, conforme o Ministro Celso de Mello ponderou em seu voto, o entendimento contrário

refletiria “preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais”. (p. 4, ADC 43 MC/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-10-2016).

Por outro lado, divergiram desse entendimento os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luis Fux, Gilmar Mendes e a Ministra Carmen Lúcia, argumentando, em resumo, que a Constituição não teria a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta; que a execução provisória é meio legítimo para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados, pois a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura; que “A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país”, sendo que “O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social”, (p. 6, ADC 43 MC/DF, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 5-10-2016) e que é no julgamento da apelação que se encerra o exame de fatos e provas e, portanto, é nele que se concretizaria o duplo grau de jurisdição, além de que o sistema estabeleceria um progressivo enfraquecimento da ideia de presunção de inocência com o prosseguimento do processo criminal, havendo diferença entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau.

Dessa forma, embora decidida a questão pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância, pretende este modesto estudo apresentar sua análise. Vejamos o que dispõe o artigo 5º, incisos LIV e LVII, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Em complemento, vejamos o artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Da redação desses dispositivos surgem as prisões em flagrante; temporária; preventiva ou processual; e em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado. Todavia, tendo em vista os limites propostos neste trabalho, não serão abordadas as prisões distintas da prisão decorrente de sentença condenatória, mas tão somente a execução provisória da pena e o que for necessário para sua distinção da prisão cautelar.

Nesse aspecto, ressalta-se que a prisão processual, de natureza cautelar, é decretada com fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal e trabalha na dicotomia da liberdade provisória e da prisão preventiva, ao passo que a execução provisória da pena decorre da sentença condenatória não transitada em julgado. Por conta disso, a sentença condenatória, ainda que pendente de condição resolutive (possibilidade de reforma pelas instâncias superiores) submete aquele que é executado provisoriamente ao cumprimento de pena e, por isso, faz jus o regime de direitos previsto na Lei de Execuções Penais.

Feitas essas distinções, diante da clareza da redação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, é notável a incompatibilidade da prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível com o princípio da presunção de inocência. Como se vê, a distinção entre aquele que cumpre pena e aquele que é submetido à execução provisória da sentença penal recorrível é que, nesta, não há o lançamento do seu nome no rol dos culpados e a anotação de antecedentes criminais até que se cumpra a condição resolutive decorrente da pendência de julgamento do recurso. Trata-se, portanto, de um esvaziamento do conceito inserido no princípio da presunção de inocência, sustentado por argumentos superficiais, como a “interpretação razoável” da presunção de inocência, o cumprimento das “expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país” e a “razoável duração do processo”, ou por cálculos do percentual de reforma das decisões pelos tribunais superiores. Mais do que isso, o Estado acaba por violar um importante compromisso das democracias liberais: a crença de que o sistema de justiça criminal está destinado a garantir que nenhum inocente seja punido, ainda que isso signifique impunidade de algum culpado.

4.4 A votação do Projeto de Lei n. 4.850/2016

Em 29 de março, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.850/2016, o qual estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos, contemplando, integralmente, as propostas da Campanha 10 Medidas de combate à corrupção, contando com o referendo de 2.028.263 assinaturas. Apesar do referido Projeto de Lei tratar essencialmente uma Lei de Iniciativa Popular, o seu registro se deu como de proposição avulsa, de autoria do Sr. Antônio Carlos Mendes Thame e outros. As repercussões pertinentes ao assunto serão oportunamente abordadas ao final deste capítulo.

Na virada dos dias 29 e 30 de novembro de 2016, foram apresentadas 12 (doze) emendas ao Projeto de Lei 4.850/2016, as quais, depois de votadas, resultaram na redação final aprovada com 450 (quatro centos e cinquenta) votos a favor, 1 (um) contra, e 3 (três) abstenções. Na redação final, poucos pontos do projeto original foram mantidos pelos parlamentares que desfiguraram o espírito original do projeto, porquanto foram suprimidas 6 (seis) das 10 (dez) medidas, sendo que, nenhuma das 4 (quatro) restantes fora integralmente aprovada.

Nesse contexto, das medidas ora analisadas, o teste de integridade e a execução provisória da pena foram excluídos do Projeto de Lei, restando somente a criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos que, embora aprovada a inclusão do Artigo 312-A no Código Penal, para tipificar como crime o enriquecimento ilícito, sofreu grandes alterações, como a supressão da expressão “*emprestar, alugar, ceder, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual*”, bem como toda a matéria que tratava sobre a extinção de domínio de bens e propriedades do réu, mesmo que obtidas de forma ilícita.

Não obstante, foi discutida e aprovada medida de responsabilização de juízes e promotores, por meio da tipificação de diversos atos, tais como “*promover a instauração de procedimento, civil ou administrativo, em desfavor de alguém, sem que existam indícios mínimos de prática de algum delito*”, ou “*expressar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de atuação do Ministério Público ou juízo depreciativo sobre manifestações funcionais, em juízo ou fora dele, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério*”, como crime de abuso de autoridade, cominando-se, para tanto, penas de seis meses a dois anos e multa.

A força-tarefa da Lava-Jato divulgou em nota seu repúdio aos atentados contra a independência do Ministério Público e do Poder Judiciário com a tentativa dos parlamentares de *“aterrorizar procuradores, promotores e juízes em seu legítimo exercício da atividade de investigação, processamento e julgamento de crimes, especialmente daqueles praticados nas mais altas esferas de poder.”* (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016).

Posteriormente, em 14 de dezembro de 2016, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, deferiu liminar no Mandado de Segurança MS 34530, impetrado pelo deputado Eduardo Bolsonaro, para suspender os atos referentes à tramitação do projeto de lei de iniciativa popular de combate à corrupção, pois, segundo o Ministro, haveria uma multiplicidade de vícios na tramitação do Projeto De Lei n. 4.850/2016 e, por isso, a proposta legislativa deve retornar à Câmara dos Deputados, ser reatuada e tramitar de acordo com o rito estabelecido para projetos de iniciativa popular, especialmente por causa da exigência de que (p. 5, MS-MC 34530/DF, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 17-02-2017).

(...) o projeto de lei de iniciativa popular seja debatido na sua essência, interditando-se emendas e substitutivos que desfigurem a proposta original para simular apoio público a um texto essencialmente distinto do subscrito por milhões de eleitores. Note-se que, nos termos do art. 57, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a Comissão, ao apreciar qualquer matéria, pode: (i) propor a sua adoção ou a sua rejeição total ou parcial; (ii) sugerir o seu arquivamento; (iii) formular projeto dela decorrente; (iv) dar-lhe substitutivo; e (v) apresentar emenda ou subemenda. Já o art. 191, ao tratar do processamento da votação, dispõe que o substitutivo de Comissão tem preferência na votação em relação ao projeto, sendo que a aprovação do primeiro torna prejudicado o segundo (incisos II a IV). Dessa maneira, antes que seja submetido a qualquer reflexão aprofundada na Casa legislativa, o projeto é extirpado em seu nascedouro quando é apresentado um substitutivo por proposta de parlamentar, não sendo sequer apreciada e rejeitada a formulação popular.

No que diz respeito à Emenda de Plenário número 4, que trata sobre os crimes de abuso de autoridade de Magistrados e Membros do Ministério Público, refere o Ministro que, *“para além de desnaturação da essência da proposta popular destinada ao combate à corrupção, houve preocupante atuação parlamentar contrária a esse desiderato, cujo alcance não prescinde da absoluta independência funcional de julgadores e acusadores.”*, tornando, a liminar deferida, sem efeito qualquer ato, passado ou superveniente, praticados pelo Poder Legislativo em contrariedade àquela decisão. (p. 10, MS-MC 34530/DF, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 17-02-2017).

Por fim, em 17 de fevereiro de 2017 o referido Ministro julgou extinto o MS 34530, em razão dos ofícios encaminhados pelos presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, informando o cumprimento da liminar que determinava que o Projeto de Lei 4.850/2016 retornasse à Câmara para que tramitasse de acordo com o rito estabelecido para projetos de iniciativa popular.

Desse modo, o Projeto de Lei que contempla as 10 medidas de combate à corrupção teve sua tramitação e votação na Câmara dos Deputados tornada sem efeito, o que significa a realização de uma nova tramitação, conforme previsto no rito de projetos de lei de iniciativa popular, bem como uma votação do projeto em sua integralidade, ou seja, sem emendas ou substitutivos que desfigurem a sua essência.

5 CONCLUSÃO

Este estudo teve por finalidade apresentar não apenas uma reflexão acerca de algumas das 10 medidas de combate à corrupção, mas, também, do papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito e, especialmente, no que se refere à sua atuação e no seu dever de lutar pela constitucionalização de um processo penal que atualmente é marcado por vários ranços dogmáticos de origem inquisitiva.

Percebe-se que as medidas aqui analisadas, embora drásticas, são bem fundamentadas e atendem ao anseio da população pelo fim da impunidade e da corrupção. Entretanto, no contexto brasileiro, onde vige um processo penal nitidamente inquisitivo, a implementação dessas medidas seria algo trágico. Isso porque o Ministério Público é órgão de soberania estatal, fazendo parte do sistema de freios e contrapesos do Estado, com função fiscalizadora, além de autêntico órgão de defesa social, atuando em nome da sociedade brasileira e do Estado Democrático de Direito. É mais do que indicada a sua atuação buscando obter o apoio popular em projetos de lei, mas jamais sendo eles voltados contra a própria população em favor de sua atuação funcional. Sem dúvida, o sistema jurídico deve se revestir de toda a estrutura e autonomia para realizar seu mister à contento, mas não há medidas que, em nome do que quer que seja, justifiquem a violação das garantias dos cidadãos brasileiros.

Em que pese a necessidade de se enfrentar as mazelas públicas, não se pode descartar as garantias fundamentais inerentes ao devido processo. O princípio da presunção de inocência, em conjunto à questão do ônus da prova, são os principais elementos para a distinção entre um processo democrático ou não. Em tempos de mais uma tentativa de reforma da legislação processual penal, não há mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro para um processo penal em que não se reconhece o estado natural de inocência; que o acusado não é apenas objeto de investigações, mas também sujeito de direitos dentro do procedimento destinado a apurar a procedência ou não da pretensão punitiva do Estado, que carrega todo o ônus da prova; e que ao juiz é reservado a função de julgar as pretensões deduzidas pelas partes, ficando equidistante dos conflitos existentes no processo.

O esvaziamento do conceito inserido no princípio da presunção de inocência acaba por violar um importante compromisso das democracias liberais: a crença de que o sistema de justiça criminal está destinado a garantir que nenhum inocente seja punido, ainda que isso signifique impunidade de algum culpado.

Não se ignora, todavia, que as medidas em questão poderiam ser de grande eficiência num sistema processual penal em que as garantias do acusado fossem efetivamente levadas a efeito, motivo pelo qual não se pretendeu, aqui, oferecer análise sobre a real eficácia ou legitimidade das medidas. Antes, espera-se contribuir para o debate crítico de políticas criminais, o que só será possível após o mínimo, isto é, a observância das garantias constitucionais (penais), pois, quando um imputado inocente tem razão de temer o processo penal de seu país, fica assinalada a falência da função da jurisdição penal e dos valores políticos que a legitimam, e é justamente esse temor que as medidas causam àqueles que têm ciência de que o processo penal é um instrumento de garantias e não de repressão.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Claudio Tenorio Figueiredo. O Ministério Público e a implementação de políticas públicas – Dever institucional de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. In: VILELLA, Patrícia (Coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-22.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel; MEDEIROS, Humberto Jacques de; BARBOZA, Marcia Noll. *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil*. Brasília: Ministério Público Federal, 2006.

BONATO, Gilson. Por um efetivo ‘devido processo penal’. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 5, p. 29-42, jan./jun. 2001).

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 4850/2016. Estabelece medidas conta a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>
Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal: 1º de outubro de 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.530.

Impetrante: Eduardo Nantes Bolsonaro. Impetrado: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Luiz Fux: 14 de outubro de 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ms34530.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BULOS, UADI LAMMÊGO, *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSATO, Paulo César. De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias. Um Estudo sobre os Sujeitos no Processo em um Sistema Acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Coord.). *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. 103-123.

CALABRICH, Bruno. *Teste de integridade: aplicação, críticas e constitucionalidade*. out. 2016. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/teste-de-integridade-bruno-calabrich.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMBI, Eduardo. Independência funcional e planejamento estratégico do Ministério Público. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 14, n. 24, p. 86-137, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1240/Independ%C3%Aancia%20funcional.pdf?sequence=1>>. Acesso em 2 ago. 2016.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Garantias constitucionais e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. *O crime de enriquecimento ilícito: compatibilidade com o ordenamento brasileiro*. 2016. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/crime-de-enriquecimento-ilicito-pedro-jorge.pdf/at_download/file>. Acesso em: 6 mar. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: as 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, dez. 2015. Boletim 277. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5668MPFAs10medidascontraacorrupcaosaosoadas>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p. 3-55.

_____. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Coord.). *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. 1-17.

CROZARA, Rosberg Souza. Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Preunção de Inocência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Coord.). *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. 271-287.

CRUZ, Flávio Antônio da. Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, dez. 2015. Boletim 27. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5669-Teste-de-integridade-e-sigilo-da-fonte-exame-critico>. Acesso em: 24 abr. 2017.

FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GODINHO, Robson Renault. A admissibilidade da tutela jurisdicional e a efetividade dos processos envolvendo políticas públicas. In: VILELLA, Patrícia (Coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 173-196.

GRECO, Luís. MPF: Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, dez. 2015. Boletim 277. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5670Reflexoesprovisoriassobreocrimedeenriquecimentoilicito>. Acesso em: 2 mar. 2017.

GUIMARAES, Raquel Beatriz Junqueira (Coord.). *Ética e corrupção: dilemas contemporâneos*. Belo Horizonte: Ed. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2013.

INACARATO, Márcio Antônio. O Ministério Público na ordem jurídico-constitucional. *Justitia*, São Paulo, v. 66, n. 60, p. 81-131, jul./set. 1969. Número especial. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/zy6b5c.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Presunção de inocência e o processo penal que precisa ter eficácia*. 2016. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/prisao-execucao-provisoria-afranio-jardim.pdf/view>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

_____. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Marina Magalhães; BARATA, Ana Paula Calandrini. *Prevenção à corrupção*,

transparência, e proteção à fonte de informação – crítica apenas ao teste de integridade. In: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *10 medidas em xeque: uma análise crítica das propostas de combate à corrupção*. set. 2016. p. 3-5. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d8a82703a08b4a4096424c576bdf239.pdf>. Acesso em 21 de abr. 2017.

MARQUES, José Frederico; FERRARI, Eduardo Reale (Coord.). *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. *10 medidas contra a corrupção*. 2015a. Disponível em: < http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 23 de fev. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. *10 medidas contra a corrupção*. 2015b. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/objetivo-geral-das-propostas>>. Acesso em: 23 de fev. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. *10 medidas contra a corrupção*. 2015c. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/assinometro>>. Acesso em: 26 de fev. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Em nota, força-tarefa da Lava Jato manifesta repúdio à Lei do Terror contra juízes e Ministério Público. Paraná, 29 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/forca-tarefa-manifesta-repudio-a-lei-do-terror-contra-juizes-e-ministerio-publico>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

MOREIRA, Rômulo. Teste de integridade proposto pelo MPF e incompatível com a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-24/romulo-moreira-teste-integridade-mpf-inconstitucional>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

NOGAMI, Gustavo. Breves considerações acerca do controle ministerial sobre as políticas públicas. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas aprofundados do Ministério Público Federal*. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 47-92.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAGAN, Janaína Vaz Candela. Políticas públicas, ministério público e educação inclusiva: questões acerca da escola democrática. In: VILELLA, Patrícia (Coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 115-136.

PANOEIRO, José. *O delito de enriquecimento ilícito como estratégia para o combate à corrupção: considerações, críticas e reflexões político-criminais*. 2016. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/crime-de-enriquecimento-ilicito-jose-panoeiro.pdf/view>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RITT, Eduardo. O Ministério Público brasileiro como guardião dos direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 74, p. 31-59, jul.-set 2003. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401214363.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. *Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8724/1/Roberto%20Ferreira%20Archanjo%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. As medidas Cautlares Pessoais no Projeto de Código de Processo Penal – PLS nº 156/2009: Uma Leitura a Partir do Princípio da Presunção de Inocência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo

Grandinetti Castanho de (Coord.). *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. 247-270.

STRECK, Lênio Luiz. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator Minority Report. *Revista Consultor Jurídico*, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorruptao-mpf-fator-minority-report>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TESSARA, Carolina; LIMA, Thais dos Santos. Execução provisória ou antecipada da pena. In: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *10 medidas em xeque*: uma análise crítica das propostas de combate à corrupção. set. 2016. p. 15-21. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d8a82703a08b4a4096424c576bdff239.pdf>. Acesso em 21 de abr. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL CORRUPTION PERCEPTIONS ÍNDEX. Disponível em: <http://www.transparency.org/country/#BRA_DataResearch >. Acesso em: 4 dez. 2015.