

O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL MILITAR

Eventuais (des)vinculações ao julgador e ao próprio Ministério Público

JORGE CESAR DE ASSIS¹

1 INTRODUÇÃO

Já de algum tempo desvinculou-se, o *Parquet*, da figura simplista de acusador. A Constituição de 1988 lhe deu nova roupagem, muito mais do que a de promotor privativo da ação penal pública, sobressaindo sua função de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No processo penal, todavia, o fato do promotor de justiça pedir a absolvição do réu ainda gera polêmica. É o que se pretende demonstrar em dois aspectos de todo modo importantes: o pedido de absolvição pelo MP vincularia ou não o julgador; e, o pedido de absolvição pelo MP, que é atendido pelo julgador, gerando inconformismo do próprio Ministério Público que apela da decisão absolutória.

2 A (IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO PELO JULGADOR QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO PEDE ABSOLVIÇÃO

A primeira questão que provoca discussão entre o meio jurídico, é a hipótese prevista na alínea 'b', do art. 437 do Código de Processo Penal Militar², segundo a qual, o Conselho de Justiça poderá proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido arguida.

¹ Advogado inscrito na OAB-PR. Integrou o Ministério Militar da União e o Ministério Público do Estado do Paraná. Oficial da reserva não remunerada da Polícia Militar paranaense. Sócio Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM. Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá. Integrante da Comissão mista de juristas brasileiros e angolanos que elabora um projeto de novo Código Penal Militar para Angola.

² No mesmo sentido, Código de Processo Penal comum, art. 385: nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Duas correntes doutrinárias se apresentam em sentido contrário.

Pela primeira corrente, há os que advogam que, no processo penal, o pedido de absolvição do réu feito pelo Ministério Público vincula o julgador, que dele não pode discordar. Seria, por assim dizer, concluir que ocorreu o abandono da parte do órgão acusador de sua pretensão punitiva inicial.

Por outro lado, na segunda corrente, estão os que entendem que o pedido absolutório não vincula o julgador, não havendo falar em ilegalidade quanto ao posicionamento diverso da manifestação ministerial, diante do fato do magistrado gozar do princípio do livre convencimento motivado.

A questão não é tão simples como parece.

Inicialmente, há que se anotar que o CPPM data de 1969, em um período distante das garantias que a Constituição Federal de 1988 trouxe aos acusados em geral. A CF ainda declara, como uma das funções institucionais do MP, promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei (art. 129, I).

Em um segundo momento, reconhecer que a redação da alínea não foi a mais feliz, “*haver o Ministério Público opinado pela absolvição*”, incompatível com o moderno conceito de *dominus litis*.

É que, como dissemos ao analisar o art. 54 do CPPM: o “Ministério Público representa o Estado (*Estado-Acusação*) no processo penal militar (Sistema Acusatório – autores processuais distintos: um julga, um defende e outro acusa). Não é mais simples *parte* do processo, mas sim, uma *parte especial*, a todo tempo fiscal da lei e da sua observância.

Ao reescrever o papel do Ministério Público brasileiro, o constituinte de 1988 foi extremamente feliz ao dizê-lo no seu art. 127, como sendo uma 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 (...) se anote com veemência, que o Ministério Público, enquanto parte no processo penal, não *opina* mas, sim, *requer*, em nome do Estado, a providência judicial que entende necessária, traduzida pela condenação ou absolvição do acusado. Caracteriza-se como impropriedade o representante ministerial usar termos

tais como *sugiro; recomendo* – que traduzem mero sentido opinativo, mesmo porque o Juízo é inerte e só exerce a jurisdição quando provocado”³.

Ademais, o dispositivo em análise enseja uma leitura simultânea com o parágrafo único do art. 54 do mesmo Código, segundo o qual “*a função de acusação não impede o Ministério Público de opinar [requerer] pela absolvição do acusado, quando entender que, para aquele efeito, existem fundadas razões de fato ou de direito*”.

Renato Brasileiro de Lima, refere que *parte minoritária da doutrina* sustenta que, diante de pedido absolutório formulado pelo Ministério Público, não é possível a prolação de um decreto condenatório. Para ele, trabalha-se com a ideia de que, por imposição do sistema acusatório (separação das tarefas de acusar e julgar), há duas pretensões no âmbito processual: uma de natureza acusatória, realizada pelo Ministério Público, e outra de natureza punitiva, exercida pelo Poder Judiciário. Assim, se o *Parquet* pede a absolvição do acusado, a ela está vinculado o juiz, já que o poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. O autor remete à lição de Aury Lopes Jr., para quem ‘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’⁴.

Cícero Robson Coimbra Neves, registra, para reflexão, a posição de Esdras dos Santos Carvalho sobre o tema em análise: “Em que pese a posição extremamente garantidora da alínea ‘a’ do art. 437 do CPPM [...] a alínea ‘b’ apresenta-se em total descompasso com o sistema processual delineado na Norma Fundamental. A aludida alínea autoriza o Conselho de Justiça a proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição. Possibilita, igualmente, o Conselho de Justiça reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido arguida. Tal dispositivo não está em harmonia com o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal (...) haveria uma

³ ASSIS, Jorge Cesar de. **Código de Processo Penal Militar Anotado, 1º volume, artigos 1º a 383**, 4ª edição, 2012, p.122.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal – volume único, 4ª edição**, Salvador: Editora Juris Podium, 2016, p.1516.

espécie de atuação de ofício do Poder Judiciário para condenar, visto que o próprio órgão do Estado, incumbido da persecução penal, está convencido de que o réu é inocente, ou de que não há provas suficientes para uma condenação e, por conseguinte, desiste de dar prosseguimento à imputação formulada inicialmente”⁵.

A toda evidência que a posição majoritária da jurisprudência se inclina pela recepção dos artigos 385 do CPP e 437, alínea ‘a’, do CPPM, como demonstra a decisão do Superior Tribunal de Justiça abaixo ementada:

Ementa. Agravo regimental no Recurso Especial. Júri. Tentativa de homicídio duplamente qualificado. Manifestação do Ministério Público pela absolvição. Artigo 385 do Código de Processo Penal, recepcionado pela Constituição Federal. Ausência de vinculação do Juiz. Precedentes. Recurso desprovido. 1. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. 2. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes desta Corte. 3. Agravo regimental não provido.
STJ, 5ª Turma, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.612.551 - RJ (2016/0179974-0), relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 02.02.2017, DJe de 10.02.2017 ⁶

O livre convencimento motivado do julgador significa convencimento com base na prova dos autos – persuasão racional, a demonstrar um equívoco considerável do Ministério Público na valoração probatória que o levou a pedir a absolvição do acusado que o magistrado entendeu devia ser condenado. Não se olvide que o processo foi antecedido de uma fase investigativa que ajudou a firmar a convicção do *Parquet* naquele momento de oferecer a denúncia (princípio do *in dubio pro societate*), convicção que, com o desenrolar da instrução fez com que o MP, abrindo mão de proceder contra alguém ou, convencido de que o réu é inocente, ou de que não há provas suficientes para uma condenação (princípio *in dubio pro reo*), desiste de dar prosseguimento à imputação formulada inicialmente, requerendo a absolvição do acusado.

⁵ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Processual Penal Militar em Tempo de Paz**. Saraiva: São Paulo, 2014, p. 727,

⁶ Constatou do respectivo acórdão, que é pacífico o entendimento no STJ de que o artigo 385 do CPP [art.437, alínea ‘b’ do CPPM] foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não havendo falar em ilegalidade quanto ao posicionamento diverso da manifestação ministerial, diante do fato de o Magistrado gozar do princípio do livre convencimento motivado (ut, AgRg no AREsp 596.157/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 29/06/2016).

Se todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade CF, art. 93, IX), qualquer vinculação do juízo implica, em princípio, em limitação de seu livre convencimento, porque este não é livre devendo encontrar eco na prova dos autos.

Existe vinculação do magistrado nos casos de súmula vinculante, a qual, conforme o texto constitucional que a assegura, pode, igualmente, ser revista ou cancelada (CF, art. 103-A), denotando seu caráter temporário e não definitivo.

Por fim, não se pode negar que se o próprio órgão de acusação requer a absolvição do acusado, é porque ele assim entendeu mais justo ao caso concreto. Não se trata, portanto, de abrir mão do exercício da pretensão acusatória, isso ele não poderia fazê-lo. A própria lei processual penal militar proíbe a desistência da ação penal [melhor dizer desistência do processo penal] após o oferecimento da denúncia (art. 32 do CPPM)⁷. Não se trata, igualmente, de desistir do processo, mas sim de requerer, para o acusado, a solução que lhe pareceu mais justa em face da prova obtida.

Se é certo que não se pode vincular o magistrado julgador ao pedido de absolvição feito pelo Ministério Público, não menos correto é afirmar que o juiz não pode desconsiderar o fato de que a pretensão absolutória está partindo, exatamente, do dono da ação penal, do representante do Estado-Acusação, convencido que ficou durante a instrução que o réu era inocente.

Quanto ao fato de o julgador poder reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido arguida, em princípio não vemos problema algum. É que a lei se refere à circunstância agravante objetiva, o que sugere que ela será facilmente identificada (como a reincidência, ou o fato ter sido cometido contra criança ou velho, ou com emprego de arma), sem necessidade de um juízo normativo (como o motivo fútil ou torpe, ou mediante outro recurso insidioso). Via de regra estarão na Parte Geral do Código, e incidirão na primeira fase do sistema trifásico de aplicação da pena. Por vezes estarão na Parte Especial e incidirão na terceira fase da aplicação da pena (como a majorante objetiva, prevista no § 1º, do art. 222, do CPM, para o constrangimento ilegal praticado por mais de 3 pessoas, ou com emprego de arma).

⁷ Código de Processo Penal comum, art. Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

3 (IM)POSSIBILIDADE DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANDO O PRÓPRIO MP PEDIU ABSOLVIÇÃO E O RÉU FOI ABSOLVIDO

Em que pese a clareza do parágrafo único do art. 511 do CPPM⁸, trava-se discussão sobre a possibilidade de um membro do Ministério Público requerer a absolvição do acusado, ter seu pedido deferido pelo julgador e, outro membro da Instituição recorrer da sentença depois que ela foi proferida.

Para Henrique Augusto Nogueira Sandoval, em pequeno, mas precioso artigo, parece absurdo, mas situações similares ocorrem com certa frequência no Judiciário⁹, atitude que, do seu ponto de vista não se harmoniza com o texto constitucional, muito menos com os princípios que regem a instituição. Para ele, a própria segurança jurídica estaria comprometida, gerando, inclusive, instabilidade e tumulto processual, em evidente desrespeito ao próprio Poder Judiciário.

O autor afirma – e o faz com elegância – ser intolerável defender tal postura do órgão ministerial, traçando-se um paralelo com o fato do poder judiciário ter a faculdade de rever o posicionamento anteriormente estampado em uma decisão. Afinal, o duplo grau de jurisdição é uma garantia de todo cidadão, sendo que, por outro lado, os princípios da unidade e indivisibilidade não facultam ao Ministério Público o poder de desdizer algo que já havia afirmado no processo.

Conclui, que pelo princípio da independência funcional, é assegurado aos membros do Ministério Público o direito de livre convicção sobre determinados fatos.

⁸ No mesmo sentido, o art. 577, do Código de Processo Penal, o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor, com destaque para o parágrafo único. **Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.**

⁹ Nesse sentido: STM, apelação nº 17-94.2011.7.01.0401, relatora Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 27.11.2013. Por maioria, o tribunal não acolheu a preliminar da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de não conhecimento do apelo por preclusão lógica. Constatou da ementa que ‘a prerrogativa utilizada pela representante do Parquet das Armas que interpôs o presente Apelo, na contramão do entendimento esposado pelo colega em sede de julgamento na instância primeira, decorre do princípio da independência funcional’.

No entanto, não é permitido que, depois de expressada sua convicção no processo, haja alteração de seu posicionamento, gerando uma lamentável insegurança jurídica, com o tumulto do tão assoberbado Poder Judiciário, prevalecendo uma verdadeira babel dentro da própria instituição.¹⁰

Também pensamos que na hipótese de determinado membro do Ministério Público, atuante em um processo penal, por ocasião do julgamento, requerer a absolvição do acusado, pedido este que é deferido pelo Conselho de Justiça ou pelo Juiz de Direito, absolvendo-se o réu, não poderá outro membro da Instituição, ao tomar ciência da decisão absolutória recorrer visando a condenação em sede de segundo grau. A razão, simples: falta um pressuposto subjetivo de admissibilidade do recurso que é o interesse recursal, pois não houve sucumbência.

Os princípios constitucionais da unidade, indivisibilidade, e a independência funcional espelham que todos os membros do *Parquet* integram uma só instituição, sendo dela seus órgãos; substituem-se, uns aos outros sem que haja alteração subjetiva naquele processo penal; atuam com independência funcional não havendo hierarquia entre eles.

Mas estes princípios institucionais não alteram nem eximem a exigência de que, para se recorrer, é necessário ter sofrido uma sucumbência caracterizada como interesse recursal, e isto ficou expresso de forma evidente, tanto no parágrafo único do art. 511, do Código de Processo Penal Militar, quanto no parágrafo único do art. 577, do Código de Processo Penal comum, razão pela qual o Juiz não deve admitir o recurso.

E dizemos mais, a independência funcional de cada membro do MP, expressa na realização dos atos processuais, encontra limites intransponíveis em face da impossibilidade de alterar a última manifestação ministerial, que é aquela que ocorre durante a sessão de julgamento. Explicamos:

1. Depois de formar sua convicção acerca de determinado processo penal, o membro do Ministério Público se manifesta através da apresentação das alegações finais do processo (art. 428, do CPPM) pedindo a absolvição do réu. No dia do julgamento (art. 433 do CPPM), outro membro do MP, por ter convicção contrária,

¹⁰ SALDOVAL, Henrique Augusto Nogueira. Migalhas: pílulas de informação, **Novas torres de babel**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI89527,101048-Novas+torres+de+babel>
Acesso em: 22.02.2017.

requer a condenação do acusado. Em face do princípio da independência funcional, isso é possível. A última manifestação do Ministério Público naquele processo foi o pedido de condenação;

2. Em outra hipótese, por ocasião da apresentação das alegações finais, o membro do MP requer a condenação. No dia do julgamento, outro membro do MP pede a absolvição, hipótese que também é possível. A última manifestação foi o pedido de absolvição.

Sintetizando: se durante o julgamento, o Ministério Público requer a condenação do réu, e este é condenado, houve plena satisfação do pedido ministerial, não houve sucumbência, não pode mais o próprio MP apelar para reformar a sentença por ausência de um pressuposto recursal, que é o interesse de recorrer; da mesma forma, se durante o julgamento do processo, o MP requerer a absolvição do acusado, e este for absolvido, com muito mais razão esta falta de interesse recursal em face da ausência de sucumbência se apresenta como impeditivo do recurso da própria instituição, que o juiz, a toda evidência, e até mesmo em cumprimento da lei processual, não deve admitir. Ocorre, nesses casos, preclusão lógica¹¹.

Esta também é a opinião abalizada de Renato Brasileiro de Lima, para quem, “evidentemente, para que o Ministério Público possa recorrer em favor do acusado, há de se verificar se houve sucumbência por parte do órgão ministerial. Se, por ocasião de suas alegações orais, o Ministério Público pugnar pela absolvição do acusado, sendo proferida, no entanto, sentença condenatória (CPP, art. 385), houve sucumbência por parte do Promotor de Justiça, daí porque deve ser conhecida eventual apelação por ele interposta.

A contrario sensu, se o órgão ministerial pugnar pela absolvição do acusado, sendo proferido decreto absolutório nos exatos termos em que pleiteado pelo órgão ministerial, significa dizer que não houve sucumbência, pois, o pedido ministerial foi acolhido pelo juízo. Logo, não haverá interesse de agir por parte do Ministério Público”¹².

¹¹ **Por preclusão lógica entenda-se a impossibilidade de praticar um ato no processo** (interposição de recurso de apelação pelo MP visando a condenação do réu), **tendo em vista a prática de um ato anterior, que com este é incompatível** (pedido de absolvição do acusado pelo Ministério Público, sendo o réu absolvido nos termos do pedido do órgão ministerial).

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, volume único, 4ª edição, Salvador: Editora jus Podium, 2016, pp.1654-1655.

4 CONCLUSÃO

A conclusão que se impõe, ressalvado entendimento contrário e de todo respeitado é a seguinte:

No processo penal (comum ou militar), por ocasião do julgamento, se o Ministério Público requerer a absolvição do acusado, o entendimento majoritário da jurisprudência é no sentido de que este pedido não vincula o julgador, que dele poderá discordar condenando o réu, pelo princípio do livre convencimento motivado

Não sendo atendido em seu pedido absolutório, ocorre, naquele processo, sucumbência do MP, gerando um pressuposto subjetivo de admissibilidade de recurso, que é o interesse recursal. A toda evidência que o inconformismo com a decisão será enfrentado com o recurso adequado.

Por outro lado, se durante o julgamento, o Ministério Público pedir a absolvição do acusado, e este é absolvido nos termos do que foi requerido pelo MP, não há que se falar em sucumbência; não havendo sucumbência inexistente interesse recursal; não havendo interesse recursal o recurso não deve ser admitido pelo julgador (inteligência do parágrafo único, do art. 577, do CPP e; parágrafo único, do art. 511, do CPPM).