

A (Des) Vinculação do Magistrado ao Pedido de Absolvição do Réu Pugnado Pelo Ministério Público em Ação Penal Pública¹

Lucas Gabriel Corrêa Nogueira²

Rafael Fecury Nogueira³

RESUMO

O presente trabalho trata da desvinculação do magistrado ao pedido de absolvição do réu pugnado pelo Ministério Público em ação penal pública. Com o intuito de constatar se a manifestação do Ministério Público pela absolvição do réu em ação penal pública vincula o magistrado, a partir da análise crítica do artigo de 385 do Código de Processo Penal. Utiliza-se a pesquisa teórica, especialmente, dos meios bibliográficos, documentais e jurisprudenciais, propondo-se analisar o papel Ministério Público, e os limites de sua atuação no processo penal brasileiro, e analisar a vinculação do magistrado em face de manifestação pela absolvição do Ministério Público, a partir da ótica de correntes doutrinárias antagônicas.

Palavras-chave: *Desvinculação. Absolvição. Réu. Ação penal pública.*

¹ Data de recebimento: 29/04/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). E-mail: lucasnogueira.direito@outlook.com.

³ Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Professor de Direito Processual Penal da Universidade da Amazônia (UNAMA); parecerista da Revista Brasileira de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); parecerista da Revista Brasileira de Direito Processual Penal (RBDPP). E-mail: rafaelfecury@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a desvinculação do magistrado ao pedido de absolvição do réu pugnado pelo Ministério Público em ação penal pública, e como problema de pesquisa a seguinte indagação: a manifestação do Ministério Público pela absolvição do réu em ação penal pública vincula o magistrado? Acerca do objeto referenciado levantam-se as seguintes questões norteadoras: há limites para o livre convencimento do juiz? qual a natureza da atuação do Ministério Público ao se manifestar pela absolvição do réu? O presente objeto de estudo se insere na área do Direito Processual Penal.

O referido estudo se justifica em face da ampla divergência doutrinária existente sobre o tema, e da repercussão jurídica que o artigo 385 do Código de Processo Penal proporciona, especialmente, após o Texto Constitucional de 1988, que passou a prever o Ministério Público como titular privativo da ação penal pública em possível descompasso com aquele dispositivo infraconstitucional.

Com o estudo, pretende-se, como objetivo geral, confrontar o artigo 385 do Código de Processo Penal com a nova ordem constitucional, a fim de demonstrar se o magistrado está ou não adstrito à manifestação do Ministério Público pela absolvição do réu em ação penal pública. Sobre os objetivos específicos, que definem a estrutura teórica, analisar-se-á o papel do Ministério Público como instituição essencial à Justiça, percorrendo o papel que lhe foi atribuído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e suas limitações no processo penal, além de analisar se a decisão judicial no sentido da condenação do réu em face de existência do pedido de absolvição pelo Ministério Público conforma-se com o Texto Constitucional, a partir da ótica de correntes doutrinárias antagônicas.

Quanto à metodologia, o tipo de pesquisa utilizado foi a teórica. A análise aplicada é a qualitativa, tendo como tipos de pesquisa a

bibliográfica, documental e jurisprudencial. O método utilizado na pesquisa é o dedutivo, partindo-se de características gerais do processo penal, e para compreender a possibilidade contida no artigo 385 do Código de Processo Penal.

O presente artigo se estrutura em duas partes. A primeira parte, intitulada o Ministério Público e os limites de sua atuação no processo penal, aborda o tratamento dispensado ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, alçando o Órgão Ministerial a patamar inédito, fortalecendo tanto a atuação do órgão ministerial quanto de seus membros. Ademais, pormenoriza a atuação do Ministério Público, no âmbito da relação processual penal, já que este atua ora como autor (parte), na ação penal pública, ora como interveniente, na ação penal privada, além de explorar os limites de atuação do órgão ministerial.

A segunda parte, com o título a vinculação do magistrado em face de manifestação pela absolvição do Ministério Público, analisa a existência, ou não, de vinculação do juiz à manifestação do Ministério Público pela absolvição em ação penal pública.

O tema é controverso e desafia a doutrina na busca de respostas para compreender o artigo 385 de forma sistemática e crítica, objetivando este artigo contribuir com o debate doutrinário encetado na doutrina pátria.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO NO PROCESSO PENAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, caput). Tal definição é inovadora em relação às Constituições anteriores, já que alçou a Instituição a patamar inédito

(função essencial à Justiça), fortalecendo tanto a sua atuação, quanto as prerrogativas funcionais de seus membros.

Os poderes, garantias e funções asseguradas pelo Constituinte de 1988 ao Órgão Ministerial são tamanhas que, sem dúvida alguma, ele se personifica como o grande defensor da sociedade, e do regime democrático de direito. Assim sendo, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Celso de Mello, o Ministério Público:

(...) representa o órgão especialmente incumbido, pela própria Constituição, de impedir que o abuso de poder, que a prepotência dos governantes, que o desrespeito às liberdades públicas, que a transgressão ao princípio da moralidade administrativa e que a ofensa aos postulados estruturadores do Estado Democrático de Direito culminem por gerar inadmissíveis retrocessos, incompatíveis com o espírito republicano e com a prática legítima do regime democrático. (MELLO, 2017, pag.3).

Hugo Mazzilli (MAZZILLI, 1998) vai além, e afirma que o Constituinte de 1988, ao conferir tratamento singular ao Ministério Público, quase o elevou ao status de um quarto poder sem qualquer vinculação ou subordinação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também inova ao instituir os princípios institucionais do Ministério Público, em seu art. 127, parágrafo primeiro, a saber: unidade, pois, integra um só órgão e há um só chefe; indivisibilidade, pois, permite que integrantes do Ministério Público possam ser substituídos uns pelos outros, na forma da lei, e a independência funcional, que garante a atuação do membro do Ministério Público vinculado à sua consciência e à lei. Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, o cidadão passou a contar com um órgão independente, que postula em juízo e administrativamente em defesa dos direitos difusos e coletivos, como a educação, proteção dos vulneráveis, direito do consumidor, lei penal, patrimônio público, meio ambiente e urbanismo, infância

e juventude, patrimônio cultural, artístico, paisagístico e probidade da administração.

No que concerne ao processo penal, o Ministério Público é órgão agente da relação processual que atua como autor (parte), e como fiscal da lei na ação penal pública, e como interveniente, na ação penal de iniciativa privada.

Assim sendo, no que diz respeito à atuação do *Parquet* na ação penal pública, nossa Carta Magna de 1988, como regra geral, consagrou de forma clara e precisa (art. 127, I) ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública. “[...] isso significa dizer que uma relação processual somente poderá ter início mediante a provocação da pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva” (LIMA, 2017, p. 1.221/1.222). Logo, o Órgão Ministerial assume o papel de sustentáculo da acusação, consubstanciando o interesse punitivo do Estado. Na mesma esteira, o Código de Processo Penal, em seu artigo 257, I, também dispõem que a promoção da ação penal pública é privativa do Ministério Público.

Com efeito, não há espaço para dúvidas acerca da opção do Constituinte de 1988 pelo sistema processual penal acusatório, já que este conferiu a órgão distinto do poder judiciário a tarefa de promover a persecução penal, objetivando assegurar a integridade do modelo acusatório. Garantindo, porém, os poderes do juiz de gerenciador do processo, por meio do impulso oficial, sem que sua imparcialidade possa ser afetada.

Ademais, com a CRFB/88, é extinto o denominado processo judicialiforme, que possibilitava à autoridade policial ou judiciária dar início ao processo penal sem qualquer provocação, mas por ofício, por meio da *ação penal ex officio*. Tal mecanismo feria de morte a parcialidade e equidistância do juiz. A referida possibilidade era expressamente prevista no Código de Processo Penal, em seus revogados artigos 26 e 531.

Desde a Constituição Federal de 1988, há consenso jurisprudencial

e doutrinário de que tais dispositivos não teriam sido recepcionados pela nova Carta Magna, ante a atribuição privativa da ação penal pública ao Ministério Público. Contudo, o artigo 26 do CPP não foi revogado expressamente – apenas tacitamente. Enquanto que o artigo 531 do CPP foi expressamente revogado pela Lei nº 11.719/08. Assim, quando o Ministério Público se qualifica como autor na relação processual penal, atua em direito próprio como substituto processual, ainda que defenda em nome próprio, direito ou interesse alheio.

Em relação à ação penal pública, em regra será incondicionada, *i.e.*, sem qualquer condição legal. Contudo, poderá ser condicionada, *i.e.*, a atuação do Ministério Público se condicionará à representação do ofendido, ou à requisição do Ministro da Justiça para ser iniciada (artigo 24, do Código de Processo Penal). Em ambos os casos, o oferecimento da denúncia não se dará de forma automática, dependendo da existência de seus requisitos indeclináveis: as condições da ação e a justa causa penal.

Há uma exceção quanto à promoção privativa da ação penal pública pelo Ministério Público, pois, segundo o artigo 5º, LIX, da Constituição Federal de 1988 passou a prever a ação penal privada nos crimes de ação penal pública, quando esta não for intentada dentro do prazo legal, ou seja, é a solução apresentada em face da inércia do Órgão Ministerial. Tal ação é denominada de ação penal privada subsidiária da pública, e já era prevista tanto no Código Penal (art. 100, § 3º), quanto no Código de Processo Penal (art. 29, CPP).

Finalmente, cumpre destacar que se a ação penal pública é atribuição privativa do Ministério Público, devem-se analisar os requisitos necessários para o oferecimento da denúncia. Tal atribuição decorre do princípio “da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 371), quais sejam: interesse de agir, legitimidade de partes e justa causa para a ação penal. Não dispondo dos requisitos necessários, deve o Ministério

Público requerer o arquivamento do inquérito policial ao juízo.

Ressalta-se que decorrente do princípio da Indisponibilidade, “não apenas está o MP obrigado a denunciar (ou pedir arquivamento), senão que, uma vez iniciado o processo, não pode ele desistir, dispor da ação penal” (LOPES JR, 2014, pag. 373). Logo, não poderá o Ministério Público desistir da ação penal, consoante o artigo 42, do CPP.

Já no que toca à ação penal de iniciativa privada, o Ministério Público atuará como interveniente, quando assim, se qualificará como fiscal da ordem jurídica (art. 257, II, CPP), ou seja, como *custos legis* (fiscal da lei). Assim sendo, o Ministério Público zelarà pela correta aplicação da lei e da Constituição nas ações penais públicas e privadas, nas quais se impõem a presença do Órgão Ministerial ao longo do processo. Veja-se que, nessa condição, na ação penal privada, o Ministério Público poderá aditar a queixa-crime (artigo 45, CPP), para a inclusão de circunstâncias de tempo, lugar e *modos operandi*, coautores e partícipes, porém, não poderá incluir outros fatos delituosos.

Ressalta-se que mesmo quando atua como parte, incumbe ao Ministério Público o zelo pela perfeita execução da lei e da Constituição, tanto é que ele próprio poderá pugnar pela absolvição do réu e, até mesmo, impetrar *Habeas Corpus* em favor do acusado, quando necessário, conforme artigo 654, *caput*. CPP. Assim sendo, não pairam dúvidas acerca do papel de destaque desempenhando pelo Ministério Público no âmbito processual penal.

No curso da investigação, cabe ao Ministério Público o controle da atividade policial (artigo 129, VII, CRFB/88), pois “a atividade de controle exercida pelo Ministério Público decorre do sistema de freios e contrapesos previsto no regime democrático” (LIMA, 2017, p. 196). Tal controle externo não é sinônimo de uma subordinação hierárquica, ou ausência de independência da atividade da polícia judiciária, mas uma espécie de controle de legalidade da atuação policial.

Deve-se ter claro que, mesmo sendo o Ministério Público um dos

responsáveis pela manutenção da ordem jurídica no Estado, este não é uma instituição superpoderosa, sem limites. O Ministério Público possui limitações de atuação de ordem legal, como por exemplo, não pode quebrar o sigilo telefônico de investigados sem autorização judicial, já que a própria CRFB/88 assegura em seu artigo 5º, XII, o sigilo das comunicações telefônicas, e que, para seu afastamento, torna-se imperiosa e imprescindível a autorização judicial. Na mesma esteira, como regra, não poderá o Ministério Público quebrar o sigilo bancário de investigados sem autorização, pois este decorre do direito fundamental à privacidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593727, com repercussão geral, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover investigações de natureza penal de forma autônoma, e definiu requisitos para atuação do Órgão Ministerial em tais investigações. Logo, fixou limites para atuação do Ministério Público, o que evidencia que o *Parquet* pode muito, mas não pode tudo. Senão vejamos parte do voto da lavra do Ministro Celso de Mello ao aduzir que:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, notadamente naqueles casos que tratem de ofensa ao patrimônio público ou que se refiram a integrantes dos organismos policiais supostamente envolvidos em práticas criminosas, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob a investigação do Estado, observadas, necessariamente, pelos agentes do Ministério Público, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, especialmente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade, sempre presente no Estado democrático de Direito, do permanente controle jurisdicional dos atos praticados pelos membros do Ministério Público (Promotores de Justiça e Procuradores da República). (MELLO, 2015, p. 282).

Todavia, mesmo após a fixação da tese acima, pelo Supremo

Tribunal Federal, ainda há resistência doutrinária a investigações criminais promovidas, exclusivamente, pelo Ministério Público sob o argumento de que a atividade investigatória seria exclusiva da Polícia Judiciária, não sendo o Ministério Público dotado do poder de presidir inquéritos, mas sim, de requisitar diligências e instauração de inquérito. Logo, tais investigações do Órgão Ministerial atentariam contra o sistema acusatório, pois criariam um desequilíbrio na paridade de armas, já que haveria uma concentração de medidas judiciais excessivas apenas para uma parte, e esta, ao investigar, poderia direcionar investigações para confirmar convencimento já formando.

Assim, é inegável que o tratamento dispensado ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 representou um marco significativo na consolidação de uma das instituições mais fortes e independentes de nosso regime democrático.

3 A VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO EM FACE DE MANIFESTAÇÃO PELA ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O artigo 385 do Código de Processo Penal dispõe, em sua primeira parte, que, em ação penal pública poderá o juiz condenar o réu mesmo quando o Ministério Público pugnar pela sua absolvição. Esse dispositivo é controverso, pois, confronta a função do Ministério Público com os limites da atuação do juiz no processo penal brasileiro, chegando-se mesmo a ser questionada a sua constitucionalidade em face do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988.

Após o Texto Constitucional de 1988, estabelecendo a função do Ministério Público no processo penal, e no ordenamento jurídico como um todo, tem-se travado um amplo e interessante debate doutrinário acerca da (im) possibilidade de condenação, quando o *Parquet* se manifestar pela absolvição do acusado.

Entendendo ser vedado ao juiz condenar, quando o Ministério

Público pugnar pela absolvição, entende Aury Lopes Junior que o exercício do poder punitivo do Estado está condicionado à provocação do Ministério Público, por meio da pretensão acusatória. Logo, não pode o juiz condenar o réu, quando o Ministério Público se manifesta pela absolvição, sob pena de exercer o poder punitivo sem a provocação devida. Para esse autor:

O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, sem o seu pleno exercício, não se abre a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo está condicionado à inovação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo o pedido de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. (LOPES JUNIOR, 2014. p. 1.143).

Para chegar a tal conclusão (Aury Lopes Jr. (2014), perfila o raciocínio no qual, na ação penal pública, o Estado exerce duplo papel: acusação, por meio do Ministério Público, e julgamento, por meio do juiz. Logo, há nítida e concreta separação de suas atribuições – que deve ser respeitada do início ao fim do processo, sendo que a gestão das provas deve estar nas mãos das partes. Assim, quando o Ministério Público pede a absolvição do réu, equivale à não apresentação de pretensão acusatória, cabendo ao órgão julgador aderir ao entendimento ministerial, já que sem acusação não há exercício do poder punitivo.

Igualmente, Paulo Rangel (RANGEL, 2015, p. 64) defende o confronto do artigo 385 do CPP com o sistema acusatório. Sustenta seu posicionamento, perpassando inicialmente sobre a imparcialidade do juiz e a investigação probatória, já que o magistrado estaria impedido de investigar prova em desacordo da pretensão do autor, pois se assim o fosse, comprometeria sua imparcialidade, e atuaria como

parte. Ressalta que mesmo a investigação probatória em nome da verdade real processual, não autorizaria o juiz a decidir de forma contrária à pretensão autoral, senão para beneficiar o acusado com uma sentença absolutória.

Nesta esteira, Paulo Rangel diferencia os conceitos de ação penal, acusação, processo e objeto do processo, para que a partir destes possamos compreender sua posição. Objetiva demonstrar que, quando o Ministério Público se manifesta pela absolvição do réu, estaria deixando de exercer a pretensão acusatória e não desistindo da ação penal. Afirma que:

Há o exercício da ação penal e o MP dele não pode desistir, mas não há mais a acusação: a imputação de infração penal. O MP desistiu da pretensão acusatória do crime descrito na denúncia e não da ação penal. Não podemos confundir ação com processo. A ação deflagra a jurisdição e instaura o processo, porém se esgota quando a jurisdição é impulsionada. Agora, daqui para frente, o que temos é o processo, não mais a ação. Aquela (pretensão acusatória) é que é o objeto do processo penal e aqui é que tudo se resume: objeto do processo. (RANGEL, 2015, p. 65)

Nesse bojo, se a pretensão acusatória deixa de ser exercida, o juiz não poderia exercê-la, assim sendo, deve o réu ser absolvido. O citado autor utiliza as ideias de Aury Lopes Jr para a construção de seu posicionamento, logo, ambos os autores comungam do entendimento de que, quando o Ministério Público deixa de exercer a pretensão acusatória, o objeto do processo deixa de existir (não há pedido), não tendo outro caminho a ser trilhado pelo magistrado que não seja a extinção do processo sem julgamento do mérito (absolvição do réu).

Geraldo Prado também se filia a tal entendimento, porém, sua posição é fundada na violação do contraditório, ao entender que é requisito de validade para a sentença. Assim, quando o Ministério Público pede a absolvição do réu, passa a inexistir resistência entre os polos da relação processual penal, logo, a acusação subtrai do

debate matérias que poderiam ser consideradas desfavoráveis ao réu. Portanto, se há decisão condenatória, a defesa do réu é surpreendida, ofendendo-se, assim, o contraditório. Assim leciona:

Isso não significa que o juiz está autorizado a condenar naqueles casos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal. Pelo contrário. Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. (PRADO, 2006, p. 116).

Observa-se que a construção formulada por Geraldo Prado é mais complexa, em comparação às formulações dos autores anteriores, já que sua ideia fundante reside em uma garantia constitucional, qual seja o contraditório, aliado ao conflito de interesses. Passando ao largo dos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública, e do conceito e exercício da pretensão acusatória.

De outro lado, também, há substancial doutrina que não vislumbra qualquer óbice à possibilidade de o juiz condenar, quando o Ministério Público sustentar a absolvição. Autores clássicos como José Frederico Marques (FREDERICO MARQUES, 2003, p. 34) e Hélio Tornaghi (TORNAGHI, 1995, p. 171), que escreveram suas obras antes do Texto Constitucional de 1988, de forma simplista, já entendiam que o juiz poderia condenar o réu mesmo em face de manifestação absolutória do Ministério Público.

Modernamente nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci sustenta que o juiz é livre para apreciar o conjunto probatório e proferir sua decisão, com independência, não subordinado a qualquer manifestação do Ministério Público. Assim leciona que:

(...) do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto

da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está o juiz fadado a absolver o réu, se as provas apontam em sentido contrário. (NUCCI, 2014, p. 613).

Veja-se que esse autor defende, com vigor, a independência do juiz, asseverando o respeito aos princípios obrigatoriedade e da indisponibilidade na ação penal pública. Ademais, sustenta que a partir do recebimento da inicial acusatória, estaria o magistrado impelido, por conta do princípio do impulso oficial, a conduzir o processo a uma decisão final de mérito. “(...) E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, conseqüentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la”. (NUCCI, 2014, p. 613). Portanto, em sede de ação penal pública deve haver prevalência do interesse público na persecução.

Do mesmo modo, Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior de Amorim defendem que o juiz poderá proferir sentença condenatória em face de manifestação de absolvição pelo Ministério Público, sustentando que a redação do artigo 385 do CPP é clara e técnica, logo cabe ao Ministério Público apenas opinar sobre os pedidos já formulados na denúncia, não podendo desistir do pedido. Assim, todas as demais manifestações apresentadas pelo órgão ministerial não teriam o condão de retirar o pedido formulado na exordial acusatória, pois seria consequência lógica do princípio da indisponibilidade da ação penal. Segundo os autores:

Na verdade, o mencionado art. 385 do Código de Processo Penal não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da Ação Penal Pública (art. 42, CPP). O pedido de condenação não é retirado, sendo que, nas alegações finais, apenas se dá um ‘parecer’ sobre a pretensão punitiva estatal, que está manifestada na denúncia e nela permanece. (SILVA JARDIM; COUTINHO, 2016, p. 81).

Ademais, Afrânio Silva Jardim (SILVA JARDIM, 2016) critica os doutrinadores que entendam de modo diverso, pois tal questionamento só teria surgido depois de 70 anos de vigência do Código de Processo Penal. Para ele seria desarrazoado que um parecer do Ministério Público vinculasse o magistrado, pois a manifestação do *Parquet* não vincularia os sujeitos da relação processual penal, e assevera que há sequer vinculação entre os membros do Ministério Público. E arremata seu entendimento, afirmando que, estando o juiz vinculado à manifestação do Ministério Público, quem estaria absolvendo o réu seria o próprio Órgão Ministerial e não o magistrado.

Segundo Afrânio Silva Jardim (2016), a questão é tão absurda que se tal ideia fosse aplicada ao Tribunal do Júri, teríamos uma verdadeira subtração da competência constitucional do Tribunal Popular. Vejamos o que o mesmo escreve sobre o tema:

A questão fica mais complicada nos crimes de competência do Tribunal do Júri. Muitas vezes, em plenário, deixei de sustentar a acusação feita na denúncia e no Libelo (na época existia esta peça processual). Opinei no sentido de que os jurados deveriam absolver o réu. Isto ocorre constantemente em nosso país. Em todas estas vezes, o juiz de direito que preside os julgamentos, formula quesitos sobre os pontos da acusação e da defesa e os submete à apreciação do Tribunal Popular, por força da competência constitucional. Lógico, que na prática, os jurados acabam absolvendo os réus, mas eles poderiam responder os quesitos em desconformidade com o pronunciamento do membro do Ministério Público. Lembro-me de um caso concreto em que não sustentei uma qualificadora e os jurados aceitaram a qualificadora, respondendo 'sim', ao respectivo quesito. Ora, se o pronunciamento do Ministério Público vinculasse o órgão jurisdicional, obrigando-o a absolver o réu, como resolver tal problema? Deveria ao juiz-presidente exigir que os jurados negassem todos os quesitos da acusação? Absurdo. Deveria o juiz de direito subtrair a competência constitucional do Tribunal Popular e ele mesmo absolver o réu, sem ao menos previsão legal? Absurdo.

Na mesma linha, Fernando da Costa Tourinho Filho sustenta que o artigo 385 está diretamente relacionado ao princípio da indisponibili-

dade da ação penal pública previsto no artigo 42 do CPP, defendendo que o juiz não está vinculado à manifestação do Ministério Público, pois se assim o fosse, estaria transferindo ao órgão acusador a decisão final do julgamento. Segundo o autor:

Na verdade, se o Juiz devesse proferir decreto absolutório quando o Ministério Público entendesse conveniente, o direito de punir passaria a pertencer-lhe. Bastaria o Promotor pedir a absolvição e o Juiz, obrigado a atendê-lo. Sendo indisponível a ação penal, não pode o Ministério Público dela dispor. Daí, mesmo que o Promotor postule a absolvição do réu, nada impede que o Juiz profira decreto condenatório. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 964/965).

Observa-se que a corrente doutrinária analisada até agora funda seu posicionamento a partir do princípio da indisponibilidade da ação penal pública e, em menor escala, a partir da independência do julgador.

Enfim, numa perspectiva publicística do processo penal, Marcos Zilli, enfrentando os poderes instrutórios do juiz, mas em raciocínio que pode ser aqui empregado, compreende que:

No equilíbrio de forças potencialmente antagônicas, representado pelo princípio publicístico, espera o Estado que o direito penal seja aplicado de maneira eficaz, o que pressupõe adequado acerto fático. O destino é, pois, imposto ao juiz. (...) Na hipótese em apreço, este 'poder-dever' de acerto, embora de índole discricionária, deve ser articulado sobre a idéia de que o dever condiciona o poder. Ou seja, o exercício eficaz do poder jurisdicional supõe a realização do melhor acerto fático possível. Há, portanto, uma finalidade a ser cumprida e, em torno desta, é mais apropriado falar-se em um dever que se instrumentaliza, de forma indissociável, em vários poderes. (ZILLI, 2003, pp. 119/120).

Vê-se, portanto, que o debate longe está de acabar, pois, o que se vislumbra é o confronto de sistemas e princípios na órbita de atuação do acusador e do julgador.

No modelo de processo penal inspirado pelo sistema acusatório, e de perfil democrático, não faz sentido o julgador, imparcial e inerte por natureza, assumir a acusação, quando o seu titular entende, de forma fundamentada e com base na prova dos autos, ser o caso de absolvição.

A manifestação da acusação pela absolvição do acusado esvazia o conteúdo acusatório, fazendo com que passe a inexistir acusação e, assim, não pode haver condenação. Embora a pretensão punitiva pertença ao Estado-juíz, é indissociável da pretensão acusatória.

Ademais, o princípio da indisponibilidade da ação penal, muito utilizado, não obriga o acusador a acusar e nem impõe ao juiz que condene, quando o Ministério Público se manifestar pela absolvição. O que esse princípio estabelece é a vedação ao Ministério Público de desistir, abandonar a acusação no curso da instrução, *i.e.*, quando a instrução não tiver sido encerrada. Após o termino da instrução o Ministério Público pode dispor da acusação que realizou por meio do pedido de absolvição em alegações finais.

O pedido de absolvição do Ministério Público em alegações finais não é outra coisa senão a disposição da acusação após o encerramento da instrução. Trata-se de um jogo de palavras do Código de Processo Penal proibir o Ministério Público de “desistir” da ação penal e lhe permitir, ao fim, sustentar a absolvição do acusado. A indisponibilidade da ação penal proíbe o Ministério Público apenas de requerer o arquivamento precoce da acusação, não o proibindo, contudo, de o fazer após o fim da instrução processual.

Parece claro que a lógica inquisitorial proposta pelo Código de Processo Penal estimula ao tempo todo a condenação. Isso se vê na possibilidade de o juiz requisitar (determinar) a instauração de inquérito policial (artigo 5º, II), de o juiz discordar do requerimento de arquivamento feito pelo Ministério Público (artigo 28), na indisponibilidade da ação penal iniciada (artigo 42), na possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício no curso do processo (artigo

311) e, agora, na possibilidade de o juiz condenar, quando houver pedido expresso da absolvição (artigo 385), no momento em que a lei trata a manifestação fundamentada do *Parquet* pela absolvição como mera opinião (KHALED JUNIOR, 2013, p. 161). Portanto, para a lógica do Código, as manifestações acusatórias e condenatórias da acusação são manifestações a serem levadas a sério, ao passo que a manifestação absolutória é mera opinião (MIRANDA COUTINHO, 2009, p. 115).

Apenas para ilustrar a inspiração inquisitorial do Código de Processo Penal, e o seu menosprezo pela manifestação do Ministério Público, quando favorável ao réu, reproduz-se uma importante passagem da Exposição de motivos do Código de Processo Penal:

O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um quantum de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena. (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, item XII).

Com efeito, a manifestação fundamentada do Ministério Público pela absolvição do acusado é a própria retratação dos termos da denúncia, e o reconhecimento pelo acusador de que a imputação de outrora não deveria ter sido deduzida. Constitui-se, assim, na última oportunidade conferida pela lei ao acusador de reconhecer o próprio erro e evitar, segundo essa ótica, uma injustiça, e não sendo essa manifestação vinculada, estar-se-á trazendo, de forma equivocada, o juiz para um espaço que não é e nem pode ser seu.

Para finalizar e constatar que esse debate doutrinário está longe de ser encerrado, traz-se ao debate o tema sobre a perspectiva do Projeto de reforma do Código de Processo Penal, já aprovado no Senado Federal (PLS nº 156/09), prevendo em seu artigo 420, que “o juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites

da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada". Pelo texto aprovado pelo Senado, continuará a se permitir ao juiz condenar diante de pedido de absolvição do Ministério Público, vedando-se, porém, o reconhecimento de agravante e causa de aumento de pena de ofício.

Contudo, no parecer do texto substitutivo apresentado pelo Relator do Projeto de reforma do Código de Processo Penal, na Câmara dos Deputados, na Comissão especial que analisa a proposta (PL nº 8.045/10), ainda não aprovado na Comissão, prevê o futuro artigo 450, que o "juiz proferirá sentença condenatória, nos estritos limites da peça acusatória. Manifestando-se o Ministério Público pela absolvição, não poderá o juiz condenar nem reconhecer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada". Permitir-se-á, contudo, condenação se houver requerimento condenatório do assistente de acusação.

Assim, se o texto do artigo 450 do Código projetado for aprovado, encerram-se os debates acerca do tema. De outra banda, seguirá o saudável debate se se mantiver a proposta feita pelo Senado Federal, demonstrando que o debate deve seguir caminhando.

4 CONCLUSÃO

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público é alçado a um patamar diferenciado, ganhando e acumulando funções antes inexistentes, isso está a demonstrar que a atuação do Ministério Público, no processo penal, passa a ter uma nova perspectiva. Essa nova perspectiva não perpassa apenas pelo respeito aos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, mas, também, pelo protagonismo (ou essencialidade) acusatório no processo penal.

Essa atuação do Ministério Público, conforme a Constituição

Federal de 1988, não pode permitir mais que a sua manifestação absolutória possa ser desconsiderada pelo juiz. Isso porque, como dito, ao juiz é vedado assumir o protagonismo acusatório na relação processual, pertencente apenas ao Ministério Público.

Ademais, sustentar a possibilidade de o juiz condenar em face de pedido de absolvição feito pelo Ministério Público, no princípio da indisponibilidade da ação penal, é um argumento frágil diante da própria possibilidade de o acusador público se manifestar pela absolvição do acusado em alegações finais, demonstrando-se que, assim agindo, o Ministério Público está desistindo da acusação deduzida. Assim, o que a indisponibilidade da ação penal objetiva é a desistência precoce da acusação, permitindo-a após o fim da instrução com o pedido de absolvição do Ministério Público em alegações finais.

Portanto, a possibilidade contida no artigo 385, do Código de Processo Penal é incoerente com a relevância que o Ministério Público angariou após 1988, devendo ser revogado. Ademais, a proposta feita no substitutivo do Projeto de Lei nº 8.045/10, em tramite na Câmara, e ainda não votado pela Comissão especial, encartada no artigo 450 do projeto.

Desta forma, resta claro que o artigo 385 do Código de Processo Penal não se coaduna com o atual modelo constitucional imposto ao Ministério Público e à atuação do juiz, representando risco à lisura do processo penal.

THE (NOT) BINDING OF THE JUDGE TO REQUEST FOR ACQUITTAL OF THE DEFENDANT ARGUED BY PROSECUTORS IN PUBLIC PROSECUTION

ABSTRACT

The present work is about the untying of the judge to request for acquittal of the defendant argued by prosecutors in criminal action. In

order to see if the manifestation of the Public Ministry for acquittal of the defendant in criminal action binds the public magistrate, from the clash article 385 of the code of criminal procedure, the accusatory system. Use of theoretical research, especially the media, documentary and bibliographic jurisprudential, proposing to study the role the public prosecutor and the limits of your expertise in criminal proceedings and study the linking of the judge in the face of manifestation for acquittal of the Public Ministry, from the perspective of doctrinal antagonistic currents.

Keywords: *Unlinking. Absolution. Defendant. Public criminal action.*

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14/08/2017.

Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm > Acesso 23/11/2017.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Organização de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=82296>. Acesso em: 5 jul. 2018. p. 1-17.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2003, v. III.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres**. 14ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. Em **alegações finais**, o **Ministério Público**

não “pede”, mas simplesmente “opina” sobre o julgamento do pedido formulado na denúncia. Empório do Direito, 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/em-alegacoes-finais-o-ministerio-publico-nao-pede-mas-simplesmente-opina-sobre-o-julgamento-do-pedido-formulado-na-denuncia-por-afranio-silva-jardim-1508758463>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2018.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 5ª Edição. Salvador: JusPodivm. 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** Volumes I e II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório.** Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>>. Acesso em: 16 de março de 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A natureza das funções do Ministério Público e sua Posição no Processo Penal.** In Revista Justitia, do Ministério Público do Estado de São Paulo, 805/664 (novembro 2002). Disponível em <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0ay8ad.pdf>> Acesso em 20/11/2017

MELLO, Celso de. **Voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello,** questão de ordem na petição 7.074 Distrito Federal. Requerente: Reinaldo Azambuja Silva; Requerido: Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet7.074QOvotoMCM.pdf>> Acesso em 20/11/2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 23ª edição. São Paulo: Atlas. 2015.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2003.