

Pode o magistrado condenar, na hipótese de pedido de absolvição do ministério público?

Francisco Monteiro Rocha Jr.

A discussão que se pretende trazer à baila nos estreitos limites desse artigo, dizem respeito à seguinte indagação: quando o Ministério Público pede a absolvição de determinado acusado em sede de alegações finais, qual o efeito processual penal produzido?

Nosso raciocínio deve partir do fato de que ao pedir a absolvição do acusado, o Ministério Público estaria retirando totalmente a acusação contra o réu, esvaziando a própria *pretensão acusatória*, que é o *objeto* do processo penal. Este ato processual praticado pelo Ministério Público teria uma natureza de retirada/esvaziamento da própria acusação, tornando o processo, desde então, carente de seu objeto principal.

Desta forma, com a retirada da *pretensão acusatória* pelo Ministério Público, incumbe investigar a possibilidade de o julgador emitir decisão condenatória em desfavor do acusado, pois, neste caso, estaria assumindo, sozinho e ao mesmo tempo, as funções acusadora e julgadora sobre os fatos descritos na ação acusatória inicial, violando os desdobramentos processuais da disposição do art. 129, I, da Constituição da República.

É importante que neste ponto se busque diferenciar ação penal, processo e acusação, para que se evitem incompreensões das noções básicas do Direito Processual Penal que podem ter efeitos práticos opostos à inspiração constitucional. A ação é o meio para se provocar a jurisdição para o acertamento de um caso penal. O processo é um conjunto de atos preordenados a um fim, que é a decisão de acertamento do caso penal. Conforme Paulo Rangel, “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*” (RANGEL, 2006, p 61).

Quando o Ministério Público formula pedido absolutório, ele não está desistindo da ação, mas esvaziando o próprio objeto do processo penal, que é a *pretensão acusatória*. Cabe-nos nesse ponto mencionar o ensinamento de Aury Lopes Jr.: “Sem embargo de tais limitações, entendemos que se o Ministério Público pedir a absolvição (já que não pode desistir da ação) a ela está vinculado o juiz. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. (...) 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”.

De fato, em momento posterior ao exercício da ação (ou seja, com o processo já em curso), o *Parquet* possui maiores condições de análise de verificação da autoria e da materialidade do que ele tinha quando do oferecimento da denúncia, já que no inquérito as provas são produzidas na ausência do contraditório, diferente do que ocorre na fase judicial.

Assim, pode ocorrer de o próprio Ministério Público, no desempenho de suas funções constitucionais, visualizar o pedido de absolvição do acusado diante, por exemplo, da insuficiência de provas, formulando um juízo absolutório em favor do acusado, devidamente expresso em sede de alegações finais.

Pode-se afirmar então que, a partir deste momento, não haveria mais qualquer apontamento pelo Ministério Público de uma conduta praticada pelo acusado digna de uma condenação estatal.

Assim, dificilmente se poderia sustentar uma condenação judicial que não violasse a separação das funções acusadora-julgadora inerentes ao sistema acusatório. E é certo que em nosso ordenamento vigente, não cabe ao juiz assumir a função de sustentador da acusação inicial formulada.

Assim, o que se defende é que, diante de um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, o juiz ficaria impossibilitado de proferir uma sentença penal condenatória em desfavor do acusado, uma vez que o ato processual praticado pelo órgão ministerial retira do processo o seu objeto principal, vinculando a atuação judicial.

Porém, pode o juiz não concordar com a manifestação ministerial. O que poderia ser feito, então, tendo em vista o arcabouço normativo pátrio? Assim, mesmo defendendo a tese da impossibilidade de condenação judicial diante do pedido ministerial de absolvição do acusado, necessário que se construa uma possibilidade de controle da posição adotada pelo membro do Ministério Público, que também é passível de erro, buscando uma indispensável harmonização sistemática.

Desta forma, no mínimo, a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal para o caso de formulação pelo Ministério Público de pedido de absolvição se apresentaria como uma boa solução, em conformidade com o modelo acusatório de processo penal instituído pela Constituição de 1988. Como na hipótese de arquivamento do inquérito policial, se o juiz discordar do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, ele deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça. Este poderá concordar com a manifestação ministerial originária e pedir a absolvição, ficando o juiz definitivamente vinculado a esta posição, ou discordar da manifestação do órgão de 1º grau e requerer a condenação do acusado, quando então o juiz poderá proferir sentença condenatória.

Como se não bastassem todas essas questões, há que se indicar o principal ponto para a inviabilidade da condenação em face de pedido de absolvição do Ministério Público: como poderia o acusado exercer sua defesa, se os pontos utilizados pelo magistrado para a condenação, jamais apareceram, senão na própria sentença? Ter-se-ia, além da ofensa ao já citado art. 129, I da Constituição da República, também ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, também insculpidos na Carta Magna (art. 5º, LV). Indaga-se: o acusado só pode contra-argumentar os elementos utilizados para sua condenação no grau recursal? Pode-se, licitamente, subtrair-lhe um grau de jurisdição, no qual tem que produzir “defesa aleatória” sobre todos os pontos que porventura poderiam ser utilizados contra ele? Pode-se definir como “devido processo legal” um procedimento que seja assim realizado?

Por todas essas razões temos que se trata de expediente manifestamente inconstitucional a condenação em processo penal em face de pedido de absolvição por parte do *Parquet*.