

PROCURADORIA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

RECURSO OBRIGATÓRIO DA PROMOTORIA (*)

ROMEUI PIRES DE CAMPOS BARROS — Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

SUMÁRIO: 1 — Conceito de partes contrapostas. 2 — Processo de partes em nosso direito. 3 — O Ministério Público no Código da Justiça Militar. 4 — Pressupostos do recurso. 5 — Conclusões.

1 — CONCEITO DE PARTES CONTRAPOSTAS.

1. As questões da esfera da justiça militar cuidam de causas penais, visto que as penas por delitos militares previstas no preceito sancionador desse ramo de direito penal são aplicadas através da jurisdição. Assim, a doutrina do processo penal militar não pode afastar-se dos princípios basilares, que norteiam o processo penal comum. O princípio de combate judiciário não é essencial ao conceito de partes. A lei construiu o processo sob a forma de uma contradição entre duas partes, mesmo quando os interesses de ambas sejam convergentes. Pode acontecer que o réu confesse o crime ou que o acusador deixe de pedir a condenação e, mesmo assim, não deixará de existir o contraditório. Portanto, o contraste é apenas aparente e resulta da construção do processo em termos de luta, o que também poderia ter sido alcançado se ele fôsse construído, em termos de

colaboração. Objetivo máximo do processo é a descoberta da verdade com relação ao fato que lhe deu causa e uma imparcial aplicação da lei. Esta missão só poderia ser alcançada por um terceiro desinteressado. Este, porém, deve colocar-se super partes, e dotado de um poder de sujeição sobre os demais sujeitos do processo. Daí porque o Juiz, representando a função jurisdicional do Estado, é inerte e age em função da solicitação das partes. Os interessados são os melhores informados do fato que serve de objeto à imputação, e poderão pretar melhor ajuda na elucidação dos mesmos. Colaboram, assim, com o Juiz ao mesmo

(*) Tese aprovada no 1.º Congresso de Direito Penal Militar realizado de 8 a 15 de Junho de 1958, no Rio de Janeiro.

tempo que lhe controlam a atividade. (1) 2. Mas, a determinação do conceito de parte não encerra simples importância teórica. Torna-se isso necessário não só para conceituar as exceções processuais, como também para se verificar os que estão sujeitos aos efeitos da coisa julgada, e podem evitar que esta se forme pelo uso das impugnações. A idéia de parte é fornecida pela própria lide, pela relação processual, pela demanda, sendo desnecessária a sua pesquisa na relação substancial, uma vez que esta é controvertida. Ensina CHIOVENDA:

“Parte é aquela que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandado) a atuação de uma vontade da lei, e aquela em face de quem essa atuação é demandada.” (2)

3. Diante dessa concepção, parte é a pessoa que no processo, frente a outra, requer uma decisão sobre uma pretensão discutida (ou não) pelo adversário, nos modos e com as formalidades próprias do processo penal, mediante a direção do Juiz, podendo ser identificada pelos três elementos seguintes: 1) Participação no processo; 2) Pelos modos e formas previstas no direito processual penal; 3) Exercício dos poderes de parte sobre a direção do Juiz.

Certo está, pois, que no processo penal as partes têm um poder dispositivo limitado sobre os direitos e faculdades processuais. Em virtude da obrigatoriedade da ação penal, de índole exclusivamente pública, é que não se encontra um amplo poder de disponibilidade por parte do acusador nem do defensor, visto que também a defesa é no sistema do nosso direito, uma verdadeira injunção legal. Mesmo assim, consoante ensina o Prof. Alfredo de Marsico, não se pode negar um poder dispositivo desses sujeitos sobre o conteúdo do processo, tais como a renúncia dos meios de provas, de “Recursos” e de incidentes, e ainda pela contumácia e revelia, arguição de nulidades, etc. Diante disso, não vê impossibilidade de estender aos processos penais o conceito de parte em sentido material, guardado o princípio da inderrogabilidade da ação penal. Afirma que a controvérsia gira em torno da confusão entre dois conceitos profundamente diversos: “Órgão” e “representação” — O primeiro tem em

atenção aquela ente que, incapaz de agir diretamente porque ente e não indivíduo, intervém por meio de um sujeito físico. Enquanto que o segundo, aquele outro que, em virtude de razões jurídicas (e não físicas) de incapacidade, não pode agir senão por meio de um terceiro que, capaz, voluntariamente, age por meio de um terceiro que intervém no seu lugar e no seu interesse: a pessoa jurídica age mediante “Órgãos”, a pessoa física mediante “Representante”. O Ministério Público, portanto, é órgão, não representa o Estado; representa o Estado, segundo a linguagem comum, mas como órgão. A relação de dualidade, pela qual se fala de representante e representado, não é concebível em tema de “órgão”, em que entes e pessoas físicas, mediante as quais estes agem são uma só coisa. O órgão é o ente que o representa, e o ente age no órgão: o Ministério Público, portanto, não deduz no juízo penal pretensão outra, mas pretensão que, por ser do ente que age com ele, são suas próprias.

Agindo o Ministério Público para a atuação do direito objetivo, animado de um interesse público e não pessoal, é ele uma parte imparcial, visto que parte não quer dizer parcialidade, mas titularidade de direito próprio sobre o conteúdo material ou formal do processo, emprestando-se a esta expressão o seu conceito nitidamente jurídico. (3)

Assim, o Ministério Público surge do fato de que o Estado tem uma dúplice função: aquela de promover a persecução do réu, sobre a base da “Opinio delicti” contra aquele que seja aparentemente imputável, e aquela de julgar. A atuação do direito objetivo e não do interesse pessoal, impulsiona tanto o Ministério Público, quan-

- (1) — JOSÉ GUARNERI — “Las partes en el proceso penal” — pág. 23 — Editorial José M. Cajica Jr. — Puebla Pue, Mexico — 1952.
- (2) — GIUSEPPE CHIOVENDA — “Instituições de direito processual civil” — Vol. II, pág. 320 — Trad. de J. Guimarães Menegale — Ed. Saraiva — S. Paulo — 1943.
- (3) — ALFREDO DE MARSICO — “Lezione di Diritto Processuale Penale” — Terza Edizione, pags. 30-34 — Casa Editrice Dott. Engene Jovine — Napoli — 1955.

to o Juiz; mas sobre um ângulo visual diverso, com uma atividade diversa. Consequentemente, atenta à lição do sábio professor italiano, atrás citado, são partes no processo penal, aqueles que, nos limites fixados pela inderrogabilidade da ação pública, têm poderes de disposição sobre o objeto ou sobre qualquer aspecto do mesmo, e, em correlação a tais poderes, sobre o conteúdo formal dos mesmos.

2 — O PROCESSO DE PARTES EM NOSSO DIREITO.

4. Acentuado como já foi, que o processo penal é um processo de partes, verifica-se que o juiz encarna o poder do Estado de aplicar o direito objetivo, há um autor que pede a atuação da “voluntas legis”, e um réu que impetra a prestação jurisdicional para anular a pretensão punitiva do adversário. Quem encarna no processo, o interesse punitivo do Estado é o Ministério Público. Titular do “jus accusationis”, e do “jus puniendi”, o Ministério Público é parte no sentido formal, como sujeito da relação processual, e em sentido material, por representar o Estado na relação material entre este e o réu. Em nosso direito o processo é ato entre três pessoas (actum trium personarum), ou seja, com juiz e partes, estando isto visível nos textos dos artigos 499 usque 501, do Código de Processo Penal e 213 a 219, do Código da Justiça Militar. O Ministério Público na Justiça Militar é o titular do direito de ação, por isso que nela, a “res in iudicio deducta”, somente pode versar sobre crimes de ação pública (artigo 187, do Código da Justiça Militar). Cumpre-lhe, assim, provocar a atividade jurisdicional para que seja apreciada e decidida uma pretensão punitiva devidamente deduzida na acusação, que é objeto da denúncia. Por força do disposto no artigo 190, § 1.º, do mencionado Código, não pode o representante do Ministério Público deixar de oferecer denúncia, imperando por isso o princípio da obrigatoriedade, não podendo dispor do direito de acusar. Mas, ao Estado interessa também que a acusação se exerça imparcialmente, daí estender ao Ministério Público os impedimentos previstos para os magistrados (artigo 53, do C. J. M.). No entanto, ficou também assentada a incompatibilidade entre as duas funções (art. 47). Nesse sentido, observa com sabedoria o prof. José Frederico Marques:

“Como o processo brasileiro, no terreno penal, é eminentemente acusatório, separados estão o Ministério Público e Poder Judiciário: aquele compete pedir a atuação da lei penal, a este pronunciar imperativamente a vontade dessa lei” (4).

3 — O MINISTÉRIO PÚBLICO NO CÓDIGO DA JUSTIÇA MILITAR.

5. Disso resulta que Juiz e Promotor, no processo penal, se entendem e se relacionam como sujeitos do processo, ou seja, como parte e julgador. É indubitável, por isso, que também o Ministério Público Militar está sujeito aos dois princípios que orientam a instituição: a **indisponibilidade** e a **indivisibilidade**. Apesar de exercer a ação penal e a acusação, não pode da primeira dispor, nem fazê-las depender de critérios oportunistas. Enquanto pela indivisibilidade, o órgão atua, sob uma só direção, podendo ser os funcionários substituídos, sem que o órgão perca a sua unidade. Aliás, a nossa Magna Carta, tratando da organização da Justiça Militar, em seus artigos 106 e seguintes, sem fazer qualquer referência, ao Ministério Público, para deste tratar no artigo 125, deixou nitidamente assentada a distinção entre esses dois órgãos. Em que pese essa situação paritária, sob diversos aspectos entre o direito processual penal militar e o direito processual comum, o Código da Justiça Militar (Dec.-Lei, n.º 925, de 2 de Dezembro de 1938, nesta parte modificado pelo dec. Lei n.º 4.023, de 15 de Janeiro de 1942) dispondo em seu artigo 103, letra g, que compete ao promotor: “recorrer obrigatoriamente para o Superior Tribunal Militar:

I) Da decisão do não recebimento da denúncia;

II) Da decisão ou sentença de absolvição, que conclui pela inexistência do crime ou pela existência de transgressão disciplinar;

III) Da sentença absolutória, baseada em dirimente ou justificativa;

- (4) — JOSÉ FREDERICO MARQUES — Curso de Direito Penal, Vol. 3.º, pags. 362-375 — Ed. Saraiva — São Paulo — 1956.

IV) Quando se tratar de crimes funcionais ou de morte", não deixou de ferir os postulados básicos da moderna ciência processual, notadamente os princípios informativos dos estatutos processuais em referência. Nos casos tipificados no referido mandamento processual, que abrange a maioria dos provimentos jurisdicionais com os quais termina a relação processual, fica o órgão do Ministério Público cercado de grande parte da relativa disponibilidade, que lhe confere o ordenamento processual. Além disso, sobre importar numa desconfiança que afeta à dignidade da própria instituição do Ministério Público, atenta contra o próprio conceito de recurso, bastando, para isso, demonstrar, um ligeiro exame da teoria geral das impugnações.

4 — PRESSOPOSTOS DO RECURSO

6. Doutrina Liebman, que a principal finalidade do recurso é a de reparar quanto se possa a falibilidade do juízo humano e assegurar que a decisão da causa seja a melhor possível, ou seja, a mais justa. Disso resulta a pluralidade de instâncias, isto é, uma hierarquia de órgãos judiciários, a qual permite que um órgão mais elevado reveja e controle o juízo emitido pelo órgão que decidiu a causa, exprimindo uma garantia de justiça, no exercício da função judiciária. (5).

7. No entanto, isto não exclui a exigência por parte daquele que exercita o recurso de interesse no exame da causa, ou por outra, pelo menos a suposição de que a decisão lhe cause prejuízo. Tanto isso é certo que Leone, o grande mestre italiano, define o meio de impugnação como sendo: "um remédio atribuído às partes (em casos particula res a sujeitos que não participaram do processo com as vestes de partes) para remover um prejuízo nascido de uma decisão do juiz" — Acrescentando, ainda: "pressuposto da impugnação é o prejuízo derivado de um provimento do juiz; finalidade é a remoção de tal prejuízo, mediante a substituição do provimento impugnado por outro" (6).

8. Decompondo-se tais conceitos em seus diversos elementos, verifica-se o seguinte: a) a impugnação é o direito da parte, ou de outro sujeito excepcionalmente legítimo, de requerer a remoção de uma prejudicial decisão, sendo esse pedido dirigido ao

mesmo ou a outro juiz; b) a impugnação provoca uma nova decisão que remova o prejuízo da precedente decisão. Isto nos ensina que o direito de recorrer nasce com a emanção da decisão recorível. É portanto, um direito de natureza processual, não só porque exercitado exclusivamente mediante o processo, mas precisamente por se ter originado do próprio processo. Identifica-se, assim, com a natureza jurídica do direito de ação, constituindo direito subjetivo frente ao juiz e direito potestativo frente à outra parte, mas guarda inteira autonomia do direito à ação, devido ao seu caráter constitutivo. Daí distinguir o citado jurista, o DIREITO DE IMPUGNAÇÃO, de MEIO DE IMPUGNAÇÃO, dizendo: "direito de impugnação é o poder que nasce do provimento prejudicial do juiz, dirigido no sentido de remover o prejuízo, mediante uma nova decisão". Enquanto que: "meio de impugnação é o direito de impugnação referente à sua atuação" — O recurso obrigatório para a promotoria de justiça se equipara, no seu aspecto de inquisitorialidade ao recurso ex officio (Art. 574, ns. I e II e 746, do Código de Processo Penal). Estudando esta matéria, no processo civil, diz o professor ALFREDO BUZAID: "A apelação necessária não é um "recurso nem mera providência, ditada por motivo de ordem pública. Os elementos que a definem são: a) a ordem de devolução à instância superior. Quando o juiz insere a declaração de que apela de ofício, não exprime uma manifestação de sua vontade, mas da vontade da lei. Não o faz, porque o apraz, antes porque é um dever funcional. Nem pode fazer quando quer, mas só quando a lei lho permite. A ordem de devolução, como emana obrigatoriamente da lei, não de um ato espontâneo de sua vontade, pode ser realizada, ainda que contra, ou com oposição do magistrado. b) a instância su-

(5) — ENRICO TULLIO LIEBMAN — "Lezione di diritto processuale civile" — Vol. II — pag. 113 — Milano — 1951.

(6) — GIOVANE LEONE — "Lineamenti di Diritto Processuale Penale". 4a. Edizione — pag. 466 — 471. Casa Editrice Dott. Eugene Jovane — Napoli — 1956.

perior conhece da causa integralmente. Realmente, devolve-se a ela o conhecimento integral de todas as questões, suscitadas e discutidas no processo (Código Processo Civil art. 824), de forma que o "Tribunal pode manter ou reformar a decisão. Nem as partes ardoam, nem o juiz formula pedido de nova decisão. Porém o Tribunal reexamina a causa em sua integridade. Se faltar a declaração de devolução na sentença, o Tribunal avoca os autos. Não está sujeito a ordem de devolução o prazo para a remessa. E a sentença não será exequível, enquanto não for confirmada pelo Tribunal. Decorre daí, portanto, que o característico da apelação de ofício é a ordem de devolução, imposta pela lei, que transfere à instância superior o conhecimento integral da causa". (7).

9. Nem se poderia dizer mais, nem melhor. Assim o recurso obrigatório ferindo o princípio da voluntariedade que deve governar o instituto, admite um juízo apriorístico da injustiça da decisão, importando numa desconfiança não só nos membros do Ministério Público, como na própria atuação da justiça de primeira instância.

5 — CONCLUSÕES.

10. Pelas considerações expendidas, o recurso obrigatório da promotoria, conforme vem disciplinando no Código da Justiça Militar, deverá ser banido do nosso direito positivo, pelos seguintes motivos: a) não encontra amparo na doutrina processual moderna, contrastando com o conceito de parte e com a própria natureza jurídica e fundamentos da teoria geral dos recursos; b) é contrário à sistemática de nosso direito que se inspira no sistema acusatório; c) atenta contra a dignidade do Ministério Público, importando, também, numa desconfiança na justiça de primeira instância, ferindo ainda o princípio do duplo grau de jurisdição. Diante disso, é de toda a conveniência e concorde com a doutrina processual moderna, o princípio da voluntariedade do recurso, e por este deverá ser regulamentada a matéria, no futuro Código de Processo Penal Militar.

(7) — ALFREDO BUZAID — "Da apelação ex-officio" — págs. 49-50 — Ed. Saraiva — S. Paulo — 1951.