Em alegações finais o MP não pede, só opina? Resposta ao professor Afrânio Silva Jardim

Em artigo publicado no dia 31/1/2024, o professor Afrânio Silva Jardim defendeu que o Ministério Público, em alegações finais, não pede, opina. Escreveu o ilustre professor que o artigo 385, do Código de Processo Penal, está em vigência há mais de 70 anos e o legislador, neste particular, foi técnico e usou a palavra "opina'.

Acrescenta o professor Afrânio que o artigo 385 cuida não da formulação de pedidos, mas sim de mera opinião sobre o pedido já formulado na denúncia, sendo este o pedido que não pode ser retirado.

Prossegue o professor Afrânio dizendo que, tecnicamente, a defesa do réu não "pede" a sua absolvição, em alegações finais. A defesa, no processo penal, postula a improcedência do pedido feito na denúncia.

Há de se discordar do ilustre professor Afrânio por vários motivos.

Primeiro, porque ele despreza a historicidade da norma e o sistema processual. Como ele mesmo disse, o artigo 385, do CPP, tem mais de 70 anos de vigência. Vem lá da ditadura Vargas.

De pronto: quando o CPP foi decretado por Vargas, o MP era um braço do Executivo. Garantias? Zero; ou quase.

O Constituinte de 1988 concebeu um novo MP, concedendo-lhe independência e as mesmas garantias da magistratura. Dizer que o MP opina, apequena o MP. Evidente: se só opina, por que o constituinte lhe deu as garantias da magistratura?

Segue-se. Como se disse na inicial da ADPF 1.122, o CPP nasce em tempos duros. Início dos anos 40, em pleno Estado Novo, sob a vigência da outorgada Constituição de 1937. Um Código de seu tempo. Inquisitório. Com recurso de ofício, porque se empoderava os juízes mas se desconfiava deles. Nada existe fora da história, porém. Bem por isso deve-se reconhecer a historicidade da norma, bem como revolver o chão linguístico de sua tradição institucional. Como tal, é condição de possibilidade para uma compreensão adequada da crise que se mostra e sua eventual superação.

Sendo assim, tem-se que o Professor Afrânio talvez não tenha se atentado para os sistemas, porquanto esquece ou despreza o cariz inquisitório do CPP de 41, e a adoção – pelo modelo constitucional instituído pela Constituição da República de 1988 – do sistema acusatório. Ou existe dúvida de que nela o sistema é acusatório?

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Isso não é pouca coisa, porquanto como se afirmou na inicial da ADPF 1.122, há uma inegável incompatibilidade do preceito impugnado com a CR de 1988, porquanto o CPP de 1941 teve como pressuposto a hipertrofia do aparato estatal de repressão em detrimento das garantias e dos direitos individuais. Aliás, todo o Código deveria sofrer uma filtragem hermenêutico-constitucional. Só o contexto em que foi editado já é motivo suficiente.

O segundo ponto que se reputa estar equivocado a análise do professor Afrânio diz com o fato dele afirmar que, em alegações finais, o Ministério Público não pede, opina. Nem o MP deve concordar com o professor. Isto porque é preciso ressaltar que no processo decorrente de ação penal pública, o Ministério Público é parte, logo, ele pede, ele postula, ele requer. Portanto, tem-se que nele o MP não é mero "palpiteiro". Se for apenas isso, há que se repensar as garantias concedidas ao MP. Urgentemente.

Se o MP não possui responsabilidade política na sua função (no sentido de que fala Dworkin), então facilmente poderia ser substituído por advogados privados. Afinal, para apenas opinar, por que precisa independência, inamovibilidade e vitaliciedade?

E o terceiro ponto – talvez o mais crucial –, diz com a afirmação do professor Afrânio de que o pedido do MP é formulado na denúncia. Com o devido respeito, aqui o ilustre professor confunde ação com processo.

É que quando o MP oferece denúncia em crime de ação penal pública, postula o processamento do caso penal, vale dizer, pede a admissibilidade da acusação para que ele, o caso penal, seja submetido ao crivo do processo. Fosse verdadeira a afirmação de que o pedido do MP é aquele formulado tão somente na denúncia – e não o das alegações finais – , o processo penal seria desnecessário, pois a denúncia vem embasada em elementos de informação e não em prova, porque ela – hoje está se tornando pacífico – é aquilo que se produz no processo, em ambiente arejado pelo contraditório e pela ampla defesa.

Para demonstrar como a afirmação do professor Afrânio é equivocada, basta pensar na hipótese em que, durante a instrução processual, o MP não logrou se desincumbir do ônus da prova; ou que as provas produzidas apontam na direção de que o réu não concorreu para a infração penal, e assim por diante. Nesses casos, inclusive quando formalmente há na denúncia pedido de condenação, nas alegações finais o MP – seria melhor dizer deve – pode pedir absolvição. Em face disto, qual dos dois pedidos vincularia o juiz? O pedido da denúncia, formulado com base em elementos de informação do inquérito policial ou procedimento equivalente, ou o pedido das alegações finais, formulado com base nas provas produzidas no processo? Parece evidente que o MP, em suas alegações finais, não opina, e sim postula, e que em casos tais o juiz não está autorizado a condenar contrariando o pedido de absolvição formulado.

Vale registrar que na ADPF 1.122, proposta pela Anacrim, discute-se a matéria a partir do sistema

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

acusatório; e a partir dele os fundamentos devem ser pensados, o que é um pressuposto de saber. No artigo do prof. Afrânio, os sistemas pouco importam; o que vale é a literalidade do artigo 385, do CPP, um artigo inequivocamente inquisitório, que colide com os preceitos estabelecidos por um sistema verdadeiramente acusatório, como o proposto pela CR e agora também pelo CPP, em seu artigo 3º-A.

Há, portanto, no artigo do professor Afrânio, uma verdadeira confusão entre ação e pretensão (se pensada a partir de Carnelutti), estando equivocado quando vincula o referido artigo 385, do CPP, ao pedido formulado na denúncia – portanto na ação, em seu exercício –, e não àquele pedido formulado no processo.

Desde a doutrina mais atualizada sobre a ação, quando se aciona o que se pede é que ela, a ação, seja recebida, de modo a que o caso penal (e não a lide, que se não sustenta no processo penal) seja processado. Depois do processo, então, lá no final da instrução, após as observações das partes e suas manifestações sobre suas pretensões (para quem as admite), o juiz acerta (mais uma vez como queria Carnelutti) o caso penal; faz ou deve fazer, na hipótese, uma justa composição do conflito de pretensões. Para alguns, embora em equívoco, a justa composição da lide.

Ora, se o MP, em alegações finais, diz que não tem pretensão de condenar (porque não tem provas, por exemplo), o que vai julgar o juiz? Um conflito de pretensões, se não há conflito algum? Uma lide, que ali seria uma pretensão resistida, que não há? Enfim, não seria essa a lição de Liebman e tantos outros? Mas, na hipótese (do MP pedir a absolvição), onde estaria a pretensão? E a resistência a ela? Afinal, é justo aí que não há nada disso.

Em suma, já no sistema inquisitorial o 385, por razões óbvias, seria inconstitucional. Com as devidas exceções (que já não são poucas e não precisa declinar os nomes), nunca se discutiu tal ponto porque não interessava ao sistema; pelo menos com uma visão sistêmica; e nunca houve uma verdadeira leitura processual penal a partir da CR e sim, com dificuldades, nos tradicionalistas, isso era feito a partir do CPP, tentando-se adaptar ela a ele. Um absurdo; um contrassenso. Mas agora não é mais assim.

Logo, muito embora, no sistema inquisitório do CPP, a ação penal pública seja indisponível – como argumenta o professor Afrânio –, o pedido de absolvição por parte do MP em alegações finais não viola o art. 42, do CPP, porquanto o pedido na ação, como já se disse, é o formulado na denúncia, e não aquele formulado em alegações finais. Sendo assim, uma vez oferecida a denúncia (como é primário, ela é resultado do exercício da ação), resta atendido o artigo 42, do CPP, pouco importando se o pedido do MP, em alegações finais (sobre o conteúdo do processo), for de absolvição. Embora não tenha dito o professor Afrânio, o argumento serve (quiçá com mais força) para o artigo 576, no qual está expresso que o MP não pode desistir (e é sempre este verbo, como se deve notar) do recurso que interpôs.

Mas vale a reflexão: o que é a indisponibilidade da ação? Se o MP não recorre, pode? Se ele pede o arquivamento, pode? Se ele pede a absolvição, pode? Então, o que é ser indisponível? Volta o problema: o que é a ação penal? O que é o processo? Como parece elementar, são conceitos que se não pode confundir. Afinal, são coisas diferentes; muito diferentes.

Na inicial da ADPF foi-se adiante: mostrou-se que em um sistema verdadeiramente acusatório (para beneficiar o próprio interesse do MP de não ver transitar em julgado uma sentença de absolvição, por

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

exemplo, por falta de provas), o MP pode retirar a acusação, mesmo porque outras e melhores provas podem aparecer. Para tanto, veja-se o CPP chileno e seu artigo 170.

No caso do CPP de 41, em que o sistema é o inquisitório, existem, como precitado, o artigo 42 e o 576, justo porque em face de referido sistema não se quer que o MP "desista". Tal verbo indica que ele não pode "dispor do conteúdo do processo", em face da base inquisitorial? Mas veja-se bem: o MP não pode desistir, mas pode não recorrer, como é pacífico? E o que é isso senão desistir? Aqui fica claro uma das inúmeras incongruências do sistema inquisitório, regido com um escopo preciso (no fundo quase um nós contra eles) e, no particular, marcado por uma estrutura construída para alcançar aquele fim. Por evidente que a maneira de fugir dessa e outras trápolas é pensar a partir da CR e dentro do sistema acusatório, tratando de não misturar as coisas.

Estas pequenas observações foram escritas em face da importância do professor Afrânio e do respeito que se devota – e deve devotar – por ele. Tem-se, com ele, muitos pontos em comum no processo penal, mas nos casos discutidos, há muita distância, como se pode ver. O tempo na disputa pelos espaços democráticos urge; e não é possível que se tenha de, a cada passo, a cada etapa, ter que repassar conceitos dos quais os significados já são pacificados; ou quase. Conceitos que quando expressados, todos sabem do que se está falando.

Meta Fields

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.