

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

# PARECER

*Sistema acusatório: limites aos poderes instrutórios do juiz e  
a impossibilidade de condenação, ante pedido de absolvição do Ministério Público*

Consulentes: Dr. Átila Pimenta Coelho Machado

2017

## GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal  
pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Professor Associado do Departamento de Direito Processual  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### A CONSULTA

Honra-me o eminente advogado Dr. Átila Pimenta Coelho Machado formulando consulta, com pedido de parecer, para ser utilizado em apelação criminal já interposta, contra sentença proferida no processo n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR, que tramita perante a 13ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Paraná, ora em grau de recurso perante o Tribunal Regional Federal da 4º Região, em que foi condenado Dario Teixeira Alves Júnior, seu Constituinte.

Referido processo, inserido no âmbito da denominada Operação Lava Jato, decorre de denúncia oferecida contra Adir Assad, Agenor Franklin Magalhães Medeiros, Alberto Elísio Vilaça Gomes, Alberto Youssef, Ângelo Alves Mendes, Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, Dario Teixeira Alves Junior, Francisco Claudio Santos Perdigão, João Vaccari Neto, José Aldemário Pinheiro Filho, José Américo Diniz, José Humberto Cruvinel Resende, Julio Gerin de Almeida Camargo, Lucélio Roberto Von Lehsten Goes, Luiz Ricardo Sampaio de Almeida, Mario Frederico Mendonça Goes, Marcus Vinícius Holanda Teixeira, Mateus Coutinho de Sá Oliveira, Paulo Roberto Costa, Pedro José Barusco Filho, Renato de Souza Duque, Renato Vinícios de Siqueira, Rogério Cunha de Oliveira, Sérgio Cunha Mendes, Sonia Mariza Branco, Vicente Ribeiro de Carvalho e Waldomiro de Oliveira.

De relevante para o presente estudo, são as imputações e posterior condenação de Dario Teixeira Alves Júnior, defendido pelo Consulente.

Dario Teixeira foi denunciado pelo crime do art. 288 do Código Penal (parte I da denúncia) e por 322 vezes o crime do art. 1º da Lei nº 9.613/1998 (parte IV). Ao final, Dario Teixeira Alves Júnior foi condenado pelo delito de associação criminosa e pelo crime de lavagem de dinheiro, do art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei nº 9.613/1998, por seis operações, consistente nos repasses, com ocultação e dissimulação, de recursos criminosos provenientes do contrato do Consórcio Interpar, através de simulação de contratos de consultoria e utilização de empresas de fachada. A pena foi de 9 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado.

O Consulente apelou da sentença, em prol de seu constituinte

A consulta veio instruída com cópias digitais dos seguintes atos processuais do processo supra referido: (1) denúncia; (2) auto de busca e apreensão; (3) ata de audiência; (4) Relatório de Análise de Polícia Judiciária nº 445/2015, produzido no inquérito policial 5049557-14.2013.404.7000 (5) certidão de juntada do referido relatório; (6) alegações finais do Ministério Público; (7) alegações finais da Defesa de Dario Teixeira; (8) sentença; (9) razões de apelação de Dário Teixeira; (8) parecer do Ministério Público Federal.

Assim relatado o assunto, os consulentes formulam os quesitos abaixo arrolados:

Primeira Série:

1. Os poderes de iniciativa probatória do juiz no processo penal, são compatíveis com o processo penal acusatório?
2. Em caso de resposta positiva ao quesito anterior, quais os limites para o juiz exercer os poderes instrutórios, sem comprometer a sua imparcialidade?
3. No caso concreto, houve perda da imparcialidade do juiz, ao determinar, de ofício, a juntada do Relatório de Análise de Polícia Judiciária 444/2015, produzido no inquérito 5049557-14.2013.404.7000, fora do objeto original da pretensão formulada?

4. No caso concreto, houve ilegalidade por parte do juiz na determinação e na produção de provas *ex officio*?

5. Em caso de resposta positiva ao quesito nº 4, qual é a consequência para o processo?

Segunda Série:

6. O Ministério Público pode dispor da ação penal de iniciativa pública?

7. A regra do art. 385, primeira parte, do Código de Processo Penal, é constitucional?

8. Qual a consequência de o juiz condenar o acusado, diante de pedido absolutório do Ministério Público?

9. No caso concreto, foi correta a condenação de Dario Teixeira Alves Júnior, processo n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR, que tramitou perante a 13ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Paraná, pelos crimes de lavagem de dinheiro, relacionados com atos praticados por meio das empresas e “Soterra Terraplenagem” “SM Terraplenagem” e “Power To Ten”?

Bem examinadas as questões e os documentos que acompanham a presente consulta, passo a emitir o meu parecer, dividido em duas partes: I – Dos limites aos poderes instrutórios do juiz e os riscos à imparcialidade; II – Da pretensão processual e a impossibilidade de condenação pelo juiz ante pedido absolutório do Ministério Público.

## O PARECER

### I – PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E OS RISCOS À IMPARCIALIDADE

#### I.1 A verdade como critério de justiça

No caso em análise houve a determinação da produção de provas *ex officio* pelo juiz de primeiro grau. Indaga, então, o Consulente, sobre os limites dos poderes instrutórios do juiz, com vista à preservação de sua imparcialidade, e as consequências processuais da produção de prova, de ofício, pelo julgador.

O tema é insistentemente discutido no processo penal, sob o enfoque de se a atividade probatória e imparcialidade do julgador é ou não compatível com um processo penal acusatório. Por outro lado, o risco da perda da imparcialidade seria aceitável ante outro valor absolutamente essencial para a justiça das decisões: a verdade dos fatos. Se a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade,<sup>1</sup> sendo melhor decidir o processo lançando os dados, com fazia o juiz Bridoye, protagonista de um dos episódios de Pantagruel.<sup>2</sup>

Essa verdade, mesmo numa concepção de verdade como correspondência, é inatingível, sendo impossível se ter um conhecimento absoluto dos fatos passados. Aliás, isso não é uma questão somente “do processo penal”. Se não podemos falar de uma verdade absoluta ou uma verdade com “V” maiúsculo, estamos falando de uma “verdade relativa”, isto é, um grau de aproximação, na maior medida possível e admissível, da realidade histórica dos fatos. Trata-se, pois, de uma verdade necessariamente relativa, que seja a “maior aproximação possível” daquilo que se denomina verdade, *tout court*.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Mirjan Damaska, *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. Francesca Cuomo Ulloa e Valentina Riva, Bologna: Il Milino, 2003, p. 138.

<sup>2</sup> François Rabelais, *O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel*, trad. Élide Valarin Oliver, Cotia: Ateliè Editorial; Campinas, Editora da Unicamp, 2006, cap. 39, p. 231-234.

<sup>3</sup> Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 158.

Aliás, mesmo no campo das ciências naturais, como bem observa Cataldo Neuburger, o paradigma da certeza científica, que vigorou por séculos, entrou em crise, sendo assumido pela epistemologia contemporânea, que a ciência também está privada da certeza.<sup>4</sup> Logo, não seria exagero afirmar, como Juarez Tavares, que tudo da investigação científica é apenas meramente provável.<sup>5</sup>

Se não há como afirmar, com absoluta certeza, que um enunciado fático cujo conteúdo reproduza um acontecimento passado seja verdadeiro. No processo o que se pode racionalmente atingir, a parte do suporte dado pelos meios de prova, é aceitar entre os diversos enunciados fáticos, qual é preferível e, tendo atingido o standard probatório adequado ao caso, “ser considerado verdadeiro”. O que, obviamente, não é o mesmo que “ser verdadeiro”.

Ainda que com tal limitação, e concebida em termos de probabilidade elevada, é inconcebível um modelo justo de processo penal que não trabalhe com a verdade como fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça. A decisão não será correta nem injusta se basear em fatos acertados erroneamente.<sup>6</sup> Como afirma Ferrajoli, “se uma justiça penal inteiramente ‘como verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal inteiramente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbítrio”.<sup>7</sup>

Em suma, mesmo adotando uma premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência, é preciso ter a plena consciência de que uma identidade absoluta é inatingível. Mas, ainda que não se possa saber, com absoluta certeza, quando um enunciado fático é verdadeiro, é possível saber quando, com base em uma probabilidade lógica prevaiente, um enunciado é preferível ao outro.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Luisella de Cataldo Neuburger, *Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell'esperto*. (Org.) *La prova scientifica nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007, p. 503.

<sup>5</sup> *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-americano de Cooperação Penal, 1996, p. 16.

<sup>6</sup> Michele Taruffo, *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltran. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 23.

<sup>7</sup> Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Bari: Laterza, 1998, p. 18.

<sup>8</sup> Vincenzo Garofoli, “*Verità Storica e Verità Processuale: L'imponibile endiadi in un processo virtualmente accusatorio*”, in Garofoli, Vincenzo e Incampo, Antonio. *Verità e processo penale*, Milano: Giuffrè, 2012, p. 50.

## I.2 A verdade do processo acusatório e os poderes instrutórios do juiz

Com tais limitações exposta no item *supra*, pode-se afirmar que o processo acusatório também busca a “verdade”. Embora a “verdade” almejada no processo acusatório não seja a mesma a que aspira o processo inquisitivo.

No processo inquisitório a verdade é ambiciosamente concebida como uma “verdade objetiva” ou “absoluta”. Já a “verdade” no processo penal acusatório deve ser entendida como verdade de caráter aproximativo, inevitavelmente condicionada à falibilidade dos meios de reconstrução histórica, e que deve ser buscada respeitando as regras e garantias processuais. Além disto, enquanto que a “busca da verdade” do processo inquisitório induz a pensar em qualquer coisa objetiva e autônoma em relação à escolha dos meios cognoscitivos, o “acertamento dos fatos” do processo acusatório depende do método empregado: variando o método, varia o resultado do acertamento probatório.<sup>9</sup>

Como observa Ferrua na busca da “verdade”, é preferível o realismo do modelo acusatório, que admite a limitação da busca da “verdade”, que será sempre relativa, do que a perigosa utopia do modelo inquisitório, em que tudo é justificado para se atingir uma verdade absoluta.

Sob o enfoque histórico, no paradigma acusatório/inquisitório, os poderes de iniciativa probatória do juiz ligam-se à concepção inquisitória.

Modernamente, contudo, embora não desconhecendo posições em contrário, entende-se que o sistema acusatório não é incompatível com um juiz dotado de poderes para determinar *ex officio* a produção de meios de provas,<sup>10</sup> desde que o

---

<sup>9</sup> Francesco Mauro Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 135.

<sup>10</sup> Nesse sentido: Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal* Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v. I, p. 192; Giulio Illuminati, *La prova nel dibattimento penale*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 76; e Aniello Nappi, *Guida al codici di procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 10; Alessandra Bassi, Art. 468 c.p.p.: le parti e la disponibilità del diritto all’iniziativa probatoria. *Cassazione penale*, Milano: Giuffrè, 1993, p. 461, nota 3; Luigi Petrillo, Funzioni e limiti dell’esercizio del potere istruttorio integrativo del giudice del dibattimento. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 1210; Andrea Scella, I residuali poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 1215. Na doutrina nacional, cf. Ada Pellegrini Grinover, A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27, 1999, p. 72. Não se desconhece, contudo,

exercício de tais poderes seja limitado, subsidiário e exercido após a delimitação do objeto da imputação pelo acusador e a realização normal da atividade probatória pelas partes.

Aliás, não os modelos abstratos, mas os sistemas concretos, em alguma medida, sempre conferem alguma iniciativa probatória ao julgador. Será raro – para correr o risco em fazer uma assertiva absoluta de que é inexistente – um ordenamento em que atividade probatória esteja exclusivamente nas mãos das partes. Há sistemas que reconhecem um poder geral de produção de toda e qualquer prova que se mostre necessária à descoberta da verdade,<sup>11</sup> enquanto que em outros há previsões específicas

---

posição em sentido contrário, negando a possibilidade de o juiz ter poderes instrutórios em um modelo acusatório. Nesse último sentido: Luigi Giovanni Lombardo, *Ricerca della verità e nuovo processo penale. Cassazione penale*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 755; Luca Marafioti, L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè, 1993, p. 845. Na doutrina nacional: Jacintho Nelson de Miranda Coutinho, "O papel do novo juiz no Processo Penal". In: Jacintho Nelson de Miranda Coutinho (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 31 e ss.; e Aury Lopes Jr., *Introdução crítica ao Processo Penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173 e ss. Merece destaque, a posição intermediária de de Geraldo Prado (*Sistema acusatório ...*, p. 158-159): "entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele que pertinente à iniciativa judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção da inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar, de maneira supletiva, provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa".

<sup>11</sup> Na Espanha, por exemplo, embora o art. 728 da Ley de Enjuiciamiento Criminal estabeleça, como regra geral, que "no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentada", o art. 729 excepciona esta regra geral, dispondo que "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: 1º. Los careos de los testigos entre sí o con los procesado o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes; 2º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. 3º Las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles". Também na Alemanha, o § 244, n. 1, da StPO confere ao juiz os poderes instrutórios de caráter geral. "El tribunal tiene que extender de oficio la recepción de las pruebas para la investigación de la verdad de todos los hechos y medios de prueba que tienen significado para la decisión". Com relação a Portugal, no Código de Processo Penal de 1987, O art. 340, § 1.º, do CPP português estabelece um princípio geral segundo o qual "o Tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa". Segundo Figueiredo Dias, trata-se de "uma estrutura acusatória, integrada por um princípio de investigação" (*O novo Código de Processo Penal. Separata do Boletim do Ministério da Justiça 369/15, Lisboa, 1987, p. 14*). Quanto à Itália, O art. 190, comma 1º, do Codice di Procedura Penale, que "enuncia il principio forse più emblematico del nuovo rito accusatorio" (Achille Melchionda, *Prova in generale (diritto processuale penale)*. Enciclopedia del diritto. Aggiornamento, Milano, 1997, 847), estabelece que "1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte". Trata-se, porém, de uma regra geral, mas que o próprio legislador no art. 507, comma 1º: "Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove". O Código de Processo Penal Tipo para a Iberoamérica também assegura ao juiz o poder de produzir provas ex officio. Como regra geral, o art. 289 estabelece que "en la decisión, el tribunal ordenará, de oficio, la recepción de la



em relação apenas a determinados meios de prova.<sup>12</sup>

### **I.3 Os poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro: limites ao seu exercício**

No direito brasileiro, o art. 156 do Código de Processo Penal admite em alguma medida, que o juiz exerça atividade probatória *ex officio*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Respeitando o ponto de vista doutrinário em contrário, nunca se declarou a inconstitucionalidade de tais regras, por violarem a garantia da imparcialidade do julgador. Ou seja, não tem merecido acolhida a posição extremada que considere ser absolutamente incompatível os poderes instrutórios do juiz com a sua imparcialidade.

---

prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas”. Além disto, o art. 317 prevê que “El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”. Por fim, o art. 320, dispõe que “Si el tribunal estimare imprescindible, durante la deliberación, recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, conforme al art. 317, podrá disponer, a ese fin, la reapertura del debate

<sup>12</sup> Assim, por exemplo nos países de common law, em que a regra fundamental é a iniciativa das partes na atividade probatória, tendo o julgador um papel geralmente passivo. No processo norte-americano, a rule 614 (a) do Federal Rule of Evidence estabelece que “the court may, on its own motion or at the suggestion of a party, call witnesses, and all parties are entitled to cross-examine witnesses thus called”. De outro lado, a letra (b) dispõe que “the court may interrogate witnesses, whether called by itself or by a party”. Também a rule 706 prevê que “the court may appoint any expert witnesses agreed upon by the parties and may appoint expert witness of its own selection”. Também no processo penal inglês, o juiz pode chamar *ex officio* testemunhas, incluindo os peritos, sem a necessidade de consentimento das partes.

Partindo dessa premissa, a questão a ser resolvida passa a ser como o juiz deve utilizar legitimamente os seus poderes instrutórios no caso concreto? É necessário estabelecer os limites ao exercício de tais poderes.

Antes, porém, é necessário um esclarecimento terminológico. Como já tivemos oportunidade de escrever, “a categoria ‘poderes instrutórios do juiz’ é bastante heterogênea, incluindo poderes que vão desde a busca da fonte de provas (atividade propriamente investigativa) até a introdução em juízo de provas de cuja existência já tenha conhecimento. Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova, percebe-se, facilmente, que o perigo para a imparcialidade está no juiz que é um pesquisador, um “buscador” de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, como, por exemplo, a informação de que uma certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova necessário – o testemunho – para incorporar ao processo as informações contidas na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade”.<sup>13</sup>

Nos casos em que o juiz se limita a **determinar a produção de um meio de prova correspondente a uma fonte de prova já existente ou noticiada nos autos**, que não foi obtida por sua própria investigação, ele não se transforma em um *inquisidor*. Além disso, o resultado dessa atividade, de mera determinação de produção de um meio de prova, pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto à ocorrência do fato. Isto é, pode confirmar ou refutar a afirmação fática que constitui o *thema probandum*.

Assim, uma primeira limitação aos poderes instrutórios do juiz é que ele deve ser utilizado somente para determinar a produção de meios de provas correspondentes a fontes de provas já existentes nos autos. O juiz tem **poderes instrutórios**, de determinar a produção de meios de prova, e não **poderes investigatórios**, de realizar atos de investigação.

Diante disso, uma outra limitação que me parece clara à iniciativa probatória do juiz diz respeito a impossibilidade de praticar qualquer ato de investigação, na fase de inquérito policial ou qualquer outra forma de investigação preliminar, na medida em que ainda não há imputação formulada e delimitação dos

---

<sup>13</sup> Gustavo Henrique Badaró, *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 119-120.

fatos a serem objeto do processo, o que somente ocorrerá com o oferecimento da denúncia pelo órgão acusatório. E, neste caso, se não há definição da hipótese a ser investigada, por um sujeito diverso do julgador, o juiz que atuar na investigação estará criando mentalmente uma hipótese a ser investigada e, com isso, haverá inegável comprometimento psicológico para confirmação da hipótese eleita.

Que o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz não implica, por si só, a perda da sua imparcialidade, é algo que se concorda.

Por outro lado, também parece inegável que, ao determinar a produção de provas *ex officio*, o juiz corre o risco de perder a sua imparcialidade, a depender de como exerça tais poderes.

Resta analisar, no caso concreto, se o exercício dos poderes instrutórios, determinado *ex officio* a produção de provas, comprometeu a imparcialidade do julgador.

Antecipando a conclusão que se justificará a seguir, a resposta é positiva. E isso se deve a alguns fatores: (i) o juiz não se limitou a produzir provas sobre fatos alegados pelas partes, mas foi além, superando os limites do objeto do processo e formulando indagações sobre fatos que não constam da causa de pedir; (ii) o juiz não indicou, ao determinar a produção da prova, a partir de quais elementos dos autos que já eram de seu conhecimento, extraiu a fonte de prova que propiciou a produção do meio correspondente.

#### **1.4.1 Do caso concreto: o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz sobre fatos não imputados da denúncia**

Atividade instrutória supletiva tem como limite intransponível, o objeto da prova delimitado exclusivamente pelas partes e, mais especificamente, pelos fatos imputados na denúncia. Em nenhuma hipótese o juiz pode usar poderes instrutórios para provar fatos não alegados pelas partes, porque ou isto violaria a disponibilidade das partes em definir o objeto do processo, ou consistiria atividade probatória absolutamente inútil, em clara violação ao princípio de economia processual, pois seria uma prova de fatos impertinentes.

Portanto, admite-se os poderes instrutórios do juiz como meio para determinar a produção de um meio de prova correspondente a uma fonte de prova que já se tem notícia no processo, há um pressuposto inafastável do seu exercício: ao juiz somente é possível determinar a produção de provas sobre alegações dos fatos objeto do processo, definido pelo acusador, ao realizar a imputação na denúncia ou queixa.<sup>14</sup>

Se as partes têm nos fatos imputados ou naqueles constantes da resposta à acusação, uma baliza para requerer a produção das provas de suas alegações, é evidente que o julgador, igualmente, não poderá ultrapassar tais limites. O direito de requerer provas das partes e tê-las admitidas, assim como e o poder do julgador de determinar provas de ofício, ficam restritos aos limites da petição inicial e dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos trazidos pelo réu.

Bedaque, em obra pioneira sobre o tema, ao tratar dos limites do poder instrutório do juiz no processo civil, afirma:

“Em princípio, pode-se dizer que **os elementos objetivos da demanda constituem a primeira limitação. À luz do princípio da correlação** ou adstrição, a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir (art. 128 e 460 do CPC. Se assim é, **não pode o juiz buscar provas relativas a fatos não submetidos ao contraditório**”.<sup>15</sup> (destaquei)

Na doutrina estrangeira o posicionamento é idêntico. Em profundo estudo sobre o tema, Joan Picó i Junoy, que se posiciona favoravelmente aos poderes instrutórios do juiz, assim se manifesta sobre “limites constitucionales a la iniciativa probatória del juez civil”, assevera:

“Como es obvio, **la iniciativa probatoria ex officio iudicis no puede ser ilimitada** pues puede entrar en conflicto con derechos o valores constitucionales que merecen

---

<sup>14</sup> Nesse ponto, é interessante notar a mudança do processo penal italiano, com a passagem de um modelo marcadamente inquisitório, com a atividade probatória centrada no juiz, para um modelo fortemente acusatório, em que a atividade probatória passou a ter as partes como protagonista. No abrogado *codice* de 1930 o art. 299 dizia incumbir ao juiz instrutor a realização de todos os atos necessários ao *accertamento della verità*; o *Codice di procedura penale* de 1988, por outro lado, prevê que são objeto de prova: “os fatos que se referem à imputação, à punibilidade e à determinação da pena e da medida de segurança” (art. 187, 1º comma); os fatos dos quais depende a aplicação de normas processuais (art. 187, 2º comma); os fatos inerentes à responsabilidade civil decorrente do delito (art. 187, 3º comma).

<sup>15</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 4 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 154.

ser protegidos. ... dicha iniciativa tiene tres relevantes límites que seguidamente paso a analizar:

En primer lugar, **la prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes**, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, **no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes**, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia”.<sup>16</sup> (destaquei)

No direito português, Jorge Figueiredo Dias explica que:

“Já conhecemos o processo histórico através do qual se operou a evolução do processo penal de um tipo **inquisitório** para um tipo **acusatório**, bem como a consideração material que esteve na base da evolução: a imparcialidade e objectividade que, conjuntamente com a independência, **são condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial só estarão asseguradas quando a entidade julgadora não tenha também funções de investigação preliminar** e acusação das infrações, mas antes **possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado** (em regra o MP ou um juiz de instrução). É precisamente com este conteúdo que modernamente se afirma o **princípio da acusação**.”<sup>17</sup> – (grifos no original)

---

<sup>16</sup> Juan Picó i Junoy, *El juez y la prueba*. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probate, non secundum conscientiam* y su repercusión actual. Barcelona: Bosch Procesal, 2007, p. 117-118. No mesmo sentido, na doutrina argentina: Casimiro A. Varela, *Valoración de la prueba*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 148.

<sup>17</sup> Figueiredo Dias, *Direito ...*, p. 136-137.

No mesmo sentido, na doutrina italiana, Bruno Cavallone afirma que:

“**il giudice civile**, per quanto largamente lo si voglia autorizzare a ‘disporre d’ufficio’ l’ammissione delle prove, **no può introdurre *ex officio* nel processo, come oggetto di prova, fatti (sia pur secondari) non allegati dalle parti**”.<sup>18</sup>  
(destaquei)

Com idêntico conteúdo, assevera Taruffo:

“anche nei sistemi che conoscono **un giudice dotato di estesi poteri istruttori** autonomi, la funzione che al giudice si riconosce non è di ricerca inquisitoria della verità, ma soltanto di integrazione delle iniziative probatorie delle parti. Da un lato, invero occorre ricordare che **i fatti che si tratta di provare sono pur sempre soltanto quelli che le parti allegano**” (destaquei).<sup>19</sup>

Ou seja, em qualquer sistema, o primeiro e mais elementar limite aos poderes instrutórios do juiz é que sua utilização deve se dar em caráter supletivos da atividade das partes. Isso é resultado do câmbio de uma visão do processo em que cabia ao juiz o papel de protagonista principal da atividade probatória, com um papel secundário e complementar dos sujeitos interessados, para um modelo diverso, para não se dizer antagônico, em que se confere às partes o direito à prova, restando ao julgador poderes subsidiários de produção da prova, visando esclarecimentos fundamentais que não foram trazidos ao processo pela atividade regular e principal dos sujeitos parciais.

A análise do tema exige um aprofundamento da imputação dos crimes de lavagem de dinheiro contidos na denúncia.

Mais especificamente, foram-lhe imputadas 322 condutas de lavagem de dinheiro, na Parte IV da Denúncia, cujo item IV.4.2, denominado “Lavagem via SETEC e ASSAD (SM, POWER, SOTERRA, ROCKSTAR e LEGEND)”, encontra-se dividido em outros subitens: (1) SM Terraplenagem Ltda. (SM) (fls. 154/157); (2)

---

<sup>18</sup> Critica della teoria delle prove atipiche. *Rivista di diritto processuale*, Milano: Giuffrè, 1978, p. 723, nota 124.

<sup>19</sup> Michele Taruffo, Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di diritto processuale*, Milano: Giuffrè, 1990, p. 434.

Power to Ten Engenharia (Power) (fl. 157/160); (3) Soterra Terraplenagem e Locação de Equipamentos Ltda. (Soterra) (fls. 160/163); (4) Rock Star Marketing Ltda. (Rock Star) (fls. 163/164); (5) Legend Engenheiros Associados Ltda. (Legend) (fls. 165).

Nos quatro primeiros subitens, relativos às empresas SM, Power, Soterra e Rock Star, não há sequer a menção ao nome de Dario Teixeira. Não se lhe imputa qualquer ato. Aos outros corrêus são atribuídas a assinatura de contratos, ou mesmo a simples participação nos quadros societários das referidas empresas. Nada, porém, se atribui ainda que a título de mera concorrência para tais crimes, a Dario Teixeira.

Somente em relação ao último tópico, tendo por objeto a empresa LEGEND é que há referência a atos que teriam sido praticados por Dario Teixeira:

*“Ainda sobre tais operações de lavagem, cumpre-se destacar que, em 12/11/2008, foi encaminhado pela LEGEND ENGENHEIROS ASSOCIADOS LTDA, em papel timbrado e assinado por DARIO TEIXEIRA, uma minuta de contrato de locação de máquinas e equipamentos (Anexo 134, f. 04-07)”* (fl. 165 da denúncia - destaquei).

Já na sentença condenatória, consta em seu item 437:

*“437. Apesar do MPF ter, em suas alegações finais, afirmado que só haveria prova de autoria contra Dario Teixeira em relação às transações da Legend e da Rock Star (evento 1.069, fl. 230), o órgão acusado cometeu um evidente equívoco pois não considerou, por lapso compreensível, as provas constantes no evento 1.052. Há, portanto, prova de autoria em relação a Dario Teixeira também em relação às demais empresas, como Soterra Terraplanagem, SM Terraplanagem e Power To Ten”.*

Em suma, no caso em análise, a prova produzida, por iniciativa judicial, não se limitou, a demonstração dos fatos constantes da denúncia. O juiz foi além, superando os limites do objeto do processo, e formulando indagações sobre temas que não constam da causa de pedir. Basta uma leitura da petição inicial para constatar que nenhum desses fatos consta da denúncia.

#### **I.4.2 Do caso concreto: o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz a partir de fontes provatórias não existentes nos autos**

Com relação ao segundo aspecto, o MM Juiz do processo, ao determinar a produção da prova consistente no trasladado aos autos cópia do “Relatório de Análise de Polícia Judiciária 444/2015, constante no evento 1205, arquivos despl, relmissopolic3, e relmissãopolic4, do inquérito 5049557-14.2013.404.7000”, não indicou a partir de quais elementos dos autos – e que já obteve a informação de tais fontes pessoais de prova.

Evidente que estando o Magistrado atuando em todos os processos da chamada Operação Lava Jato, em primeiro grau de jurisdição, que tramitam na Subseção Judiciária de Curitiba, imagina-se que esta seja a fonte de conhecimento do juiz. Todavia, em relação ao presente processo, trata-se, inegavelmente, de conhecimento privado do juiz e sua produção representará atividade que compromete a imparcialidade.

Bedaque explica que, em relação a iniciativa probatória do juiz:

“correto afirmar que **a necessidade de produção da prova deve ser aferida pelos elementos dos autos.** Para concluir pela realização de determinada diligência instrutória, o julgador leva em conta, exclusivamente, dados obtidos no processo”.<sup>20</sup> (destaquei)

E essa limitação é necessária, como explica Pico i Junoy, justamente para preservar a imparcialidade do juiz, impedindo que se torne um investigador de fontes de prova:

“es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). **Sólo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su ‘conocimiento privado’**”

---

<sup>20</sup> Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz ...*, p. 154.



**al margen de los resultados que figuran en los autos.** Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad de juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes. **Al margen del uso de estas fuentes probatorias, entiendo que el juez no puede tener iniciativa probatoria,** pues sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios por él utilizados, lo que puede comprometer la debida confianza que, objetivamente el juez debe merecer al justiciable”.<sup>21</sup> (destaquei)

Esse segundo limite, que não foi observado no caso concreto, é essencial para garantir a imparcialidade do juiz que determina a produção de provas.

Repita-se, por relevante: admite-se que o juiz tenha o poder de determinar a produção dos meios de prova referentes a fontes de prova que já estão nos autos e, portanto, não surgiram em razão de sua investigação. Mas não se pode tolerar o risco de que o juiz investigue fontes de prova. Isso porque a atividade de investigar é, inegavelmente, comprometida do ponto de vista psicológico.

Idêntico é o posicionamento, na doutrina italiana, de Bruno Cavallone, para quem **o juiz não pode “andare a cercare da sé, fuori del processo, ‘fonti materiali di prova’ che non siano già identificate e menzionate *in actis*, senza con ciò violare altri principii e valori (l’imparzialità del giudice, il contraddittorio, il divieto di utilizzazione della scienza privata, la regola dell’onere della prova)”**.<sup>22</sup>

#### **I.4.3 Do caso concreto: o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz sem a possibilidade de exercício do contraditório posterior pelas partes**

Por fim, mas não menos relevante, depois de ter determinado a produção de meios de prova *ex officio*, o juiz não assegurou às partes o pleno **exercício do contraditório** e, principalmente, o direito de postular e ver produzido

<sup>21</sup> Picó i Junoy, *El juez y la prueba*. ..., p. 118.

<sup>22</sup> Critica della teoria ..., p. 723, nota 124.

outros meios de prova para se defender sobre o conteúdo dos fatos constantes do Relatório de Análise de Polícia Judiciária 444/2015, constante no evento 1205 do cuja juntada se determinou aos autos.

O contraditório que, como advertia Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é “um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz”,<sup>23</sup> foi ignorado!

Porém, na mesma audiência, ocorrida no dia 3 de agosto de 2015, em que foi interrogado Mario Frederico Mendonça Góes, depois de tal ato de autodefesa, o MM Juiz determinou, com fundamento no art. 234 do CPP, que se trasladasse aos autos cópia do Relatório de Análise de Polícia Judiciária 444/2015, constante no evento 1205, do Inquérito Policial 5049557-1.2013.4047000 (item 2) e depois de outras deliberações, declarou encerrada a instrução (item 7) e determinou a abertura de prazo para que as partes apresentassem alegações finais (termo de audiência – Evento 1050).

É inegável que não houve respeito ao contraditório, na medida em que a reação defensiva não pode ser realizada na mesma intensidade que a produção da prova cuja produção foi determinada, de ofício, pelo juiz.

A defesa teria todo o direito de requerer a produção de prova contrária ao teor do referido relatório de análise policial. Determinada e produzida a prova de ofício pelo juiz, o respeito ao contraditório exige que o juiz conceda às partes prazo para eventualmente requerer a produção de prova contrária e, nesse caso, sem necessidade de valorar a pertinência e relevância, para demonstrar que os fatos constantes do meio de prova cuja produção foi determinada por iniciativa do juiz não seriam verdadeiros.

Como explica Tarzia:

“l’esercizio del potere istruttorio ufficioso in qualunque momento del processo riaprirà i termini per una nuova istruttoria, qualora si volga dopo l’assunzione delle prove proposte dalle parti, ma esclusivamente sui fatti ammessi a tema di prova del giudice e su quelli volti a contestare l’esistenza o ad informare la rilevanza”.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 115.

<sup>24</sup> Tarzia, *Lineamenti* ..., p. 115-116.

Voltando ao caso e a prova especificamente produzida por iniciativa do julgador, é de se observar que o magistrado tratou tal do Relatório de Análise de Polícia Judiciária como se documento fosse, o que fica claro pela invocação do art. 234 do Código de Processo Penal, com fundamento legal invocado para a determinação, *ex officio*, de sua juntada aos autos.

Realmente, parece tratar-se de uma simples compilação de elementos probatório, com a reprodução de documentos e arquivos eletrônicos apreendidos ou “espelhados” que numa análise “realizada de forma preliminar, em razão do prazo exíguo”, tenham parecido relevante, e “que posteriormente serão aprofundados”, conforme constou no item 3, denominado “observação”, do referido relatório.

Ao mais, não se trata de um laudo elaborado por perito oficial ou compromisso, cuja elaboração tenha necessidade de específicos conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, a justificar uma prova pericial.

E sendo tratado como documento, em respeito ao contraditório, era imperiosa a necessidade de abertura de prazo para manifestação de ambas as partes,<sup>25</sup> seja do ponto de vista argumentativo, seja requerendo a produção de nova prova de confronto. Ao mais, por exemplo, diante de um documento novo, poderiam as partes, por exemplo, suscitar o incidente de falsidade documental.

Por outro lado, o fato de as partes terem oportunidade de, posteriormente, se manifestar sobre a referida prova, por ocasião das alegações finais, não afasta o vício. Primeiro, porque em tal momento procedimental, a instrução já estava concluída, não mais havendo oportunidade de produzir contraprova, ou mesmos a produção de “prova sobre prova”.

A segunda opção seria considerar o Relatório de Análise de Polícia Judiciária com estando submetido ao regime das provas periciais. Também nesse caso, ainda mais tratando-se de uma prova produzida *ex officio*, dever-se-ia, igualmente em respeito à garantia constitucional do contraditório, dar oportunidade para manifestação das partes.

---

<sup>25</sup> O art. 398 do ab-rogado Código de Processo Civil de 1973 dispunha: “Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias”. Se contraditório deve ser observado em relação à prova documental produzida pela parte contrária, com muito maior razão o deverá ser no caso de prova produzida, *ex officio*, pelo juiz.

Intimadas para se manifestar sobre tal “Relatório de Análise”, poderiam formular quesitos complementares, ou mesmo a simples formulação de críticas, que levassem o magistrado a determinar a complementação da perícia ou ainda a designação de um outro perito. Além disso, eventualmente, diante de um relatório de análise técnica, equiparado a um laudo pericial, poderiam as partes pedir esclarecimentos dos peritos, inclusive em audiência (CPP, art. 159, § 5º, I).

Inegável, pois, que a juntada *ex officio* do Relatório de Análise da Polícia Judiciária nº 445/2015, com a instrução já concluída, e sem previa oportunidade de exercício do contraditório pelas partes, gerou a nulidade dos atos posteriores, designadamente, a sentença proferida.

Não é demais lembrar a definição Vassali, no sentido de que o direito à prova é o “direito de defender-se provando”.<sup>26</sup> Não puderam os acusados se defender provado, diante de prova realizada por determinação *ex officio* do juiz.

Após a produção da prova determinada *ex officio* pelo juiz, deve se permitir às partes a propositura e produção de novos meios de prova, seja em respeito ao contraditório, seja como um limite intransponível para assegurar a imparcialidade do julgador.<sup>27</sup> Todavia, não foi o que ocorreu no presente caso, lançando dúvidas sérias e suficientes sobre a imparcialidade do julgador.

Em suma, o que permite e justifica que o juiz tenha poderes instrutórios, para determinar a produção de provas *ex officio*, é buscar uma melhor reconstrução história dos fatos, quando a atividade dos titulares do direito à prova e principais foi insuficiente. Se assim o for, e respeitados os limites necessários para evitar a perda de imparcialidade, a prova produzida por iniciativa judicial colabora para uma melhor prestação jurisdicional. O juiz, contudo, deve buscar a verdade de modo indistinto, com vistas aos esclarecimentos dos fatos objetos do processo, e agir como um sujeito interessado, em obstinada missão na confirmação de uma específica versão factual com a qual já se comprometeu previamente.

---

<sup>26</sup> Giuliano Vassali, Il diritto alla prova nel processo penale, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 1968, p. 12.

<sup>27</sup> Nesse sentido: Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz ...*, p. 155. Na doutrina estrangeira: Picó i Junoy, *El juez y la prueba ...*, p. 118.

No presente caso, infelizmente, a produção de meios de prova determinado *ex officio* pelo juiz, não foi fruto de uma isenta atividade para uma melhor reconstrução história dos fatos. Ao admitir a produção de prova sobre fatos novos, alheios ao objeto da denúncia, extrapolando os limites do exercício de seus poderes instrutórios, comprometendo a sua imparcialidade. Outro indicador dessa perda de imparcialidade é o fato de que não houve, após a produção de prova de ofício, mesma preocupação com um amplo e completo esclarecimento dos fatos contrários. Não se permitiu, na mesma medida, que as partes produzissem prova de prova de confronto. Parece que desaparecera, então, a obstinada busca da verdade. Essas violações aos limites do exercício dos poderes instrutórios do juiz permitem concluir pelo comprometimento da imparcialidade.

Cabe a adequada e clara advertência de Geraldo Prado:

“Ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do *thema probandum*, e, sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da positivação da questão fática. **Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador**”.<sup>28</sup>  
(destaquei)

No presente caso, pelo modo como se deu a produção da prova determinada *ex officio* pelo juiz, a tendência perigosa se concretizou, havendo elementos suficiente para razoavelmente duvidar de sua imparcialidade

O Tribunal Europeu de Direito Humanos assentou a doutrina geral no sentido de que o juiz em relação ao qual se possa temer legitimamente a falta de imparcialidade, provoca a perda da confiança que, numa sociedade democrática, os Tribunais devem inspirar em seus jurisdicionados.<sup>29</sup> E é inegável que a chamada

---

<sup>28</sup> Geraldo Prado, *Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das Lei Processuais Penais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, P. 136-137.

<sup>29</sup> Nesse sentido: TEDH, *Caso Piersack vs. Bélgica*, sentença de 01.10.1982; TEDH, *Caso De Cubber vs. Bélgica*, sentença de 26.10.1984; TEDH, *Caso Pfeifer y Plankl vs. Áustria*, sentença de 25.02.1992; TEDH, *Caso Sainte-Marie vs. França*, sentença de 16.12.1992; TEDH, *Caso Fey vs. Áustria*, sentença de 24.02.1993; TEDH, *Caso Padovani vs. Itália*, sentença de 26.02.1993; TEDH, *Caso Nortier vs.*

teoria da aparência da imparcialidade é ainda mais relevante, quando se trata de uma possível decisão judicial que irá se sobrepor ao princípio democrático da vontade da maioria. Como se assevera em famosa expressão do direito inglês “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*”.<sup>30</sup>

## **II - DA PRETENSÃO PROCESSUAL E A IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO PELO JUIZ ANTE PEDIDO ABSOLUTÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

A impossibilidade de o juiz proferir sentença condenatória quando há pedido absolutório do Ministério Público está expressamente prevista na primeira parte do art. 385 do Código de Processo Penal.

Tal dispositivo, contudo, autoriza o juiz, no caso de expressa manifestação em sentido contrário do órgão acusador, titular da ação penal, a condenar o acusado. Não se trata de condenação sem ação penal, mas de condenação, sem manutenção da pretensão processual.

Essa aparente impropriedade sistêmica exige que se faça uma releitura de tal regra, à luz de um modelo acusatório de processo penal claramente delineado pela Constituição de 1988, para verificar se, como resultado de tal filtragem constitucional, o citado artigo 385 é compatível com o novo modelo processual penal ou se, ao contrário, deve ser considerado não recepcionado pela nova ordem constitucional.

Primeiro, é preciso ter claro que não se pode confundir a pretensão punitiva (material) com a pretensão processual. Depois, verificar se no caso de pretensão processual exercida pelo Ministério Público, em ações penais de iniciativa pública, essa pretensão é disponível ou indisponível. Diante de tais premissas, concluir-se-á sobre a possibilidade ou não de o juiz condenar o acusado, mesmo diante de manifestação do Ministério Público no sentido de sua absolvição.

---

*Países Baixos*, sentença de 24.08.1993; TEDH, *Caso Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, sentença de 22.04.1994.

<sup>30</sup> A expressão foi utilizada pelo TEDH, *Caso Delcourt vs. Bélgica*, sentença de 17 de janeiro de 1970.

## II.1 Pretensão processual e pretensão punitiva com fenômenos distintos

Sem qualquer finalidade propedêutica, mas apenas ante a necessidade de definir situações distintas e esclarecer o que é e o que não é disponível, enquanto objeto do processo penal, é necessário aclarar o maltratado conceito de pretensão e, especialmente, de pretensão processual.

Desde então, as investigações sobre o objeto do processo partem de um ponto comum: o objeto do processo, penal ou civil, é a pretensão. Toda discussão situa-se em determinar qual é o conteúdo de tal pretensão.

Expressão muito usada no direito penal e no processo penal é *pretensão punitiva*. E como adverte Nuvolone, reproduz-se à exaustão que a pretensão punitiva, seria a pretensão que constitui o objeto do processo penal.<sup>31</sup> Discorda-se de tal posicionamento. **A “pretensão punitiva” é a pretensão de direito material e não a pretensão processual.**

Voltar à velha discussão dos processualistas tedescos, distinguindo a pretensão processual (*prozessuale Anspruch*) da pretensão de direito material (*materiellrechtliche Anspruch*), ROSEMBERG destaca que, embora a ZPO use a expressão objeto do processo (*Streitgegenstand*) em muitos sentidos, quase sempre o objeto do processo significa o mesmo que pretensão (*Anspruch*).<sup>32</sup> Porém, a pretensão da ZPO não é a pretensão do § 194 do BGB. A pretensão da ZPO, indubitavelmente, é um conceito puramente processual, e não de direito material.<sup>33</sup>

Esclarecendo o conceito de pretensão material ARAKEN DE ASSIS, explica que “em face do preenchimento de um suporte fático, surge, para alguém, uma peculiar situação de vantagem, já designada de direito subjetivo, que confere ao titular uma posição estática. Quando, porém, se torna exigível, se afirma que ao direito corresponde uma pretensão, ou seja, o poder de exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Pietro Nuvolone, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*. Ristampa, Padova: Cedam, 1969, p. 73.

<sup>32</sup> <sup>32</sup> Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1995, v. II, p. 27.

<sup>33</sup> *Tratado ...*, v. II, p. 29.

<sup>34</sup> *Cumulação de ações*. 2. ed., São Paulo: RT, 1995, p. 67.

Tal conceito de pretensão material funda-se claramente na posição de WINDSCHEID, que concebia a pretensão como sendo o direito de exigir de outrem uma ação ou omissão.<sup>35</sup>

Aliás, desse conceito não difere substancialmente o conceito de pretensão de CARNELUTTI: “exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio”.<sup>36</sup> E, embora não tenha se preocupado em distinguir a pretensão processual da pretensão material, falando genericamente em pretensão, essa pretensão é um dos elementos da lide; mais especificamente, integra o aspecto formal da lide, ao lado da resistência. Porém, em acertada e conhecida crítica a tal conceito, CALAMANDREI demonstra o conceito de lide é metaprocessual, sociológico e extraprocessual, sendo algo que ocorre antes do processo e que irá originá-lo.<sup>37</sup>

Há uma clara identificação entre os conceitos de pretensão como “direito de exigir de outrem uma ação ou omissão” e de “exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio”. Ambos os conceitos só podem referir-se à pretensão material.

Primeiro, porque a lide é pré-processual, tendo existência própria e sendo independente do processo, embora, posteriormente, possa ser levada ao processo.<sup>38</sup> E a pretensão, para CARNELUTTI, é um dos elementos que qualificam o conflito de interesses para formar a lide. Portanto, sendo a lide anterior ao processo, e, sendo a pretensão elemento da lide, a pretensão também é algo que já existe antes mesmo do processo. A pretensão preexistente ao processo é a pretensão material, e não a pretensão processual, que só pode ser algo inerente ao processo.

---

<sup>35</sup> Giovanni Pugliese (*Polemica intorno all'actio di Windscheid e Muther*. Firenze: Sansoni, 1954. § XVIII) lembra que Windscheid, que tanto influenciou a literatura germânica, integrou a Comissão redatora do Código Civil alemão, tornando possível a consagração do seu conceito de pretensão no § 194 do BGB.

<sup>36</sup> Francesco Carnelutti (*Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v. I, p. 40) afirma: “(...) esigenza della subordinazione dell'interesse altrui all'interesse proprio. Questa esigenza è ciò che si chiama la pretesa”.

<sup>37</sup> Para Piero Calamandrei (Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928, p. 92-93) “la lite così concepita è infatti non soltanto separata dal processo, in quanto esiste prima e all'fuori di esso”, bem como “affinchè la lite possa entrare nel processo occorre dunque che essa sia presentata al giudice, anzichè nel suo aspecto sociologico, nel suo aspecto giuridico”. No mesmo sentido, Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo Prólogo à *Lecciones sobre el proceso penal*. De Francesco Carnelutti, Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. vol. I, p. 4. E o próprio Carnelutti chegou a afirmar que o conceito de lide é “manifestamente metagiuridico” (*Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 55, nota 2), tendo também falado no “concetto della lite come fenomeno sociale” (Profilo dei rapporti tra diritto e processo. *Rivista di Diritto Processuale*, 1960. p. 547).

<sup>38</sup> Carnelutti (*Sistema ...*, v. I, p. 341) explica que “la lite è certamente un presupposto del processo”.



Assim, é possível a solução espontânea da lide pelos titulares dos interesses em conflito, seja abrindo mão da pretensão, seja não mais resistindo. Nessa segunda hipótese, satisfaz-se a pretensão, sem a necessidade de um processo. Trata-se, portanto, de pretensão material. Alguém exigiu a subordinação de um interesse alheio ao próprio e, afastada a resistência, o interesse alheio acabou por ser subordinado, conforme se exigia. Ou, numa linguagem mais próxima do conceito de WINDSCHEID, alguém exigiu de outrem uma ação ou omissão e este, não se opondo ou posteriormente afastando a oposição inicial, realizou a ação ou omissão que se exigia. Em ambas as situações, satisfaz-se a pretensão sem um processo, sem a formulação de uma pretensão processual.

Por fim, fica ainda mais fácil perceber que a pretensão carneluttiana não equivale àquela pretensão processual, ao atentarmos para os sujeitos envolvidos na lide. Segundo o autor, a lide é intersubjetiva, ela exige dois e apenas dois sujeitos.<sup>39</sup> Assim é que a pretensão é formulada em relação ao outro indivíduo envolvido no conflito. É da outra pessoa envolvida na relação intersubjetiva que se exige a subordinação do interesse em função do qual aquela resiste. Porém, desde que o processo ganhou autonomia científica com BÜLOW, percebeu-se que a relação jurídica processual é tríplice, e não dúplice. A par dos sujeitos interessados, existe o sujeito imparcial, o Estado.<sup>40</sup> E mais, não bastasse tal caráter público da relação processual, hoje, em face do estágio atual das teorias sobre o direito de ação, não se duvida que a pretensão processual é formulada tendo por destinatário o próprio Estado, que é quem exerce a atividade jurisdicional para conferir a tutela jurisdicional a quem tiver razão.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Para Carnelutti (*Sistema...*, v. I, p. 342-343) “Una lite, poichè è un conflitto d’interessi intersubbiettivo, non può esistere senza due soggetti diversi. Perciò i soggetti ne sono necessariamente due”. E complementa: “Come gli interessi in lite non possono non essere due così *non possono essere più di due*, nè pertanto *più di due ne possono essere i soggetti*” (grifos do autor).

<sup>40</sup> Oskar von Bülow (Die Leher von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen. Giesen: Emil Roth, 1868, ou, na versão castelhana, La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964).

<sup>41</sup> Conforme destacou Enrico Tullio Liebman (*Manual de direito processual civil*. 2. ed. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1 p. 152), o direito de ação “é um direito subjetivo diferente daqueles do direito substancial, porque dirigido ao Estado, sem se destinar à obtenção de uma prestação deste. É, antes disto, um direito de iniciativa e de impulso, direito do particular de pôr em movimento o exercício de uma função pública, através da qual espera obter a tutela de suas pretensões”. Em face disso, segundo Cândido Rangel Dinamarco (*Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 349, nota 16), “tratar-se-ia de um direito perante o Estado, ao qual não corresponde nenhuma obrigação deste. Diante desta aparente contradição, parece até lícito crer que, na realidade, o Mestre estaria verdadeiramente considerando como *poder*, não como direito” (destaque do autor).

Pode-se falar, portanto, em duas pretensões distintas. Inicialmente, em face de um conflito de interesses, surge a pretensão. Dessa pretensão podem decorrer duas situações: ou ela é voluntariamente satisfeita pelo sujeito contra quem foi formulada, que a ela não opõe resistência, subordinando seu interesse ao interesse alheio; ou esse sujeito resiste àquela pretensão, que restará contestada ou insatisfeita. Até aqui estamos analisando a pretensão carneluttiana, que é uma pretensão material. Ocorrendo a segunda hipótese, a satisfação da pretensão material terá que se dar através do processo. No processo, formula-se uma nova pretensão, agora dirigida ao Estado e não mais contra o sujeito que não satisfez a pretensão material.<sup>42</sup> Nessa pretensão, processual, o destinatário é o Estado, que deverá atuar a vontade concreta do direito objetivo. Essa atuação da vontade concreta da lei levará, numa linguagem carneluttiana, à justa composição da lide, e conseqüentemente, à satisfação da pretensão material.

Fica claro que se está diante de duas pretensões distintas, tanto em seu aspecto subjetivo<sup>43</sup> quanto no objetivo. Assim, se não há razão para confundi-las, não há porque designá-las pelo mesmo nome. A distinção pode ser feita, e deve ser feita, acrescentando-se ao substantivo *pretensão* o adjetivo *material* ou *processual*.

Estabelecidas tais premissas, é possível analisar, sem confusões, a pretensão punitiva.

A pretensão, segundo CARNELUTTI, é um daqueles conceitos que foi elaborado, primeiramente, pela ciência do processo civil e desta transportado para a teoria geral. Por muito tempo, foi concebida como algo análogo ao poder. Posteriormente, passou-se a compreender a pretensão, ao contrário, como um ato, qual seja, o ato mediante o qual precisamente se manifesta a exigência de subordinação de um interesse a outro superior. “A pretensão penal é, em particular, a exigência de submetimento de alguém à pena”.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Tal diversidade de pretensões foi muito bem captada por José Carlos Teixeira Giorgis (*A lide como categoria comum do processo*. Porto Alegre: Lejur, 1991, p. 57): “vedado ao litigante exercer a justiça privada, a pretensão de um dos sujeitos, voltada sem sucesso para o outro litigante, passa a dirigir-se ao Estado. Busca o litigante um instrumento para o atendimento da pretensão e satisfação de um interesse. A lide se desloca então para o processo, e a pretensão se muda para o pedido. Há uma alteração no endereço da pretensão, pois antes dirigia-se contra o outro sujeito, agora contra o Estado. Em face do adversário cessa a pretensão exercida, agora já contra o Estado, de quem se busca uma prestação”.

<sup>43</sup> Nesse sentido: Jaime Guasp Delgado *La pretensión procesal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1985, p. 70; Miguel Fenech, *Derecho procesal penal*. 3. ed., Barcelona: Labor, 1960. v. I, p. 396.

<sup>44</sup> *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950, v. I, n. 76, p. 191.

A pretensão punitiva, que CARNELUTTI denomina pretensão penal, surge toda vez que alguém pratica um determinado delito, podendo o Estado exigir que essa pessoa sacrifique sua liberdade para que prevaleça a punição estatal. Deve-se acrescentar que, no processo penal, em face do princípio *nulla poena sine iudicio*, ter-se-á uma pretensão insatisfeita, vez que, para solucionar o litígio penal, é sempre necessário o processo, pois o Estado não pode auto-aplicar a norma penal, mesmo que haja a concordância de quem cometeu o delito.

A pretensão punitiva seria o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal.<sup>45</sup> Através da pretensão punitiva o Estado procura tornar efetivo o *ius puniendi*, exigindo do autor do crime, que se sujeite à sanção penal. Porém, tal pretensão não poderá ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator submeter-se à pena. Assim sendo, tal pretensão já nasce insatisfeita.<sup>46</sup>

Tal conceito de pretensão punitiva refere-se à pretensão material, e não processual, esta sim, objeto do processo. Em outras palavras, é uma pretensão que já existe antes do processo, e que será seu substrato.<sup>47</sup> Porém, de nenhuma forma se identifica com a pretensão processual, veiculada através da demanda ou da acusação.

Assim, a manifestação da pretensão punitiva, como consequência do concreto direito de punir do Estado, confere a este o direito de exigir que o delinquente se submeta a uma pena.<sup>48</sup> Tal exigência, no processo penal, por força do *nulla poena sine iudicio*, só pode ser exercida através do processo.<sup>49</sup> Essa pretensão material, anterior e extraprocessual, irá ingressar no processo, sendo a razão ou motivo do mesmo. No processo, porém, o que existe é a pretensão processual, embora esta apresente como parte de seu fundamento os elementos que compunham a pretensão material.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Com nítida inspiração carnelluttiana, Frederico Marques (*A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963. V. I, p. 200), ao explicar o conceito de pretensão punitiva, diz que “esta consiste na subordinação dos interesses do autor do crime ao interesse punitivo do Estado, pois toda pretensão pode ser definida como a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio”. No mesmo sentido: ID. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. vol. II, p. 62.

<sup>46</sup> Nesse sentido, Frederico Marques, *Tratado...*, v. II, p. 57; Afrânio Silva Jardim (Estudos sobre a pretensão processual. *Direito processual penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 162.

<sup>47</sup> Nesse sentido, explica Franco Soldi (*El procedimiento penal mejicano*, 1946, p. 21): “la pretensión punitiva nace con el delito, vive en el ámbito del derecho substantivo, y puede tener y tiene vida extraprocésal y es además susceptible de extinguirse”.

<sup>48</sup> Com razão, pois, Araken de Assis (*Cumulação...*, p. 70), quando afirma que “a pretensão (material) constitui figura intercalar entre o direito subjetivo e a ação”.

<sup>49</sup> Conforme muito bem salientou Cândido Rangel Dinamarco (*Instrumentalidade...*, p. 207, nota 3), “no criminal, a pretensão punitiva ficaria fadada à definitiva frustração, não fora o processo (e, inversamente, este funciona como indispensável filtro das pretensões punitivas)”.

<sup>50</sup> Para Carlos Ramírez Arcila (*La pretensión procesal*. Bogotá: Temis, 1986. p. 9) “La pretensión material desaparece al insertarse su contenido en la demanda y se convierte, a su vez, en contenido parcial de esta; en tal forma pasa a ser también parte indirecta del cuerpo del proceso, pero sin individualidad e independencia,

Definida a pretensão punitiva como pretensão material, deve-se destacar que a distinção entre a pretensão material e a pretensão processual não é mera questão terminológica. Não é, também, um mesmo fenômeno visto em momentos diversos, antes e durante o processo. O fundamento da pretensão material seria parte do conteúdo da pretensão processual.

A pretensão processual é aquela veiculada em juízo, através do exercício da ação. Nesse sentido, OTTORINO VANNINI explica que:

“oggetto immediato dell’azione non è la pretesa; oggetto dell’azione è soltanto un accertamento giudiziale, quindi una pretesa non sostanziale, ma puramente processuale”.<sup>51</sup>

A pretensão processual terá existência independentemente do direito material que fundamenta o pedido do autor.<sup>52</sup> Sem a pretensão processual não existiria o processo. Essa pretensão, contudo, no final do processo, poderá ser acolhida ou rejeitada, mas nunca será uma pretensão inexistente. Por força do *nulla poena sine iudicio*, a pretensão material, anterior e extraprocessual, irá ingressar no processo, sendo a razão ou motivo do mesmo. Processa-se porque há uma pretensão punitiva. Porém, de nenhuma forma a pretensão punitiva se identifica com a pretensão processual, veiculada através da acusação, ao exercer do direito de ação. O Acusador exerce a pretensão processual, isto é, o direito de postular em juízo, pedindo ao Poder Judiciário a verificação da imputação formulada.

Como explica Goldschmidt, “el Estado titular de **derecho de penar** realiza su derecho en el proceso no como parte, sino como juez”.<sup>53</sup> Para tanto, contudo, precisa exercer o **direito de acusação**, cujo conteúdo é o pedido de que o juiz exerça o seu direito de punir.<sup>54</sup> E, diante dessas duas manifestações, conclui: “en efecto, hay que distinguir entre **exigencia en el sentido material y pretensión en el sentido procesal**”.<sup>55</sup>

---

y en esto difiere de la pretensión material, y por consiguiente, no puede seguirsele llamando de igual manera, sino que debe distinguirse la una de la otra, lo cual se logra con la denominación que se le ha dado de pretensión procesal”.

<sup>51</sup> Ottorino Vannini, *Manuale di diritto processuale penale italiano*. 5. ed., Milão: Giuffrè, 1965. p. 26.

<sup>52</sup> Afrânio Silva Jardim, Estudos sobre a pretensão processual. *Direito processual penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 163.

<sup>53</sup> James Goldschmidt, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 24-25.

<sup>54</sup> Idem, *ibidem*, p. 31-32.

<sup>55</sup> Goldschmidt, *Problemas jurídicos ...*, p. 35.

No processo, o que existe é a pretensão processual, distinta da pretensão material, embora esta apresente como parte de seu fundamento os elementos que compõem aquela. A pretensão processual terá existência independentemente do direito material que fundamenta a denúncia ou queixa.<sup>56</sup>

**A pretensão punitiva pertence ao Estado, que a exercer por intermédio do juiz, ao final do processo, no caso de condenação com a imposição da sanção.** O fato de o direito de punir ser indisponível não tem relação com a disponibilidade ou não da pretensão processual. Aliás, o direito de punir também é indisponível no caso de ação penal de iniciativa privada, embora a vítima possa não propor a pretensão processual (por decadência ou renúncia) ou, depois de já a ter promovido, poderá dela dispor, conceder o perdão ou deixar ocorrer a preempção.

A pretensão processual é aquela veiculada em juízo, através do exercício do direito de ação que, num sistema governado pela regra da obrigatoriedade da ação penal, mais se caracteriza como um poder dever de processar. Ao exercer a “ação penal”, o Ministério Público – e, excepcionalmente, o querelante – formula uma imputação ou, mais especificamente, a imputação penal que **é o ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal.** É a formulação da pretensão penal. **Essa pretensão, contudo, repita-se, não é a pretensão punitiva, de natureza material, mas a pretensão processual.** Portanto, acusar ou deixar de acusar significa formular ou não formular a pretensão processual penal.

A confirmação da distinção entre pretensão material, por nós chamada de pretensão punitiva, de um lado, e pretensão processual, de outro, fica clara no instituto da prescrição. É afirmação corrente na doutrina que o decurso de um determinado lapso temporal, a partir da data do crime, sem que seja oferecida a denúncia ou a queixa, importa na prescrição da pretensão punitiva.<sup>57</sup> A pretensão punitiva, portanto, só pode ser a pretensão material, anterior ao processo, pois, de outra forma, como poderia se extinguir a pretensão processual antes mesmo de existir o processo?<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Silva Jardim, Estudos sobre a pretensão processual..., p. 163.

<sup>57</sup> Paulo José da Costa Júnior, *Comentário ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. I, p. 485.

<sup>58</sup> A mesma conclusão é apresentada por Cândido Rangel Dinamarco (*Instrumentalidade ...*, p. 207, nota 5), embora denominando a pretensão punitiva de pretensão penal: “A ideia da prescrição da ‘pretensão penal’, corrente na matéria, corresponde à aceitação da ‘pretensão de direito material’, conceito pandectista introduzido por Windscheid e fonte de muitos mal-entendidos”. Na verdade, a questão terminológica, de definir a pretensão material como sendo pretensão punitiva ou pretensão penal, não é o mais importante. O

Claramente, portanto, a pretensão punitiva é pretensão material, não podendo, assim, constituir o objeto do processo. Esse lugar somente poderá ser ocupado pela pretensão processual. E, embora se discuta qual seria o conteúdo dessa pretensão processual, por certo não se identifica ou não é ela a própria pretensão material.<sup>59</sup>

Logo, a disponibilidade ou indisponibilidade da pretensão punitiva ou do próprio direito de punir estatal não implica, necessariamente, a indisponibilidade da pretensão processual.

## **II.2 O “pedido de absolvição” do Ministério Público como retirada da pretensão processual**

O objeto do processo é a pretensão processual, que não se confunde com a pretensão material.

A pretensão processual é aquela veiculada em juízo, através do exercício do direito de ação que, num sistema governado pela regra da obrigatoriedade da ação penal, mais se caracteriza como um poder dever de processar. Ao exercer a “ação penal”, o Ministério Público – e, excepcionalmente, o querelante – formula uma imputação ou, mais especificamente, a imputação penal. Nesse contexto, imputar quer dizer atribuir um fato penalmente relevante a alguém. A imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal.

---

fundamental é atentar para a distinção entre as duas espécies de pretensões, uma material e outra processual. Nesse aspecto, sem dúvida, o instituto da prescrição é um exemplo claro da possibilidade de se extinguir a pretensão material, antes mesmo de se formular a pretensão processual.

<sup>59</sup> Merece destaque na doutrina nacional o profundo e original estudo de Aury Lopes Jr. (*Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 125-151), que dedica todo um capítulo ao estudo da “(Re)Construção da Dogmática do Objeto do Processo Penal: A Pretensão Acusatória (Para Além do Conceito Carneluttiano de Pretensão)” no qual afirma que o objeto do processo penal é uma pretensão processual: a pretensão acusatória, consubstanciada no poder de proceder e juízo contra alguém, ou poder de submeter alguém a um juízo cognitivo. O ponto de vista é bastante semelhante ao que defendemos, como inclusive reconhece o autor. Cabe observar, porém, que entendemos não haver a “divergência periférica” apontada. Isso porque, Aury Lopes Jr. (Op. cit., p. 136) diverge do que seria o nosso ponto de vista, no sentido de que a pretensão material e a pretensão processual seriam “um mesmo fenômeno (...) apenas visto em momentos distintos”: Diz o autor: “Nada disso, a relação é de conteúdo e continente. A pretensão processual é aquela veiculada em juízo, através da ação, da acusação”. Como visto no corpo do texto das páginas anteriores, nosso ponto de vista, nesse aspecto, não tem qualquer diferença, sendo absolutamente coincidente.

No caso inverso, em que ao receber o conteúdo da investigação preliminar o representante do Ministério Público entende não ser o caso de formular a pretensão processual (i.e., acusar), mas o juiz discordar da manifestação de arquivamento, por considerar que deveria ser formulada a pretensão processual, o Código de Processo Penal confere a este uma função anômala de fiscalizador da obrigatoriedade da ação penal (ou seja, de formular a pretensão processual), determinado que a negativa do promotor de justiça seja controlada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28. Se o representante máximo do Ministério Público insistir no não oferecimento da denúncia, não haverá pretensão processual e não haverá processo para o Poder Judiciário julgar.

Em suma, quanto a iniciar ou não o processo, isto é, formular ou não formular a pretensão processual, é inegável que a palavra final é do Ministério Público, não podendo o juiz impor ao acusador que se formule a pretensão processual.

Para o presente estudo, contudo, não interessa diretamente o momento inicial, mas a manifestação final do Ministério Público: uma vez iniciado o processo, formulando-se a pretensão processual seria possível ao Ministério Público dela dispor, ou teria que, obrigatoriamente, mantê-la até o julgamento do mérito pelo Poder Judiciário?

O art. 42 do Código de Processo Penal responde nesse último sentido: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”.

Importante perceber, contudo, que essa “ação penal”, da qual o Ministério Público não pode desistir, evidentemente não é o ato inicial de exercer a pretensão processual, mas a pretensão processual em si. Não é possível desistir do exercício da ação penal, porque ele já foi exercido! Se a ação penal é o poder-dever de dar início ao processo, retirando a jurisdição de sua inércia, é evidente que ela é exercida no momento primeiro do processo.

Mais tecnicamente, portanto, o citado art. 42 estabelece uma vedação, pela qual o Ministério Público não pode “desistir” da pretensão processual, formulada com o exercício do direito de ação e posta para apreciação judicial. Ou seja, o Ministério Público não pode, segundo o citado dispositivo, “retirar” a pretensão processual penal anteriormente formulada.

Mas seria, realmente, essa “ação penal” – isto é, a pretensão processual – indisponível? Evidente que não se está a indagar se o ato de dar início ao processo é indisponível. A questão central é: a pretensão processual penal é indisponível? Ou, perguntado de outra forma: Exercido o direito de ação penal, com a formulação da pretensão processual penal, esta será indisponível por parte de quem a formulou?

Não há nenhum preceito constitucional disponha sobre tema, seja para declarar a pretensão processual indisponível, seja para autorizar sua disponibilidade.

No plano legal, a indisponibilidade da ação penal – entendida como pretensão processual – não é absoluta. Evidente que a pretensão processual ou, com diz o Código de Processo Penal, a “ação penal” é disponível, nos casos de iniciativa privada. Sendo o exercício do direito de ação penal exclusivamente privada sujeito ao princípio da discricionariedade, ficando ao exclusivo interesse do ofendido ou seu representante legal, exercê-lo ou não, é possível o não exercício de tal direito, com a consequente não formulação da pretensão processual. O titular do direito de ação privada poderá renunciar a tal direito, manifestando a vontade de não o exercer. Poderá, também, deixar transcorrer o prazo legal para o seu exercício, sem o fazê-lo, operando-se a decadência do direito de queixa (art. 38 do CPP). Por outro lado, uma vez exercido o direito de ação penal, com o oferecimento da queixa-crime e a formulação da pretensão processual penal, o querelante poderá dela “desistir”, mediante ato bilateral, concedendo o perdão ao querelado (CP, art. 105) e, se este o aceitar, também não haverá julgamento da pretensão processual, com a verificação judicial da existência do crime e sua autoria, mas simples declaração de extinção da punibilidade. Com acerto, o art. 105 do Código penal dispõe que “O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação (*rectius*: da pretensão processual). Por fim, é possível, também, que já tendo exercido o direito de queixa e formulado a pretensão processual, o querelante ao final não formule pedido de condenação (CPP, art. 60, inciso III, parte final), deixando perimir tal direito, ou melhor, a pretensão processual penal.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Não parece correto afirmar que em tal caso haverá a perempção da ação, na medida em que esta já teria sido exercida com o oferecimento da queixa-crime. Logo, não se mata ou se extingue o que já se consumiu por inteiro. O direito de ação já foi exercido por completo, com o ajuizamento da queixa crime por seu titular, veiculando uma pretensão processual. Esta que irá permanecer ao longo do processo e, ao final, será julgada procedente ou improcedente. Não se julga a “ação”, mas a pretensão que por ela se formula. É por isso que não é correto, embora usual, “trancar a ação”. Ela já foi exercida



Evidente que o ofendido ou seu representante legal estarão a dispor da pretensão processual e não da pretensão material, entendida como exigência estatal de punir, que decorre do *ius puniendi*.

Por outro lado, mesmo no caso de ações penais de iniciativa pública, há casos de disponibilidade da pretensão processual.

Primeiro, pode se citar a hipótese em que o representante do Ministério Público recebe os autos de investigação preliminar e deixa transcorrer o prazo para oferecimento de denúncia, sem qualquer manifestação. Em tal situação poderá o ofendido exercer a pretensão processual, que originariamente era pública, por meio de queixa subsidiária (CPP, art. 29). O direito de ação e, conseqüentemente, a formulação da pretensão processual, não terá sido exercido pelo legitimado ordinário.

Outro exemplo, ainda mais claro, posto que a disponibilidade se dará depois de já formulada a pretensão processual ocorre no caso de suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/1995, art. 89), em que, é possível suspender tal pretensão e, posteriormente, como o término período de prova e o cumprimento das condições acordadas, ela não será julgada. Isto é, o juiz não fará um juízo no sentido de verificação instrutória da pretensão formulada, absolvendo ou condenando o acusado, mas se limitará a uma simples declaração de extinção da punibilidade, sem pronunciamento sobre a existência do crime e sua autoria.

Trata-se, assim, de tema aberto a uma escolha de política legislativa.

Por outro lado, o art. 129, *caput*, inciso I, da Constituição elenca entre as funções institucionais do Ministério Público “**promover**, privativamente, **a ação penal pública**, na forma da lei” (destaquei).

O que significa promover a ação penal? Ou, na linguagem que preferimos: promover a pretensão processual (penal)?

Uma visão de máximo reducionismo identificará o “promover”, como simples “mover inicial”, ou seja, dar causa, originar, requerer. Exercer a ação penal retirando a jurisdição penal de sua inercia. Ou apenas e tão somente, o simples ato de acusar.

---

e não há como tranca-la ou obstá-la. O que se pode trancar, no sentido de barrar, impedir de progredir, é a pretensão processual.

Mas promover também tem os significados de “fazer com que se execute, que se ponha em prática alguma coisa”; “fomentar, desenvolver”. Se o Ministério Público é o titular da pretensão processual, e se ela se coloca ao longo de todo o processo, impedi-lo de desistir da pretensão ou retirá-la é conferir-lhe uma titularidade limitada ou manietada da “ação penal”, entendida como pretensão processual penal.

Num sistema acusatório, o papel do juiz é julgar, e só julgar. Ao Ministério Público cabe o exercício do direito de ação, dando início ao processo e, ao longo deste, promovê-la, produzindo em contraditório as provas dos fatos por ele imputados.

Se, ao final do processo, o representante do Ministério Público tiver certeza da inocência do acusado, ou mesmo se estiver em dúvida razoável sobre sua culpa em sentido lato, o que deverá fazer? Seria ilegal e ilegítimo, diante da garantia constitucional da presunção de inocência, manter a pretensão processual formulada, concluindo seu exercício com um pedido de condenação.

Manifestando-se ou, para usar o verbo do art. 385 do Código de Processo Penal, “opinando” pela absolvição, o titular a quem compete promover a pretensão acusatória estaria retirando tal pretensão. Deixando de promovê-la. Se não há pedido de condenação, não há mais pretensão processual.<sup>61</sup>

Haveria – e há – o óbice legal art. 42 do mesmo código que, no caso de ação pena de iniciativa privada diz que a ação, isto é, a pretensão processual é “indisponível” pelo Ministério Público. Aliás, não falta na doutrina quem aponte que o art. 385 é uma decorrência direta do art. 42!

Tais dispositivos, contudo, devem permitir uma filtragem constitucional, de um processo acusatório, com papéis claramente demarcados, de um juiz que só julga, e um Ministério Público a quem cabe, com exclusividade, promover a ação penal.

---

<sup>61</sup> Assim com também não haverá, no caso de ação penal exclusivamente privada, em que tal ausência implica não promoção da pretensão processual, com a perempção da “ação” (CPP, art. 60, inc. III, parte final). Isto é, perempta, morta, extinta, estará a pretensão processual.

No regime originário do Código, a centralidade do juiz era incontestada. Era ele o senhor e dono do processo. A ação penal, isto é, a pretensão processual, poderia ser exercida pela autoridade policial ou mesmo, pelo juiz, *ex officio*, no procedimento denominado judicialiforme (CPP, art. 531).<sup>62</sup> Um juiz que também poderia “baixar os autos” determinando que o Ministério Público aditasse a denúncia, promovendo a *mutatio libelli* (CPP, art. 384, parágrafo único).<sup>63</sup> Nesse modelo, o Ministério Público não era alguém que promovia a pretensão processual, ao longo de todo o processo, mas pouco mais do que um acusador, que se limitava a dar início ao processo. Aliás, depois disso, do ponto de vista probatório, era inegável a centralidade do papel do juiz, a quem se impunha o dever de “buscar a verdade real” por meio do exercício de amplos poderes instrutórios, com determinação de produção de provas *ex officio*.

No processo penal da Constituição de 1988, a centralidade passou a ser das partes e a Ministério Público, muito mais que só acusar, cabe “*promover*, privativamente, a ação penal pública” (*rectius*: da pretensão processual), ao longo de todo o arco procedimental).

Assim, entre um processo penal em que o papel central é do juiz e uma vez exercida a pretensão processual pelo Ministério Público, ela se torna indisponível, podendo o juiz condenar quando o acusador considera que o acusado deve ser absolvido, e um processo penal em que as figuras proeminentes são as partes, que devem promover a pretensão e exercer a defesa ao longo de todo processo, podendo o Ministério Público, diante do resultado da instrução, retirar a pretensão processual, opinando pela absolvição do acusado, inegavelmente esse segundo modelo deve prevalecer. E isso não apenas por sua hierarquia normativa, mas também por sua maior legitimidade.

Merece reprodução o pensamento de Aury Lopes Júnior, com quem compartilhamos o conteúdo, apenas divergindo na terminologia empregada:

---

<sup>62</sup> O citado artigo dispunha: “Art. 531. O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.

<sup>63</sup> O parágrafo único do art. 384 dispunha que: “Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas”.

“Partindo da construção dogmática do objeto do processo penal, com Goldschmidt, verificamos que (nos crimes de ação penal de iniciativa pública) o Estado realiza dois direitos distintos (acusar e punir) por meio de dois órgãos diferentes (Ministério Público e Julgador). Essa duplicidade do Estado (como acusador e julgador) é uma imposição do sistema acusatório (separação das tarefas de acusar e julgar).

O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, se 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 estatal está condicionado à invocação feita pelo MP mediante o exercício da pretensão acusatória.** Logo, **o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória**, isto é, o acusador estará 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 inquisitório.

(...)

Portanto, **viola o sistema acusatório constitucional a regra prevista no art. 385 do CPP**, que prevê a possibilidade de o juiz condenar ainda que o Ministério Público peça a absolvição. Também representa uma clara violação ao princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, pleno exercício da pretensão acusatória”.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Aury Lopes Jr., *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, p. 1143-1144. A inconstitucionalidade do dispositivo é reconhecida também por Geraldo Prado (*Sistema Acusatório ...*, p. 116-117) que considera haver violação do contraditório na condenação diante do pedido absolutório do Ministério Público, porque o juiz estaria a fundar a sentença em argumentos que não foram objeto de contraditório.

### **II.3 Proposta de solução: extinção do processo sem julgamento do mérito, com impossibilidade de repositura da mesma ação penal**

Resta, porém, uma advertência, que na verdade é a consequência lógica da premissa de que o Ministério Público está, ao opinar pela absolvição, simplesmente retirando a pretensão processual anteriormente formulada. Sem pretensão processual, não há conteúdo a ser julgado pelo juiz, que não poderá condenar. Porque propor e manter a pretensão, cabe ao Ministério Público e somente ao Ministério Público. Por outro lado, absolver ou condenar, como resultados normais do julgamento da pretensão, cabe ao juiz e somente ao juiz. Logo, não há como o pedido de absolvição do Ministério Público vincular o juiz, que se veria obrigado a julgar.

O Ministério Público tem o poder de permitir ou não o julgamento da pretensão processual, mantendo-a, como pedido condenatório, ou retirando-a, com sua manifestação absolutória. Mas não pode dizer ao juiz como julgar. Mantida a pretensão, o juiz a julgará. Sem a pretensão, haverá uma extinção do processo sem julgamento do mérito, pois este, veiculado na pretensão processual, não mais estará posto e passível de julgamento pelo juiz. A opinião absolutória, portanto, somente poderá acarretar a extinção do processo sem julgamento do mérito. Evidente que, em tal caso, não será possível a repositura de uma ação penal idêntica à primeira, pelos mesmos fatos e contra o mesmo acusado. Haverá, pois, uma extinção absoluta da pretensão processual quanto àquele conteúdo.

#### **II.4 Do caso concreto: pedido de absolvição do Ministério Público e condenação pelo juiz**

No caso em análise, o Ministério Público Federal, em alegações finais, manifestou-se no sentido de que, em relação a parte dos delitos de lavagem de dinheiro – envolvendo os contratos das empresas “Soterra Terraplenagem” “SM Terraplenagem” e “Power To Ten”, Dario Teixeira deveria ser absolvido.

Todavia, o Juiz Federal acabou por condenar Dario Teixeira mesmo em relação a tais delitos sobre os quais havia pedido absolutório. É o que consta, expressamente, da sentença, no item 437:

*“437. Apesar do MPF ter, em suas alegações finais, afirmado que só haveria prova de autoria contra Dario Teixeira em relação às transações da Legend e da Rock Star (evento 1.069, fl. 230), o órgão acusado cometeu um evidente equívoco pois não considerou, por lapso compreensível, as provas constantes no evento 1.052. Há, portanto, prova de autoria em relação a Dario Teixeira também em relação às demais empresas, como Soterra Terraplanagem, SM Terraplanagem e Power To Ten”.*

E o resultado de tal filtragem constitucional não pode ser outro, senão considerar não recepcionado o citado preceito legal.

Por tal motivo, é nula a r. sentença na parte em que condena Dario Teixeira, pelos 4 crimes de lavagem de dinheiro, decorrente da celebração de contratos pelas empresas SM Terraplenagem Ltda., Power to Ten Engenharia e Soterra Terraplenagem e Locação de Equipamentos Ltda.

## RESPOSTAS AOS QUESITOS

### Primeira Série:

1. Os poderes de iniciativa probatória do juiz no processo penal, são compatíveis com o processo penal acusatório?

R.: Sim. O sistema acusatório é compatível com um juiz dotado de poderes para determinar *ex officio* a produção de meios de provas, desde que o exercício de tais poderes seja limitado, subsidiário e exercido após a delimitação do objeto da imputação pelo acusador e a realização normal da atividade probatória pelas partes. Diante da notícia de uma fonte de prova, se o juiz se limitar a determinar a produção do meio de prova correspondente para incorporar ao processo as informações contidas na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, nem colocando em risco a sua posição de imparcialidade.

2. Em caso de resposta positiva ao quesito anterior, quais os limites para o juiz exercer os poderes instrutórios, sem comprometer a sua imparcialidade?

R.: Há três limites fundamentais: o primeiro, juiz só pode determinar a produção de provas sobre fatos alegados pelas partes; o segundo, o juiz deve indicar, a partir de elementos dos autos que já eram de seu conhecimento, de qual deles extraiu a fonte de prova que propiciou a produção do meio correspondente; e terceiro, depois de realizada a produção da prova por iniciativa judicial, deve possibilitar às partes que requeiram e produzam outros meios de prova, com vistas a contrariar o resultado da prova produzida por sua iniciativa.

3. No caso concreto, houve perda da imparcialidade do juiz, ao determinar, de ofício, a juntada do Relatório de Análise de Polícia Judiciária 444/2015, produzido no inquérito 5049557-14.2013.404.7000, fora do objeto original da pretensão formulada?

R.: A resposta é positiva. O exercício dos poderes instrutórios com a determinação *ex officio* de produção de provas, em especial, permitem concluir pela perda da imparcialidade do julgador. O Relator procedeu à inadmissível investigação de fontes pessoais e materiais de prova, o que macula sua imparcialidade. O juiz não pode ser alguém que aja com propósito de buscar comprovar uma específica versão, adotando a versão do autor ou do réu, e buscando a qualquer custo ou a qualquer preço a prova necessária para justificar o julgamento no sentido que já prejulgou antecipadamente. Em suma, não pela utilização em si de poderes instrutórios, mas pela falta de limites com que foram exercidos concretamente, e pela sua utilização com propósito mais voltado a suprir a atividade de uma das partes, do que de um esclarecimento completo e isento dos fatos, é possível afirmar que houve comprometimento da imparcialidade do julgador.

4. No caso concreto, houve ilegalidade por parte do juiz na determinação e na produção de provas *ex officio*?

R.: A resposta é igualmente, positiva. Com exposto na resposta ao quesito anterior, e com o acréscimo do que constou nos itens I.4.1 a 1.4.3, *supra*, a produção da prova *ex officio* foi ilegal, por inobservância dos limites ao exercício dos poderes instrutório do juiz, vez que o juiz (i) não se limitou a produzir provas sobre fatos imputados na denúncia, mas foi além, superando os limites do objeto do processo; (ii) não indicou, ao determinar a produção da prova, a partir de quais elementos dos autos, extraiu a fonte de prova que propiciou a produção do meio correspondente; e (iii) por fim, depois de determinada a produção de prova *ex officio*, não permitiu o requerimento e a produção de outros meios de provas pelas partes, com vistas a produzir prova contrária do que foi o *thema probandum* dos meios de prova *ex officio*.

5. Em caso de resposta positiva ao quesito nº 4, qual é a consequência para o processo?

R.: Tendo havido comprometimento da imparcialidade do julgador, com ilegalidade da produção da prova por sua iniciativa, conclui-se que a prova ilegal deve ser anulada, não podendo ser valorada. Ou, em caso de sua manutenção, o processo deve ser anulado, desde a juntado do Relatório de Análise de Polícia Judiciária 444/2015, restituindo-se o processo ao primeiro grau, para que as partes possam sobre ele se manifestar e, eventualmente, requerer a produção de provas contrárias.



Segunda Série:

6. O Ministério Público pode dispor da ação penal de iniciativa pública?

R.: A resposta é positiva. Embora o art. 42 do Código de Processo Penal preveja que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal, isto é, da pretensão processual por ele formulada, tendo em vista que o art. 129, inciso I, da Constituição, lhe confere o poder de promover a ação penal, o exercício da promoção deve incluir o poder de dispor da pretensão anteriormente promovida.

7. A regra do art. 385, primeira parte, do Código de Processo Penal, é constitucional?

R.: A resposta é negativa. O art. 385, primeira parte, do Código de Processo Penal, ao permitir que o juiz condene o acusado mesmo diante de uma manifestação do Ministério Público por sua absolvição, implica a possibilidade de condenação sem que reste pretensão processual posta pelo Ministério Público. Consequentemente, não é compatível com um processo penal acusatório, em que a promoção da pretensão cabe exclusivamente ao Ministério Público, somente podendo o juiz julgá-la, condenando ou absolvendo o acusado, ante sua manutenção até o final do processo pelo acusador.

8. Qual a consequência de o juiz condenar o acusado, diante de pedido absolutório do Ministério Público?

R.: No caso de manifestação do Ministério Público pela absolvição do acusado, o órgão acusador está deixando de promover a pretensão processual e, sem tal pretensão, o juiz não terá objeto para julgar, restando-lhe declarar extinto o processo sem julgamento do mérito. Caso condene o acusado, a consequência será a nulidade absoluta de tal condenação, posto que representa atividade *ex officio* do julgador.

9. No caso concreto, foi correta a condenação de Dario Teixeira Alves Júnior, processo n. 5012331-04.2015.4.04.7000/PR, que tramitou perante a 13ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Paraná, pelos crimes de lavagem de dinheiro, relacionados com atos praticados por meio das empresas e “Soterra Terraplenagem” “SM Terraplenagem” e “Power To Ten”?

R.: A resposta é negativa. Tendo em vista que o Ministério Público Federal pediu a absolvição de Dario Teixeira Alves Júnior, em relação a tais delitos, nesses capítulos, a sentença condenatória foi absolutamente nula.

É o meu parecer.

São Paulo, 12 de abril de 2017.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró  
Professor Associado de Direito Processual Penal da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo