



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Notas sobre a Facticidade no Processo Penal

Amanda Viana de Albuquerque

Rio de Janeiro
2015

AMANDA VIANA DE ALBUQUERQUE

Notas sobre a Facticidade no Processo Penal

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2015

NOTAS SOBRE A FACTICIDADE NO PROCESSO PENAL

Amanda Viana de Albuquerque

Graduada pela Universidade Cândido Mendes – Centro. Funcionária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O estudo sobre a facticidade possui relação direta com a constituição das relações jurídicas processuais. O processo, enquanto tipo complexo é composto pela sucessiva realização de atos processuais, denotando, ato após ato, novas situações jurídicas, vinculantes dos atos subsequentes. Entretanto, verifica-se que determinadas condutas praticadas na seara processual penal, embora incompatíveis com a situação jurídica imediatamente anterior à sua ocorrência, acabam sendo, em muitas vezes, chanceladas pelo Poder Judiciário, o que não se coaduna com dogmática processual tampouco com a legitimidade e a segurança que se espera da atividade jurisdicional.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Facticidade. Ato processual. Relação jurídica.

Sumário: Introdução. 1. Notas gerais sobre facticidade processual e sua repercussão na relação jurídica processual. 2. Aspectos sobre as condutas processuais e sua aptidão para constituição de novas situações jurídicas. 3. Breve análise de decisões das Cortes Superiores correlatas ao tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Não há como se conceber o direito, seja ele de que natureza for, sem tratar da facticidade, do suporte que enseja a incidência da norma jurídica, que operando intelegivelmente recai sobre a conduta daqueles que se encontram submetidos aos seus comandos.

O objetivo do presente trabalho é a realização de uma breve abordagem sobre a facticidade no processo penal, notadamente sob a ótica da eficácia inerente aos atos processuais que, ao revés de produzidos de forma aleatória, devem ser realizados coordenadamente, condicionados às situações processuais anteriores e condicionantes das subsequentes, fazendo do processo um tipo complexo de formação sucessiva.

Isso porque, não raras vezes, admite-se, especialmente na seara processual penal, sob a égide dos princípios da obrigatoriedade da ação penal e da independência funcional, a prática de determinadas condutas pelo órgão de acusação, incompatíveis com as situações jurídico-processuais antecedentes, resultantes da própria atuação ministerial.

Dessa forma, busca-se ponderar que o poder-dever de acusar não é ilimitado, mas encontra freio nos princípios constitucionais e na própria dogmática processual, no sentido de conferir a cada conduta processual, seja ela comissiva ou omissiva, uma eficácia individual e uma eficácia geral, capaz de vincular os atores processuais às condutas posteriores, não lhes sendo permitida a inobservância das consequências lógicas decorrentes de sua atuação anterior, sob pena de colocar em risco a legitimidade e a segurança que do processo se espera.

Para tanto, o presente trabalho foi estruturado em três partes, realizando-se, de início, uma abordagem sobre aspectos da facticidade processual e sua repercussão na relação jurídica processual, ou seja, sobre a constituição do fato no processo e seus efeitos.

Na segunda parte, buscou-se elaborar algumas considerações sobre aspectos das condutas processuais e a sua aptidão para a criação de novas situações jurídicas, asseverando-se a impossibilidade de subordinação da lógica processual aos princípios da indisponibilidade e da independência funcional.

Por fim, serão analisadas algumas decisões correlatas ao tema, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O presente trabalho seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e jurisprudencial, qualitativa, parcialmente exploratória.

1. NOTAS GERAIS SOBRE FACTICIDADE PROCESSUAL E SUA REPERCUSSÃO NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Ex facto oritur jus. Esse brocardo jurídico, de origem romana, traduz de forma exata a imperiosidade do estudo do fato para o direito.

No campo jurídico, uma das classificações existentes, e a mais relevante para o presente trabalho, é aquela que identifica três modalidades de fatos para efeitos processuais: o fato concreto, existente no campo material e juridicizado pela norma abstrata no momento de sua ocorrência; o fato conceitual, ou *fattispecie*, ou suporte de regra jurídica, que é o fato abstratamente previsto na norma jurídica; e o fato afirmado, que é aquele representado pela narração do autor, conforme registra Machado Guimarães¹, *si vera sint exposita*, e encontra-se embutido na causa de pedir, extraída da relação jurídica material afirmada.

Na seara processual penal, o fato afirmado representa o objeto da imputação, a situação fática que se pretende constituir no curso da relação jurídica processual a fim de justificar a incidência da norma de direito material por intermédio da sentença.

Ao examinar a instauração da relação jurídica processual, verifica-se que essa se dá, inicialmente, de forma linear, entre autor e Estado-Juiz, por intermédio do oferecimento da inicial ou denúncia. Nessa, o autor, observando as condições da ação, indiciárias dos fatos que afirma, e os pressupostos processuais, pede ao juiz que receba o fato afirmado como verdadeiro e, conseqüentemente, outorgue a ele, ou a quem represente, a proteção jurídica pleiteada.

Sobre o tema, Afrânio Silva Jardim² dispõe que:

¹ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 96.

² JARDIM, Afrânio Silva. Reflexão teórica sobre o processo penal. *Justitia*, São Paulo, v. 46, p. 91-125, dez. 1984.

[...] Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar ao pedido o devido seguimento. Através do pedido, procura o autor fazer valer sua pretensão, sujeitando o réu ao processo. Exige o autor a prevalência de seu interesse, funcionando o pedido com exteriorização de uma determinada pretensão, cujos contornos são delimitados pela imputação ou causa de pedir.

Impende registrar, desde logo, que a relação jurídica que se busca constituir por intermédio da demanda não se confunde com a relação jurídica, se existente, no campo material: o suporte fático difere, sendo certo que essa, calcada no fato concreto, é subsumida à incidência da norma de direito material e, com exceção dos fatos afetos ao direito penal, resolvida na esfera material, através do adimplemento da obrigação, não equivalendo àquela, delimitada e indiciada pelo fato afirmado na inicial e constituída no curso do processo de forma contínua e dinâmica, ficando sujeita à atuação das partes e ao entendimento, ao final, obtido pelo sentenciante.

Nesse sentido, Badaró³ assevera que “o fato processual é um concreto acontecimento histórico tido por existente, mas que pode não ter efetivamente existido. (...) O fato processual é o fato imputado e, como tal, é algo meramente afirmado, isto é, um acontecimento concreto que se diz ter ocorrido”.

Ademais, partindo da premissa que o fato, seja ele de que natureza for, traduz, antes de tudo, um acontecimento no tempo e no espaço, revela-se ontologicamente impossível a sua reconstituição, o que esvazia a assertiva de que o processo se destina à reconstrução do fato concreto por meio da prova.

Como adverte Calmon⁴ :

[...] Por mais requintados que sejam os instrumentos de verificação disponíveis, jamais haverá segurança absoluta de que, mediante sua utilização, se alcance, com segurança, no operar jurídico, a verdade real, o que realmente aconteceu no mundo da vida. Nem pode o operador do direito vincular-se necessariamente ao que efetivamente ocorreu. Trabalha o jurista com a certeza processualmente verificada e

³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 100.

⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

certificada e somente ela pode operar, corresponda ou não àquela verdade real já mencionada. (...) O que ocorreu efetivamente no mundo da vida (passado) escapa, por impotência essencial, a sua eficácia prescritiva, que se volta inteiramente para o futuro, para o que deve ser. O que ele pode assegurar é a consequência que prescreve, jamais reconstituir o passado com fidelidade ou recompô-lo como deveria ter sido. [...]

Não se pretende, com isso, afirmar a inexistência do direito fora do campo processual. O direito existe no campo puramente material e pode ser satisfeito, salvo algumas exceções, pelo seu adimplemento. De outro giro, ainda que se afirme, por meio do processo, a existência de um direito inadimplido, essa afirmação, que justifica o exercício da pretensão de cunho processual, mesmo que guarde similitude com os fatos extraprocessuais, com esses não se confunde.

Em verdade, não raras vezes conclui-se, ao final do processo, pela improcedência do interesse originalmente deduzido, o qual se pretendia transformar em direito, após a constituição da suposta relação jurídica material através do fato processual, como, ao revés, pela procedência de um pedido, diante do êxito da parte em constituir a relação jurídica afirmada por meio dos atos processuais, cuja ação material jamais existiu no campo extraprocessual.

Entende-se, portanto, que o processo comporta apenas uma pretensão: a de exigir do Estado-Juiz a prestação jurisdicional, *prozessuale Anspruch*, apta e eficaz para a resolução da questão posta em julgamento. No mais, a afirmação do fato realizada por intermédio da inicial não denota nada além de um interesse, que implicará, ou não, ao final da demanda, na constituição de uma nova relação jurídica, com maior ou menor correlação com a ação material, se existente, construída através dos atos processuais praticados pelas partes, ensejando a elaboração de uma norma jurídica a incidir, especificamente, naquela relação jurídica dialeticamente constituída, por meio da sentença.

Como esclarece Bülow⁵,

[...] La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, em grano arte, a desconocer su naturaleza de relación continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluídas, la relación jurídica procesal se encuentra em embrión. Esta se prepara por médio de actos particulares. (...). Y también esta ulterior atividade discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.

Por conseguinte, o sucesso ou fracasso do processo depende precipuamente da atuação das partes, na desincumbência de seus ônus, no exercício das posições de vantagens que assumem no curso processual⁶, bem como na capacidade de evidenciar ou negar a relação jurídica afirmada na exordial.

O conteúdo formal do processo será, portanto, o conjunto desses atos produzidos em seu contexto. Esclarece Afrânio⁷ que:

[...] Sob o aspecto formal, o conteúdo do processo é o conjunto dos atos processuais (postulatórios, instrutórios, e decisórios), através dos quais a relação processual se desenvolve, criando faculdades, poderes, sujeições, direitos, deveres e ônus para os diversos sujeitos processuais. Sob o aspecto substancial, o conteúdo do processo é a afirmação do autor da inexistência (ação declaratória) ou existência de uma relação jurídica material, sobre a qual, via de regra, surge uma controvérsia a ser dirimida pelo juiz.

O objeto do processo é, de forma imediata, a prestação jurisdicional eficaz à resolução da situação jurídica constituída dialeticamente e obtida ao final da instrução processual, e, de forma mediata, os efeitos dessa decisão na situação jurídica em questão.

⁵ BULOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Juridicas Europa – America, 1964, p.1.

⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. t. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5. Esclarece o autor, ao tratar da teoria da situação jurídica de GOLDSCHMIDT, que “todo o direito subjetivo trazido ao processo, como objeto de uma controvérsia a ser tratada por sentença judicial, pela simples contingência de estar submetido ao crivo de um julgamento – que, por definição, poderá negar sua existência –, transformar-se-á, para aquele que se julga seu titular, numa simples expectativa de direito”.

⁷ JARDIM, op. cit., p. 91-125.

A sentença, portanto, traz em si um comando específico para aquela situação resultante da atuação dos envolvidos no curso do processo, afastando ou reconhecendo determinado fato, que pode corresponder no todo, em parte, ou não corresponder àquele fato afirmado na peça vestibular, desde que haja manifestação oportuna do interessado nesse sentido, em observância ao princípio da correlação⁸, e atribuindo-lhe efeitos jurídicos, decorrentes da incidência de normas de direito material e processual. Pode, ainda, concluir pela ausência das condições e pressupostos exigidos para a prolação de uma decisão de mérito, conferindo-lhe, tão-só, os efeitos decorrentes da incidência da norma de direito processual, correspondentes à resolução da relação jurídica processual instituída, com a entrega da prestação jurisdicional pelo Estado-Juiz.

A norma jurídica trazida na sentença é individualizada, pois, não em razão da elaboração de outra norma jurídica específica para o caso concreto, mas sim em decorrência da constituição do fato jurídico-processual individualizado, resultado dos atos e das omissões dos atores processuais, e que não se confunde com aquele fato genericamente trazido na norma de direito material, denominado *fattispecie*. E sobre essa relação, qualificada na sentença, que incidirão os efeitos da coisa julgada, que não possuem qualquer correlação com a justiça real e efetiva, mas visam somente conferir à parte que logrou êxito em demonstrar, por meio dos atos processuais, a plausibilidade de suas afirmações, a tutela que só a imperatividade e a coercibilidade da decisão judicial pode oferecer.

Por isso, diante da classificação quinária das ações operada por Pontes de Miranda⁹, conclui-se que a eficácia preponderante da sentença é constitutiva, e não declaratória.

⁸ BADARÓ, op. cit., p. 121. Sobre o princípio da correlação dispõe o autor que [...] A regra da correlação entre acusação e sentença impõe que a sentença julgue somente o que foi objeto da imputação, mas também tudo o que foi objeto da imputação. A sentença deve esgotar o conteúdo da pretensão, resolvendo-a totalmente, e nada resolvendo que esteja fora da mesma. Também haverá violação da regra da correlação entre acusação e sentença quando o juiz deixar de considerar ou omitir um ou alguns dos fatos contidos na imputação.

⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 117-122.

2. ASPECTOS SOBRE AS CONDUTAS PROCESSUAIS E SUA APTIDÃO PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVAS SITUAÇÕES JURÍDICAS

A norma processual enuncia determinadas formas de comportamento¹⁰ que devem ser adotadas no curso da relação processual de acordo com a tutela jurisdicional pleiteada.

Como esclarece Calmon de Passos¹¹,

[...] O tipo, portanto, é mais do que a hipótese de fato prevista na norma; (...) E porque realidade circunscrita (somente existe no processo) pede, inclusive, para sua perfeita compreensão, seja situado no procedimento. O paradigma legislativo do ato denuncia, ainda, um conjunto de elementos cujo conhecimento é essencial para apreender o conteúdo da norma: o sujeito realiza o ato; a modificação da realidade em que o ato consiste e que, por sua vez, se deixa decompor em vários elementos: o objeto e a forma pela qual o ato se exterioriza, em todos ou em parte de seus elementos; e o procedimento, isto é, a ordem dos atos que conduzem ao provimento jurisdicional.

Assim, os atos processuais constituem, aos poucos, uma relação jurídica reflexa àquela deduzida na exordial, calcada na apresentação de provas e contraprovas pelas partes, direcionadas à constituição dos fatos que pretendem demonstrar, merecendo ressalva, nesse aspecto, dos fatos afetos ao direito penal, onde o ônus da prova pertence com exclusividade ao órgão de acusação, em observância ao princípio do *favor rei*.

O encadeamento desses atos, produzidos de acordo com a forma prescrita em lei, de maneira sequencial e direcionada ao alcance de um resultado específico, configuram o denominado ato complexo, e a forma como este ato complexo é produzido é chamada de procedimento¹².

¹⁰ PASSOS, op. cit., p. 75.

¹¹ Ibid., p. 81.

¹² CONSO apud PASSOS, op. cit., p. 83. Como preleciona Giovane Conso, o procedimento é “toda *fattispecie* complexa de formação sucessiva em que um ato resulta do adimplemento de uma obrigação nascida de um outro fato do procedimento”.

O procedimento confere, pois, substância ao processo, traduzindo não apenas a forma e a ordem que devem ser observadas na realização dos atos processuais, mas como assevera Calmon de Passos¹³ “uma série de atos e uma série de efeitos causalmente coligados com vistas a um efeito conclusivo”. De acordo com o processualista¹⁴,

[...] quando a realização de um fato estiver subordinada à realização de um outro que o deve preceder é que o fato precedente é pressuposto. Por outro lado, só se a falta da realização de determinado fato posterior importa em não integração do tipo, por conseguinte, importa em inoccorrência dos efeitos buscados é que o fato sucessivo é condição.

O processo corresponde, assim, a um macro sistema, composto por micro relações. Cada conduta processual traz em si a ideia de sucessividade, possuindo, em linhas gerais, duplo efeito: seu efeito próprio, derivado de sua prática individualmente considerada, e um efeito decorrente de sua conjugação com as demais condutas processuais, de forma concatenada, visando, ao final, um efeito conclusivo¹⁵.

Pois bem. Se o processo é dialético, resultado da atuação de cada uma das partes são essas condutas comissivas ou omissas realizadas por cada um dos atores processuais que acarretarão, sucessivamente, novas situações jurídicas, criando posições de vantagens e desvantagens processuais.

Enuncia Goldschmidt¹⁶, em sua teoria da situação jurídica processual, que:

[...] *La inactividad procesal no es propiamente contraria a derecho, sino contraria a um imperativo del propio interés. (...) Por lo general, nos es necesaria conminación alguna para que se produzcan los efectos de la inactividad. (...) Los efectos de la inactividad procesal son de dos clases, generales y especiales. Los primeros son la « exclusión de la posibilidad de realizar e lacto omitido » (el llamado efecto*

¹³ PASSOS, op. cit., p. 83.

¹⁴ Ibid, p. 87.

¹⁵ Nesse aspecto, podemos mencionar a citação: a sua realização, de forma válida, traz para o demandado um efeito individual – o de contestar os fatos narrados na exordial, sob pena de, adotando uma postura omissiva, suportar os efeitos da revelia – e, para a demanda, um efeito geral, consistente em completar e conferir validade à relação jurídica processual.

¹⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Labor S.A., 1936, p.208-209.

preclusivo: § 230) y la obligación de pagar las costas. Los efectos especiales son los determinados por la Ley para cada caso concreto, y principalmente el de la ficción de que e lacto omitido se há realizado, cuando su ejecución sea necesaria para la continuación del proceso (se suple la realidad por la ficción, como dice Weismann) [...]

Logo, determinadas condutas processuais são irretratáveis simplesmente porque, uma vez praticadas, consolidam novas situações jurídicas, com eficácia vinculante à conduta subsequente. É aquela situação jurídica, imediatamente anterior à realização da conduta processual, o pressuposto, como regra, a ser observado para a constituição das situações futuras, e assim por diante, a fim de que o processo possa caminhar sem retrocessos, com direção ao seu fim, qual seja, a prolação da sentença.

E um desses efeitos produzidos pelos comportamentos omissivos ou comissivos adotados pelas partes, aptos a criação de novas posições jurídicas no curso do processo, com prejuízo das situações anteriores, é o que enseja o que denominamos preclusão.

Como ressalta Didier¹⁷,

De acordo com o princípio da preclusão, o procedimento não deve ser interrompido ou embaraçado (ou, ao menos, as interrupções e os embaraços devem ser reduzidos ao mínimo inevitável). Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas; não se tolera a adoção de comportamentos incoerentes e contraditórios.

Todavia, especialmente no processo penal constata-se a existência de condutas processuais praticadas pelo órgão de acusação que se revelam incompatíveis com a situação jurídica imediatamente anterior à sua ocorrência, decorrentes da atuação do próprio órgão ministerial.

Um exemplo clássico ocorre quando o Ministério Público postula, em alegações finais, a absolvição do acusado e, diante de uma sentença absolutória, insurge-se em sede recursal pela condenação do demandado.

¹⁷ DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. v.1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2009, p.279.

A conduta adotada pelo *parquet*, ao requerer a absolvição do acusado, e não opinar, já que com o advento da Constituição Republicana, inaugurando o sistema acusatório, delimitou-se as funções de acusar e de julgar, ambas de titularidade, como regra, estatal, passando o Ministério Público de órgão opinativo, prolator de pareceres não vinculativos, à parte, a quem compete promover, privativamente, a ação penal pública, faz exsurgir uma nova situação jurídica que não autoriza sua insurgência recursal futura, em caso de prolação de uma sentença absolutória.

De fato, a sucumbência, indispensável à configuração do interesse recursal, não está presente na referida sentença absolutória, o que se depreende da situação jurídico-processual imediatamente anterior e pressuposto à sua prolação, não sendo conferida ao órgão ministerial a possibilidade de restabelecer a posição jurídica existente antes de sua conduta em sede de memoriais, já preclusa.

Como preceitua Ovídio Baptista¹⁸, trata-se da “impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior”.

Tais condutas adotadas pelos órgãos ministeriais, muitas vezes calcadas nos princípios da indisponibilidade, trazido no art. 42 do Código de Processo Penal, e da independência funcional, previsto no art. 127, § 1º, da CRFB/88, este visando obstar qualquer submissão do Ministério Público às eventuais influências externas, não podem servir como fundamento para que sejam afastadas as consequências processuais lógicas e decorrentes de sua própria atuação, sob pena de se admitir, com isso, mais do que um mero dissabor técnico, a transformação do processo em um instrumento imprevisível, instável e inseguro, ostentando dois pesos e duas medidas para as partes envolvidas.

¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 209.

Não se desconhece a posição doutrinária contrária. Por todas, vale conferir os fundamentos apresentados por Maurício Zanoide de Moraes¹⁹, dispondo que:

[...] Contudo, qualquer que seja a hipótese de alteração avaliativa do Ministério Público (pelo mesmo integrante ou por integrantes distintos), o fato é que novas posturas na condução da ação penal são sempre permitidas, e, dentre elas, a possibilidade de aquele órgão recorrer em sentido contrário ao que até então vinha sendo pugnado no feito. (...) Em se tratando de membros distintos daquela instituição pública, a explicação fica mais clara, pois, devido ao princípio da independência funcional reitor do Ministério Público, é permitido, e talvez muito mais provável, que diferentes integrantes tenham opiniões diversas quanto à culpa do agente no transcurso da *persecutio criminis* e, portanto, conduzam a acusação de modos diversos. (...)

E arremata:

[...] Dentro do âmbito fático descrito na peça acusatória vestibular e, portanto, sem ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, garantidores da necessária correlação entre acusação e sentença, poderá o mesmo acusador ou outro integrante do Ministério Público requerer em recurso, para além do até então pugnado em alegações finais, um agravamento da situação jurídica do imputado surgida com a decisão impugnável.

No entanto, o princípio da independência funcional deve ser examinado à luz dos direitos e garantias fundamentais, alicerces do estado democrático de direito vigente, cuja defesa, vale lembrar, também é função institucional do Ministério Público, como dispõe o art. 127 da CRFB/88, incluindo o princípio basilar do devido processo legal.

Nessa esteira, não se pode admitir a adoção de condutas pautadas na personalidade, que permitam a conclusão de que o direito-poder de punir pertence ao órgão ministerial, de forma individualizada. Ao revés, esse direito potestativo é inerente ao Estado, sendo exercido pelo Ministério Público. Portanto, a independência funcional conferida ao órgão de acusação deve ser lida conjuntamente com a indivisibilidade, que denota que os atos praticados pelo *parquet* decorrem da mesma fonte, qual seja, o direito-poder de punir, que é uno.

¹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 308-310.

Além disso, tais conclusões, em muitas vezes, partem da falsa premissa de que o Ministério Público estaria sempre legitimado, mesmo diante de um pedido absolutório formulado pelo próprio órgão ministerial em momento anterior, a requerer a condenação do acusado, com base no princípio da indisponibilidade da ação penal²⁰, pois estaria impedido, por força de lei, de desistir da ação penal.

Entretanto, quando o órgão ministerial conclui pela inexistência de provas ao final da instrução criminal, tal atuação não configura a desistência da ação.

Isso porque tal instituto processual se refere à desistência da relação jurídica processual, por meio do qual a parte desiste de obter um pronunciamento jurisdicional sobre o interesse deduzido em Juízo.

Por outro lado, quando o *parquet* pugna pela absolvição do réu, não está desistindo da ação processual. Ao contrário, postula um pronunciamento de mérito, amparado, em muitas vezes, no princípio da presunção de inocência, reconhecendo, assim, a procedência do direito de exceção exercido pelo réu, corolário do direito de ação.

De fato, não se olvidando que o órgão ministerial também representa o Estado, aqui entendido em sua função de acusar, jamais pode se ter como legítimo o interesse de ver acolhido um pedido condenatório injusto, com a punição indevida de um inocente²¹, o que contraria toda a lógica penal e a própria lei, notadamente a norma do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, que estabelece que diante da insuficiência de provas, ou seja, ausente a demonstração incontestes dos fatos narrados na exordial, a única solução jurídica possível é a prolação de um decreto absolutório.

²⁰ De acordo com o artigo 42 do Código de Processo Penal, “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”.

²¹ BADARÓ, op. cit., p. 85. Nesse sentido, esclarece que “O papel do Ministério Público, como representante do Estado, é fundamental nessa conceituação. No processo Penal, o Estado tem interesse na punição do culpado, mas também tem interesse na tutela de liberdade do inocente. (...) Assim, é inexato falar que a sentença absolutória sacrifica o interesse do Estado na condenação. Ao contrário, foi atendido o interesse do Estado que, no caso, por ter-se verificado infundada a imputação, consistia na absolvição do imputado inocente”.

Diante dessa situação, não resta ao magistrado outra opção senão acolher a manifestação formulada pelo *dominus litis*, mesmo diante da norma do artigo 385 do Código de Processo Penal, resquício de um sistema inquisitorial que não se coaduna com a ordem democrática vigente.

3. BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES CORRELATAS AO TEMA

Não há jurisprudência consolidada sobre o tema, cingindo-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a alguns julgados.

O Supremo Tribunal Federal²², com arrimo nos princípios da sucumbência e da indisponibilidade da ação penal, decidiu que:

Recurso criminal: sucumbência do MP, não obstante a sentença absolutória haja acolhido suas alegações finais: precedentes. Dada a indisponibilidade da ação penal pública, a sucumbência do MP e medida em relação ao objeto total da acusação, demarcada pela imputação deduzida na denúncia, que não pode ser retratada nem reduzida por alegações posteriores: assim, não obstante as razões finais hajam concluído pela absolvição do réu, pode o Ministério Público apelar da sentença absolutória.

(HC 68316, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 27/11/1990, DJ 14-12-1990 PP-15110 EMENT VOL-01606-01 PP-00140)

Entende-se, no entanto, que a questão não perpassa pela sucumbência, que exige a presença de uma parte vencedora e uma parte vencida.

Isso porque a sucumbência exigida à configuração do interesse recursal não está presente na sentença absolutória quando esta se encontra lastreada na situação jurídico-processual imediatamente anterior e pressuposto à sua prolação, constituída através do pleito ministerial formulado em alegações finais pela absolvição do acusado.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 68316. Quinta Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Sessão de 27/11/1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2868316%2E+OU+68316%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q694y6t>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

Nesse aspecto, não é o interesse deduzido na denúncia que delimita a atividade jurisdicional exercida por meio da sentença, mas sim o que resulta das condutas praticadas pelas partes durante todo o processo, examinadas como um todo direcionado a um fim: ou seja, o efeito conclusivo do ato complexo que representa o procedimento.

Além disso, a ideia de sucumbência está eminentemente vinculada ao conceito de lide que, seja no processo civil ou penal, não se revela categoria essencial. De fato, só se pode conceber como essencial o que se mostra indispensável a toda e qualquer relação jurídica processual, admitindo-se, no entanto, a existência desta sem a efetiva oposição do réu à pretensão do autor.

Sobre o tema, Calamandrei²³ esclarece, em suas *Instituciones*, que:

Puede haver ejercicio de función jurisdiccional al solo objeto de asegurar la observancia del derecho, aun en cuanto no existe ningún conflicto de intereses entre las partes, las cuales están perfectamente de acuerdo en querer conseguir un cierto efecto jurídico. [...]

La finalidad de la jurisdicción no es verdaderamente la de componer un conflicto de intereses, sino que es solamente de la, exista o no exista el conflicto entre las partes, aplica la ley penal.

Dessa forma, quando o órgão ministerial admite, ao final da instrução criminal, que o pedido formulado na denúncia não deve ser acolhido, notadamente nas hipóteses em que se constata a insuficiência de provas, ao revés de dispor da ação penal por meio do instituto da desistência, está reconhecendo a procedência do direito de exceção do acusado, exigindo a prolação de uma sentença de mérito, de caráter absolutório, com fulcro no art. 386 do Código de Processo Penal.

Portanto, diante dessa conduta processual adotada pelo Ministério Público, denotando uma nova situação jurídica, não é permitido ao órgão julgador operar a condenação do acusado, sob pena de violação ao princípio da correlação, tampouco ao órgão acusatório insurgir-se em sede recursal para obter a reforma da decisão, por faltar-lhe, no caso,

²³ CALAMANDREI apud JARDIM, op. cit, p. 91-125.

pressuposto recursal intrínseco, consubstanciado no interesse processual²⁴, aqui considerada a ausência de sucumbência.

Nesse sentido, vale conferir julgados do Superior Tribunal de Justiça²⁵ sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL QUANTO À INTERPOSIÇÃO DO ESPECIAL. ACÓRDÃO QUE CONCEDEU A ORDEM PARA TRANCAR PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. PENDÊNCIA DE CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que preceitua que "não se admitirá recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão" é compatível os princípios fundamentais do Ministério Público expressos nos arts. 127, § 1º, da Constituição Nacional - unidade, indivisibilidade e independência funcional -, de onde se extrai que os membros do Ministério Público, a despeito da existência de independência funcional, integram um só órgão, sob a mesma direção. A substituição dos membros do Ministério Público não altera subjetivamente a relação jurídica processual estabelecida entre o Ministério Público Federal e o réu.

2. Tendo sido impetrado habeas corpus pelo Ministério Público Federal objetivando a absolvição do recorrido pela atipicidade material da conduta, tese acolhida pela Corte Regional, não pode outro membro da mesma Instituição postular a reforma do acórdão, por faltar-lhe interesse recursal.

3. Hipótese em que o Parquet Federal impetrou habeas corpus perante a Corte de origem, pedindo o trancamento do inquérito policial, e, em seguida, interpôs recurso especial contra o acórdão que havia concedido a ordem por ele requerida.

4. Não há negativa de vigência ao art. 28 do Código de Processo Penal, não obstante tenha o Tribunal a quo determinado o trancamento do inquérito policial na pendência do procedimento estabelecido nos arts. 28, do estatuto processual, e 62, inciso IV, da Lei Complementar nº 75/93, uma vez que, apesar de o acórdão objurgado ter concedido a ordem para trancar o procedimento investigativo, não ponderou sobre eventual ilegalidade do ato do juiz que determinou o cumprimento do art. 28 do Código de Processo Penal, mas o flagrante constrangimento ilegal na manutenção de apuratório cujo objeto constitui fato atípico.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1182985/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 25/06/2013)

Alegações finais do Ministério Público (pedido de absolvição/ desclassificação). Sentença (acolhimento). Recurso ministerial (apelação). Interesse de agir (ausência).

1. Não há como confundir a independência funcional do Ministério Público com o interesse de agir em determinados momentos processuais.

2. Havendo sido pleiteada pelo Ministério Público a absolvição de um dos acusados e a desclassificação do crime imputado na denúncia ao outro, teses acolhidas pelo

²⁴ Conforme disposto no art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal, "Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão".

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.182.985. Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Sessão de 18/06/2013. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000299804&dt_publicacao=25/06/2013>. Acesso em: 12 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 39780. Sexta Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Sessão de 09/06/2009. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401666367&dt_publicacao=10/08/2009>. Acesso em: 12 ago. 2015.

juiz, não poderá outro promotor, em recurso de apelação, pugnar pelo agravamento da situação dos réus.

Faltar-lhe-ia, como de fato faltou, interesse de agir.

3. Habeas corpus concedido para se restabelecer a sentença.

(HC 39.780/RJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 10/08/2009)

Como se vê, a questão, além de pouco discutida, é controvertida, aguardando-se a deliberação, inclusive pela nova composição nas Cortes Superiores, acerca do tema.

CONCLUSÃO

A teoria da relação jurídica processual, desenvolvida por Oskar Von Bulow, e a teoria da situação jurídica, elaborada por James Goldschmidt, ao revés de incompatíveis, se complementam para elucidar a facticidade no processo e os efeitos oriundos dos atos praticados pelos atores processuais.

As condutas adotadas no curso da relação processual ensejam a constituição de novas situações fático-jurídicas que, por sua vez, implicam ônus, vantagens, poderes e sujeições, denotando, ao final, um macro sistema resultado da atuação dialética das partes.

O processo, assim, não se destina à mera verificação de fatos concretos e posterior declaração da vontade contida na norma jurídica para a relação individual reconstruída, mas, sim, à concessão de um provimento jurisdicional conferido de acordo com a síntese dos atos constituídos pelos próprios envolvidos, possuindo a sentença, nessa ordem de ideias, eficácia preponderantemente constitutiva.

As condutas processuais acarretam consequências de cunho material e processual, sendo, algumas vezes, irretratáveis simplesmente porque, uma vez praticadas, fazem exsurgir uma nova situação jurídica, subsequente e síntese das atuações anteriores. É esta situação jurídica o pressuposto a ser observado para a constituição das situações futuras, não podendo ser elidida por uma das partes, como algumas vezes se vê na seara processual penal, com

espeque nos princípios da indisponibilidade da ação penal e da independência funcional, sob pena de se admitir o retrocesso processual e, com isso, transformar o processo em um instrumento imprevisível, instável e inseguro.

Além disso, o princípio da independência funcional deve ser confrontado com o princípio da indivisibilidade, já que os atos praticados pelo Ministério Público decorrem do poder-dever de punir, que é uno, não estando, ademais, autorizada sua leitura apartada dos direitos e garantias fundamentais, especialmente o devido processo legal.

Por fim, o requerimento ministerial pela absolvição do demandado não equivale à desistência da ação, instituto processual se refere à desistência da relação jurídica processual, não violando, com isso, o princípio da indisponibilidade da ação penal, mas atendendo ao princípio da presunção de inocência, jamais se podendo ter como legítimo o interesse do Estado, representado em sua função de acusar pelo Ministério Público, de ver acolhido um pedido condenatório injusto, com a punição indevida de um inocente.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Notas sobre a democratização do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.) *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 251-260.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

_____. Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em 12 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 68316. Quinta Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Sessão de 27/11/1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2868316%2ENUM E%2E+OU+68316%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q694y6t>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.182.985. Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Sessão de 18/06/2013. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000299804&dt_publicacao=25/06/2013>. Acesso em: 12 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 39780. Sexta Turma. Relator: Ministro Nilson Naves. Sessão de 09/06/2009. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401666367&dt_publicacao=10/08/2009>. Acesso em: 12 ago. 2015.

BULOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1964.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. v. 1. Campinas: Servanda, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Labor S.A., 1936.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária Ltda., 1969.

JARDIM, Afrânio Silva. Reflexão teórica sobre o processo penal. *Justitia*, São Paulo, v. 46, p. 91-125, dez. 1984.

DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LYRA, Doreodó Araujo. *Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 24 dez. 2010.

_____. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.