

A Supressão do Recurso Criminal do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado: *Quando Ferrajoli si è Sbagliato*

Alexander Araujo de Souza*

Sumário

1. Introdução. 2. A Impossibilidade de o Ministério Público Recorrer em Caso de Absolvição do Acusado nos Países de Tradição Anglo-saxônica. 3. Recentes Hipóteses de Supressão do Recurso do Ministério Público em Países de Tradição Romano-germânica. 4. A Supressão do Recurso do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado na Doutrina de Luigi Ferrajoli: Garantismo e (Dis)paridade de Armas? 5. A Impossibilidade de Supressão do Recurso do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado no Ordenamento Brasileiro: o *Parquet* como Parte Imparcial no Processo Penal.

1. Introdução

Na tradição jurídica romano-germânica, os recursos sempre se consubstanciaram em expedientes criados para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais. Assim, desde tempos remotos, criaram-se recursos com o intento de se buscar, na medida do possível, a conformidade da solução judicial ao direito. Na seara criminal nunca foi diferente, sendo os recursos considerados remédios impugnativos colocados à disposição de ambas as partes da relação processual penal (e, por vezes, do ofendido) com vistas à correção das sentenças. Este sempre foi o entendimento predominante, tanto na doutrina pátria¹ quanto em grande parte da doutrina dos países de tradição romano-germânica².

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor em Direito Penal pela *Università degli Studi Roma Tre*.

¹ Veja-se, neste sentido, entre muitos, F. da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, Volume 4, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 294; E. Espínola Filho, *Código de processo penal brasileiro anotado*, Volume VI, Campinas: Bookseller, 2000, p. 32; J. Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Volume IV, reed., Campinas: Bookseller, 1998, p. 181; A. Pellegrini Grinover; A. Magalhães Gomes Filho; A. Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 31; R. Pires de Campos Barros, *Sistema do processo penal brasileiro*, Volume II, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 357; H. Tornaghi, *Curso de processo penal*, Volume 2, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 321.

² Igualmente, na doutrina italiana, entre tantos, vide F. Cordero, *Procedura penale*, 6ª ed., Milano: Giuffrè, 2001, p. 1072-1073; A. Cristiani, *Manuale del nuovo processo penale*, 2ª ed., Torino: Giappichelli, 1991, p. 455; P. Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano: Giuffrè, 2003, p. 406-408. Igualmente, na doutrina alemã, H. Artkämper; G. Herrmann; C. Jakobs; H. Kruse, *Aufgabenfelder der Staatsanwaltschaft*, Münster: ZAP, 2008, p. 348-352. No mesmo sentido, na doutrina francesa, vide F. Fourment, *Procédure pénale*, 6ª ed., Paris: Paradigme, 2005, p. 291. Na doutrina espanhola, considerando o recurso como "*derecho de todas las partes*", veja-se J. Montero Aroca, *Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso*

Desta maneira, o título do presente trabalho pode parecer um delírio do autor, ou mesmo uma hipótese acadêmica desvestida de importância prática e completamente distante de nossa realidade. Modernamente, contudo, mesmo nos sistemas processuais de tradição romano-germânica começam a aparecer teorias contestando a possibilidade de o órgão do Ministério Público interpor recurso em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição. Até mesmo o grande teórico do garantismo penal, Luigi Ferrajoli, sustenta a supressão do recurso do Ministério Público no caso de improcedência do pedido de condenação. Esta concepção impeditiva do recurso do *Parquet* nos casos de absolvição do acusado, porém, é a regra nos ordenamentos de tradição jurídica anglo-saxônica, onde a sistemática processual – inclusive quanto aos recursos –, bem como a função e a legitimidade do Ministério Público, são bastante distintas de seus correspondentes nos ordenamentos de tradição romano-germânica. Em alguns países desta tradição jurídica, contudo, a temática alcançou também o plano legislativo, e países como a Itália e a França levaram a efeito reformas processuais que limitaram ou suprimiram o direito de o Ministério Público recorrer em caso de absolvição do imputado.

Diante de tais posicionamentos doutrinários e iniciativas legislativas, o presente estudo pretende analisar os fundamentos da referida tese, inclusive à luz da teoria do garantismo penal, bem como o papel do Ministério Público nos ordenamentos de tradição romano-germânica, com especial ênfase no ordenamento brasileiro.

2. A Impossibilidade de o Ministério Público Recorrer em Caso de Absolvição do Acusado nos Países de Tradição Anglo-saxônica

Não é novidade a afirmativa de que a evolução do processo penal nos países de tradição anglo-saxônica se deu de maneira bastante diversa daquela ocorrida nos países de tradição romano-germânica, especialmente nos da Europa continental³. Nestes últimos, o processo penal da idade imperial romana – onde a *accusatio* se transformou em uma espécie de ação de iniciativa privada ajuizada pelo lesado, desnaturando o princípio que vigia durante o período republicano romano, segundo o qual a ação podia ser ajuizada *quivis ex populo*⁴ – foi sucedido

penal, in: *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 4, Madrid: Ministerio de Justicia, 1997, p. 74. Em Portugal, no mesmo sentido, veja-se, por todos, G. Marques da Silva, *Curso de processo penal*, III, Lisboa: Verbo, 1994, p. 302-303; na doutrina argentina, veja-se igualmente J. A. Clariá Olmedo, *Derecho procesal penal*, Tomo II, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2001, p. 283.

³ Sobre a evolução do processo penal inglês, vide: A. Ashworth; M. Redmayne, *The criminal process*, third edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 01-16; J. R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, Paris: PUF, 1998; E. Dezza, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino: Giappichelli, 2009. Sobre o tema, na doutrina brasileira, veja-se J. C. Barbosa Moreira, Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos, in: *Temas de direito processual*, Sétima série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 155 s.; O processo penal norte-americano e sua influência, in: *Temas de direito processual*, Oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 223 s.

⁴ Neste sentido, F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari: Edizioni AV, 1996, p. 107; S. Pietrini, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano: Giuffrè, 1996, p. 150-151.

pelo processo de tipo inquisitório e, somente após um longo progresso, passando pela reação iluminista e pelo advento do *Code d'instruction criminelle* de 1808 – o qual, por um lado, instituiu o sistema misto, mas, por outro, confiou o direito de ação penal ao *Procureur*⁵ –, a acusatoriedade pública começou a despertar e, com várias vicissitudes, a se desenvolver. Também nestes ordenamentos, a instituição do Ministério Público, que surgiu na França no início do século XIV, expandiu-se já a partir do século XV por vários Estados absolutos (com nos Estados germânicos, com as figuras do *Pfleger*, do *Amtmann*, do *Vogt*, do *Malefizprokurator*⁶ e do *Fiskalat*⁷, nos Países Baixos, com a figura do *Baiulo*⁸, na península italiana, com os *Conservatori delle leggi* de Florença e os *Avogadori del Comune* da República de Veneza⁹, com os *Procuradores Fiscales* na Espanha e com os *Procuradores do Rei* em Portugal), consolidando-se como arquétipo de acusação pública no processo penal, sobretudo após o advento do já mencionado *Code d'instruction criminelle* de 1808.

Já nos países de tradição do *common law*, atualmente, parece haver consenso quanto à natureza pública da acusação¹⁰. Nem sempre, contudo, foi assim. Na Inglaterra, desde a baixa Idade Média, a acusação privada sempre foi considerada

⁵ O art. 241 do *Code d'instruction criminelle* de 1808 dispunha: “*Dans tous le cas où l prévenu sera renvoyé à la cour d’assises ou à la cour spéciale, le procureur général sera tenu de rédiger un acte d’accusation. L’acte d’accusation exposera, 1º la nature du délit qui forme la base de l’accusation; 2º le fait et toutes le circonstances qui peuvent aggraver ou diminuer la peine: le prévenu y sera dénommé et clairement désigné. L’acte d’accusation sera terminé par le résumé suivant: En conséquence, N ... est accusé d’avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec telle et telle circonstance.*”.

⁶ Com relação ao reinos germânicos, afirma G. Bartolotto: “*La tendenza all’istituzione d’un Ministero Pubblico si riscontra anche in Germania attorno al XV secolo. Il duca Luigi di Baviera ordinava nell’anno 1474 che, se alcun privato avesse voluto spontaneamente assumere l’accusa d’un delinquente, questa fosse affidata a un funzionario speciale (Pfleger). Nel 1513 il duca Guglielmo di Baviera fissò il suo procuratore (Amtmann) a Perlach, come pure, già nel 1456, i conti del Württemberg avevano incaricato degli affari penali il loro intendente (Vogt) di Goppinga. Ad Anspach e Bayreuth, nel 1566, un ufficiale del principe ebbe i caratteri e le funzioni del Pubblico Ministero; a Monaco era pubblico accusatore, nel 1577, il podestà, e nel Palatinato, nel 1610, era stato istituito un Malefizprokurator.*” (*Ministero Pubblico – materia penale, in: Il Digesto italiano, Volume XV, parte seconda, Torino, UTET, 1904-1911, p. 535*).

⁷ Sobre a figura do *Fiskalat*, veja-se G. Keller, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland: ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft, Wien: Wilhelm Braumüller, 1866, p. 9-11*.

⁸ Segundo G. Bartolotto, os “*bauli*” eram procuradores “*incaricati della rappresentanza del sovrano, della sorveglianza sugli interessi, sull’osservanza delle leggi e sulla regolarità delle procedure, provvedendo essi stessi a sottoporre a giudizio chi fosse risultato reo di qualche trasgressione.*” (*Ministero Pubblico – materia penale, cit., p. 535*).

⁹ A respeito das funções dos *Avogadori del Commune*, uma ordenação do *Maggior Consiglio*, do ano de 1530, estabelecia: “*L’anderà parte che, salva e riservata in reliquis l’autorità degli avogadori di Commun et salve e riservata però sempre le lezze, e ordini nostri disponenti circa li casi e di non poter esser suspesi ò intromessi, de caetero li Avogadori nostri non debbino, né possino per alcun modo e via, né sotto alcun color impedirscie in voler veder, né altramente alterar ove suspender la formation d’alcun processo, così dentro come fuori, che per li Rettori, et Judicenti, nostri vengono formati, fin che non saranno chiamati li rei a difesa: Mà proclamati che saranno essi rei, possino li avogadori, quando saranno ricercati per giustizia, mandar a tuor detti processi, per veder se in quelli saranno state osservate le leggi e statuti sopra ciò disponesti. Et si li rei saranno carcerati, possino essi avogadori, mandar a tuor essi processi, se ben non saranno forniti (se li parerà) per veder quelli. Ne essi Rettori o Judicenti debbino, ò sieno tenuti, contro li Ordeni predetti obbedir a detti Avogadori.*” (A. Sabini, *Leggi criminali del serenissimo dominio veneto in un solo volume*, Veneza: Antonio Pinelli, 1751, p. 29).

¹⁰ Como afirma L. Ferrajoli, os ordenamentos anglo-saxões terminaram “*per affidare l’esercizio dell’azione penale ad organi sostanzialmente pubblici (il Director of Public Prosecutions e l’Attorney General), sia pure in concorrenza con forme più o meno residuali di azione popolare. Ma in nessun caso fu mai rimesso in discussione il principio della publicità dell’azione.*” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 580).

como um atributo da cidadania. Somente com a criação do *Crown Prosecution Service*, em 1985, reconheceu-se a este órgão a atribuição para preparar e conduzir a acusação¹¹. Até então, não existia uma figura similar àquela do Ministério Público tal qual concebida, há séculos, na Europa continental¹². Abandonou-se, assim, a longa tradição¹³ de que a ação penal consistia em uma função própria do cidadão, e não do Estado¹⁴. Esta tradição, contudo, já se encontrava em contraste com uma prática, estabelecida desde a metade do século XIX, de se atribuir, de fato, o exercício da ação penal a expoentes das forças policiais¹⁵. O mesmo se verificou, ainda anteriormente, na Irlanda, quando em 1974 foi instituída a figura do *Director of Public Prosecution*¹⁶. Ainda no âmbito das ilhas britânicas, todavia, a Escócia constitui uma

¹¹ Sobre o tema, veja-se S. Buss, *Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service. Ein Vergleich der Anklagebehörden in Deutschland und England im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, Baden-Baden: Nomos, 2010. Na doutrina brasileira, veja-se A. M. Brito de Assis, Notas sobre o Crown prosecution service: o Ministério Público da Inglaterra e do País de Gales, in: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 52, abr./jun. 2014, p. 03 s.

¹² Explícito, neste sentido, S. Buss: "*Eine Verfolgungsbehörde vergleichbar der deutschen Staatsanwaltschaft existierte in England bis 1986 nicht.*" (*Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service*, cit., p. 21).

¹³ Eis a perspicaz observação de G. Bortolotto, formulada quase oito décadas antes da criação do *Crown prosecution service*: "*Il la Francesca osservava che l'esperienza quotidiana viene in Inghilterra dimostrando come le cose pubbliche non debbano essere governate mediante l'autorità privata, la quale raro è che non si muova per odio, amore o altre malvagie passioni. Molti delitti rimangono impuniti sol che si abbia oro e favori; e il brutto esempio dell'impunità accresce temerità e scandalo. Per tor via quei mali s'è ricorso al rimedio di ordinar appositi sodalizi di cittadini, o, com'oggi direbbonsi, associazioni, per aprir le vie dell'accusa. Ma pare che il rimedio abbia poco giovato, perché la corona, col discorso al Parlamento nazionale, convocato il 5 gennaio 1875, promise un progetto per introdurre il Pubblico Ministero, il che lascia vedere la nuova e mutata opinione, massime se si vuol considerare il potere e l'efficacia ch'ivi essa esercitata sull'Autorità governativa.*" (*Ministero Pubblico – materia penale*), in: *Il Digesto italiano*, Volume XV, parte seconda, Torino: UTET, 1904-1911, p. 558).

¹⁴ Neste sentido, R. C. Van Caenegem ressalta a transição pela qual passou o sistema inglês de persecução: "*Leaving the impleading of criminals to the uncertain and very risky initiative of private avengers was quite inadequate for the defence of public order and led, with the emergence of modern ideas about the state, to the replacement of the accusatorial by the inquisitorial procedure. Then, the prosecution of crime was entrusted to an official organ, proceeding ex officio, and purgatory oaths and ordeals were replaced by modern means of inquiry. This transition is a common European phenomenon and, without belittling the attempts of the Carolingian monarchy, it may safely be considered a product of the emergence, from the twelfth century onwards, of the centralised state. The English development is no exception to this general picture: we find a transition, beginning roughly in the twelfth century, from the archaic procedure of appeal, undertaken by a private plaintiff at his own risk and entailing archaic modes of proof, to a modernised procedure based on indictment under the aegis of the state and using rational models of inquiry. Nevertheless, the traditional English procedure contains some striking features of its own and none more so than the essential role played by the jury of presentment (later the grand jury) and the almost total absence, until very recent times, of the prosecution of crime by an individual official of the state, such as the continental procureur or advocate-fiscal. For eight centuries at least, from the Assize of Clarendon till the creation of the office of Director of Public Prosecutions in 1879 and the abolition of the grand jury in 1933, suspected criminals had to stand trial, not on the basis of a réquisitoire pronounced by an official of the state, but of an indictment pronounced by a jury of their fellow citizens.*" (R. C. Van Caenegem, *Public prosecutions of crime in twelfth-century England*, in *Legal history. A European perspective*, New York-Rio Grande: The Hambledon, 1991, p. 01-02).

¹⁵ Neste sentido, E. Dezza, *Breve storia del processo penale inglese*, cit., p. 122.

¹⁶ Relativamente ao direito penal irlandês, D. Balestrieri; C. Giraldi explicam como se dá atualmente o exercício da ação penal: "*L'avvio dell'azione penale è affidato, per i reati meno gravi (summary offences), ad autorità reposte alla tutela del pubblico interesse offeso dal reato: per esempio, gli appartenenti alla polizia (Garda Siochana) per i reati previsti dal Road Traffic Act 1961 e 1978, il Ministero del Lavoro o quello dell'Ambiente in materia, rispettivamente, previdenziale o di tutela ambientale. Per i reati più gravi (indictable offences), l'inizio del procedimento penale è invece nelle mani del Director of Public Prosecution (D.P.P.), il cui Ufficio è stato istituito con il Prosecution of Offences Act 1974, e che è organo indipendente con piena discrezionalità nel valutare l'opportunità, in nome del pubblico interesse, di avviare il procedimento penale. Il*

exceção digna de nota, pois neste país a ação penal foi tradicionalmente conferida ao *Lord advocate*¹⁷, sendo o *Parquet* francês adotado como modelo desde a segunda metade do século XVI¹⁸. Contudo, atualmente, o sistema processual inglês é, com algumas peculiaridades, muito próximo ao sistema escocês¹⁹. Já nos Estados Unidos da América, não obstante o sistema de *common law* introduzido pelo colonizador, a concepção segundo a qual a acusação deve ser pública sempre foi predominante²⁰.

Mas as diferenças relativas às citadas tradições jurídicas também se relacionam à instituição do Ministério Público, seja quanto à sua evolução, seja quanto à sua legitimidade. Em um contexto de um Ministério Público sem longa tradição no exercício da ação penal, como ocorre na Inglaterra, no País de Gales e

D.P.P. ha altresì la competenza generale ad esercitare l'azione penale per le summary offences." (Introduzione allo studio del diritto penale irlandese. I principi, Padova: Cedam, 2000, p. 09).

¹⁷ Quanto às diversidades entre os sistemas inglês e escocês, relativamente ao exercício da ação penal, sublinham A. Cadoppi; A. McCall Smith: "Mentre in Inghilterra tradizionalmente l'accusa era affidata ai privati o alla polizia, in Scozia per lunga tradizione è (eminentemente) pubblica ed è questa una caratteristica che avvicina per certi versi il modello processuale scozzese a quello continentale. L'azione penale spetta al Lord Advocate, figura appartenente al potere esecutivo, ed è totalmente discrezionale: caratteristiche che riportano la procedura penale scozzese, immediatamente, nel classico schema degli ordinamenti di common law. Anzi, nel sistema penale scozzese la pubblica accusa ha poteri smisurati: oltre a decidere discrezionalmente sull'azione penale, sceglie quale reato contestare, magari a seguito di patteggiamento con l'imputato (può, ad esempio, contestare a piacere il culpable homicide invece del murder, anche se il fatto commesso dall'imputato rientra solo nello schema del secondo, e non del primo reato); decide se affidare il caso alla district o alla sheriff court, decide se dar corso a procedura solenne o sommaria (anche se, quanto ai reati di legge scritta, taluni di essi sono perseguibili solo in via solenne, e certi altri solo in via sommaria; solo una terza classe è perseguibile nell'uno o nell'altro modo); può in ogni momento rinunciare all'accusa; e, curiosamente, una volta che è stato pronunciato il verdetto di condanna, può anche astenersi dal rimettere il caso al giudice per l'applicazione della pena, nel qual caso il condannato andrà, ovviamente, esenti da ogni sanzione penale." (Introduzione allo studio del diritto penale scozzese, Padova: Cedam, 1995, p. 35).

¹⁸ Neste sentido, a afirmação de J. Godard: "En ce qui concerne le Ministère public en Écosse, il a été importé de France vers 1560. Depuis, le système de poursuite en matière pénale a toujours été assuré par l'État, contrairement à celui de l'Angleterre." (L'influence du droit français sur le développement de la pensée juridique et du droit écossais, in: *Revue historique de droit français et étranger*, n. 1, Paris, Dalloz, 2004, p. 74). No mesmo sentido, W. Reid, The origins of the office of Procurator Fiscal in Scotland, in: *Juridical review*, nº 10, London: 1965, p. 154-160.

¹⁹ Neste sentido são as observações de R. C. Van Caenegem: "Until quite recently there was a real chasm between the English and the continental (and Scottish) way of doing things. I say 'until quite recently' because here, as on so many points, the English legal system seems to be on the move: a Prosecution of Offences Act which should bring English practice closer to Scottish and continental models received Royal Assent on 23 May 1985, with the aim of establishing a Crown Prosecution Service in England and Wales. From the twelfth till the twentieth century the jury of indictment operated continuously in England, but in 1933 it was abolished. Its place was not taken by some continental-style crown-procurator, however, but instead a different and rather remarkable novelty was introduced, the Director of Public Prosecutions. He was indeed an official of the state, who had to decide, on the basis of material provided by the police, whether to prosecute or not – a role comparable to that of the procureur – but unlike the latter, he did not appear in court, did not plead there against the accused or request the latter's condemnation. This task was left to a barrister, an advocate who for a fee would undertake to plead for the crown against the accused just as on another day he might accept the defence of a suspect. Barristers were members of the bar and not state officials (although some might come to specialise in prosecution work). So much for the absence of a Ministère Public in England." (*Judges, legislators and professors. Chapters in European legal history*, New York: Cambridge University, 1987, p. 34-35).

²⁰ Neste sentido, as observações de A. Gasparini: "Il sistema tradizionale di common law, contrassegnato dalla natura privata dell'accusa, trasmigra nelle colonie americane, dove ben presto, tuttavia, si viene delineando la figura del public prosecutor. [...] È con l'indipendenza che si consolida quel sistema di pubblica accusa definito come 'un'invenzione del tutto originale e peculiare del modello processualpenalistico d'oltreoceano' che si conserverà pressoché inalterato fino ai giorni nostri." (Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale, in: R. Gambini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, 2ª ed., Torino: Giappichelli, 2001, p. 29-30).

na Irlanda, ou ainda com legitimação derivante do consenso popular, como ocorre nos Estados Unidos da América²¹ (onde os *prosecutors* são eleitos a nível estadual e buscam sempre o consenso de seus eleitores), avulta a parcialidade da atuação do Ministério Público, em detrimento de uma postulação isenta e que busca a correta aplicação da lei, diferentemente, portanto, do que ocorre na Europa continental.

Em linhas gerais, no processo penal dos ordenamentos de tradição anglo-saxônica, na quase totalidade dos casos o feito termina abreviadamente, em razão de negociações pré-processuais entre acusação e defesa (como nos Estados Unidos da América), ou mesmo pelo fato de esta última não poder escolher que o feito seja julgado pelo *jury* (como se verifica, por exemplo, na Escócia). Em razão disso, o percentual de causas que chega ao julgamento pelo *jury* é muito pequeno, chegando a percentagens inferiores a 5%²². Sendo, portanto, poucos os feitos que, de fato, são julgados pelo *jury*, tais sistemas processuais primam por conferir soberania aos veredictos dos jurados, de maneira a impedir que estas decisões venham a ser questionadas por intermédio de impugnações recursais levadas a efeito pela acusação em caso de absolvição. Some-se a isto o fato de os jurados não motivarem o veredicto, o que tornará ainda mais difícil a impugnação, em razão de não se ter conhecimento das razões que levaram os jurados a decidir pela absolvição. O mesmo não se verifica, contudo, em relação ao acusado condenado, pois a este se assegura sempre o direito de recorrer e de ser submetido a novo julgamento, onde o processo “recomeça” em segundo grau de jurisdição.

Na Inglaterra, por exemplo, o recurso (*appeal*) contra a condenação é um direito do acusado, consistindo cada grau de jurisdição em um “novo” processo, inclusive com reinquirição de testemunhas, desenvolvendo-se com a presunção de que a acusação tem o dever de provar novamente a culpabilidade do acusado²³. Contudo, em nome da soberania dos veredictos e em razão da regra do *double jeopardy* (princípio segundo o qual ninguém deve ser processado duas vezes pelo

²¹ Quanto ao tema da eletividade, afirma com precisão E. Amodio: “Ancora più illuminanti, per capire una realtà marcatamente diversa dalla nostra tradizione come quella del patteggiamento tra accusa e imputato (bargaining), sono i meccanismi di reclutamento e gli itinerari della carriera del public prosecutor. La sua elettività, prevalente come sistema di accesso alla carica negli ordinamenti degli stati federati, rende quasi inevitabile il ricorso al patteggiamento per raggiungere quei livelli di conviction rate (percentuale delle condanne ottenute) che gli assicurano chances di rielezione o di ingresso in circuiti giudiziari di maggior prestigio.” (Miti e realtà della giustizia nordamericana, in: *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano: Giuffrè, 2003, p. 193).

²² Neste sentido, a observação de H. Croall, G. Mooney, M. Munro: “Although a fully contested trial before a jury is the iconic image in the popular imagination of criminal justice, it is, in fact, statistically speaking a remarkably rare event. In common with other English-speaking countries, such fully contested jury trials in which prosecution and defence battle it out until the bitter end constitute less than 1 per cent of all cases prosecuted in court. Why is this? In Scotland there is no right for the defendant to choose to be tried by a jury and all such decisions are taken by prosecutors, often as a matter of discretion. Only around 3 per cent of cases prosecuted are decided (‘marked’) by prosecutors as jury-triable. As in other English-speaking countries, around 97 per cent of cases prosecute through the court are marked for ‘summary’ (non-jury trial) procedure and less than one tenth of these cases culminate in a fully contested trial.” (*Criminal justice in Scotland*, Oxon: Willan Publishing, 2010, p. 199). Relativamente à Inglaterra, afirma J. R. Spencer: “Dans le trial on indictment le jury n’est utilisé que dans le cas où l’accusé plaide non culpable, et au summary trial il ne l’est jamais. Il en résulte qu’actuellement le jury décide seulement des environ 2% des affaires” (*La procédure pénale anglaise*, cit., p. 17).

²³ Assim, J. R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, cit., p. 103.

mesmo fato), limita-se terminantemente a possibilidade de recurso do *Crown prosecution service* em caso de absolvição, o que, porém, sempre despertou críticas da doutrina especializada²⁴. Tentou-se atenuar tal situação (que não foi eliminada por completo), após a reforma de 1996 e, mais recentemente, com o *Criminal Justice Act* de 2003, admitindo-se o recurso do *Crown prosecution service* para os casos específicos (e raros) de surgimento de novas evidências de culpa após o *trial*²⁵.

Sistemática semelhante se verifica nos Estados Unidos da América, onde uma das características do sistema processual se consubstancia igualmente na assimetria entre acusação e defesa relativamente ao manejo dos recursos. O imputado, já condenado em primeiro grau de jurisdição, pode recorrer por mais de uma maneira. O mesmo, contudo, não se verifica em relação à acusação, não podendo o *public prosecutor* recorrer da absolvição, tampouco interpor recurso adesivo quando o acusado recorra, em caso de condenação. Cuida-se igualmente da regra do *double jeopardy*, consagrado na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos: “[...] *nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*”. Argumenta-se, ainda, que tal assimetria se justifica em razão da enorme gama de poderes colocados à disposição da acusação para não iniciar o processo, bem como dos mecanismos ligados à discricionariedade da ação penal²⁶. Em tal sistema visa-se também assegurar a soberania dos veredictos dos jurados e prevenir os acusados das retorsões ou represálias da acusação²⁷, a qual, como já assinalado, não é considerada imparcial.

²⁴ Criticando expressamente a ausência de recurso por parte da acusação, afirma: J. R. Spencer: “*Dès l’origine cette organisation présente un ensemble d’inconvénients, qui en grande partie existent toujours. L’absence de tout recours de la part de l’accusation constituait un problème.*” (*La procédure pénale anglaise, cit.*, p. 104).

²⁵ Observam, neste sentido, A. Ashworth; M. Redmayne: “*From the Crown Court as a court of first instance, a defendant is able to appeal against a finding of guilt on grounds of either fact or law. Appeal is to the Court of Appeal, from where either party may appeal to the House of Lords. The prosecution has fewer appeal rights. Since 1987, it has been able to appeal certain pre-trial rulings to the Court of Appeal; this jurisdiction was originally confined to serious fraud cases, but was enlarged in 1996 to include all lengthy or complex cases. [...] Until recently, the situation was that the prosecution was not able to appeal against an acquittal in the Crown Court. One (so far unused) exception to this rule was introduced in 1996, when the prosecution was given the power to challenge an acquittal that was tainted by, for example, threats of violence to jurors or witnesses. The Criminal Justice Act 2003 takes things further, allowing appeals against acquittals in serious cases where significant new evidence of guilt emerges after the trial. With both these exceptions to the ‘double jeopardy’ principle there is a fairly complex process designed to ensure that an acquittal is not too easily challenged.*” (*The criminal process, cit.*, p. 339).

²⁶ Como bem explica M. Deganello, “*il public prosecutor, oltre a non poter contrastare un esito assolutorio – che pertanto risulta intangibile – è inibito dall’unire il proprio ricorso a quello dell’imputato, ovviamente al fine contrapposto di ottenere un aggravio di pena, nei confronti di una sentenza di condanna. Cionondimeno, egli è affidatario di un ricco patrimonio volto a bilanciare ex ante la denunciata sperequazione: si pensi al massiccio investimento sulle cosiddette ‘antiprocEDURE’ ovvero ai meccanismi discretivi di esercizio dell’azione penale.*” (Momenti organizzativo-funzionali e metodologie selettive degli uffici giudiziari statunitensi, in: R. Gambini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, 2ª ed., Torino: Giappichelli, 2001, p. 103).

²⁷ Neste sentido, M. Deganello: “*A differenza di quel che accade nel nostro ordinamento, laddove l’improcedibilità per un secondo giudizio opera, indipendentemente dalla formula decisoria, allorché la ‘cosa giudicata’ rivesta natura irrevocabile (v. art. 648 e 649 C.P.P.), oltreoceano il fattore determinante riposa nel fatto che i giurati popolari si siano disposti per l’assoluzione [cfr., però, U.S. v. Scott, 437 U.S. 82 (1978)]. Da un lato allora si tende a suscitare un vincolo di ‘finalità’ del provvedimento impugnabile e del relativo accertamento onde circoscrivere situazioni di eterno giudizio, dall’altro si mira a tutelare la presunzione di correttezza dell’operato del ‘tribunale dei pari’ per preservare l’accusado da re-prosecutions ritorsive e/o vendicative.*” (Momenti organizzativo-funzionali e metodologie selettive degli uffici giudiziari statunitensi, cit., p. 103).

3. Recentes Hipóteses de Supressão do Recurso do Ministério Público em Países de Tradição Romano-germânica

Como já se acenou anteriormente, apesar da longa tradição do Ministério Público no tocante ao exercício da ação penal nos ordenamentos de tradição romano-germânica, bem como o fato de a legitimação de referida instituição se vincular à aplicação imparcial da lei – e não ao consenso eleitoral –, sendo os recursos tradicionalmente considerados remédios utilizados por ambas as partes da relação processual com vistas à correção das sentenças, parcela da doutrina, sobretudo na Itália, começa a sustentar que se deve abolir o recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau²⁸. Os fundamentos invocados para sustentar tal tese circunscrevem-se, em regra, ao fato de convenções internacionais – como, por exemplo, o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966 – terem assegurado aos acusados o direito de ver confirmada sua condenação por um tribunal superior²⁹, bem como a tentativas de importação do paradigma vigente nos países de tradição anglo-saxônica (a regra do *double jeopardy*), sobretudo em razão da influência exercida na Itália pelo processo penal norte-americano³⁰.

Referida tese, contudo, alcançou o plano legislativo, e países como a Itália e a França procederam a reformas processuais (no caso da Itália, como se verá adiante, cuidou-se de uma tentativa frustrada) que limitaram o direito de o Ministério Público recorrer em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Na Itália, em 2006, foi promulgada a chamada *Legge Pecorella* (Lei nº 46, de 20.02.2006, que traz o seu epíteto do nome de seu principal inspirador, Gaetano Pecorella), a qual, modificando o *Codice di procedura penale* (art. 593) impediu o Ministério Público de apelar contra sentenças de absolvição prolatadas em primeiro grau de jurisdição³¹. Tal lei, considerada por muitos como uma “lei encomendada” ou “de caráter pessoal”, pois aprovada pela coalizão liderada pelo então primeiro-ministro Silvio Berlusconi – que respondia a várias acusações penais na justiça

²⁸ Na doutrina italiana, sustentando a impossibilidade de o Ministério Público recorrer da sentença de absolvição de primeiro grau de jurisdição, vide: F. Coppi, *No all'appello del P.M. dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il giusto processo*, 2003, p. 30; F. R. Dinacci, *Impugnazioni e ragionevole durata*, in AA. VV., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 159; G. Spangher, *Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo*, in: *Corriere Giuridico*, nº 10, 2002, p. 1261 s.; T. Padovani, *Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio*, in: *Cassazione penale*, 2003, p. 4023 s. N. Rossi, *Riformare “insieme” la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero*, in: *Questione giustizia*, nº 5, 2005, p. 903-917.

²⁹ Neste sentido, afirma F. R. Dinacci: “Se il ‘doppio grado’ non risulta ricevere tutela, almeno in via diretta, in sede costituzionale risultando sufficiente il ricorso per Cassazione e se il diritto ad impugnare è estrinsecazione del diritto di difesa e non dell'obbligo di azione, nessuna lesione della garanzia costituzionale può intravedersi nell'abolire il diritto ad appellare del pubblico ministero avverso le sentenze di proscioglimento. La conclusione si pone in linea con le fonti pattizie che, si è visto, prevedono un diritto ad un riesame della decisione solo con riferimento alla figura del condannato.” (Impugnazioni e ragionevole durata, in: AA. VV., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi*, Torino: Giappichelli, 2009, p. 159).

³⁰ Sobre o tema, veja-se E. Amodio, *Miti e realtà della giustizia nordamericana*, cit., p. 179 s.

³¹ A Lei nº 46, de 20.02.2006, modificou o art. 593 do *Codice di procedura penale italiano*, o qual passou a dispor: “Art. 593. – (Casi di appello). – 1. Salvo quanto previsto dagli articoli 443, comma 3, 448, comma 2, 579 e 680, il pubblico ministero e l'imputato possono appellare contro le sentenze di condanna.”.

italiana e pretendia que a referida reforma fosse utilizada em seu favor –, foi declarada inconstitucional pela Corte constitucional italiana (*sentenza* nº 26, de 06 de fevereiro de 2007), a qual entendeu que a supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado afronta expressamente o princípio de paridade de armas estabelecido no art. 111, 2, da Constituição italiana³².

Outro exemplo digno de nota foi o que ocorreu, ainda anteriormente, na França, com a edição da Lei nº 516, de 15 de junho de 2000, também conhecida como *loi présomption d'innocence* e também como *Loi Guigou* (que extrai seu epíteto do nome da então Ministra da Justiça Élisabeth Guigou), a qual, modificando o *Code de procédure pénale* (art. 380) previu tão somente o recurso de apelação relativamente às decisões condenatórias proferidas pela *cour d'assises* em primeiro grau, excluindo a possibilidade de recurso em caso de absolvição³³. Também nesta hipótese, a doutrina especializada sublinhou a afronta ao princípio da paridade de armas no processo penal³⁴. Contudo, a Lei nº 307, de 4 de março de 2002 (art. 8, I), veio a prever a possibilidade de o *procureur générale* junto à *Cour d'appel* (mas não o *procureur de la République*) interpor recurso de apelação em face de decisões absolutórias proferidas pela *cour d'assises*.

4. A Supressão do Recurso do Ministério Público em Caso de Absolvição do Acusado na Doutrina de Luigi Ferrajoli: Garantismo e (Dis)paridade de Armas?

O que toca mais diretamente com o presente trabalho é o fato de, também na Itália, o grande teórico do garantismo penal, Luigi Ferrajoli, em sua obra *Principia iuris*, ter adotado recentemente a tese segundo a qual não se deve admitir o recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição³⁵. Os fundamentos invocados pelo referido autor não são extraídos do

³² Eis a ementa da referida *sentenza* da Corte constitucional italiana: "*Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento – principio del giusto processo – incompatibilità – conseguenze – incostituzionalità della inappellabilità* [art. 593 C.P.P., art. 111 Cost., L. 46/2006]. La legge 46/2006 è costituzionalmente illegittima, perché in contrasto con il principio del giusto processo, ex art. 111 Cost., nella parte in cui vieta al pubblico ministero di appellare le sentenze di proscioglimento; l'alterazione del trattamento paritario dei contendenti, indotta dalla norma in esame, infatti, non può essere giustificata, in termini di adeguatezza e proporzionalità, sulla base delle rationes che, alla stregua dei lavori parlamentari, si collocano alla radice della riforma".

³³ Dispõe o art. 380-1 do *Code de procédure pénale* francês, com as modificações introduzidas pela Lei nº 516, de 15 de junho de 2000: "Art. 380-1. –Les arrêts de condamnation rendus par la cour d'assises en premier ressort peuvent faire l'objet d'un appel dans les conditions prévues par le présent chapitre. Cet appel est porté devant une autre cour d'assises désignée par la chambre criminelle de la Cour de cassation et qui procède au réexamen de l'affaire selon les modalités et dans les conditions prévues par les chapitres II à VII du présent titre."

³⁴ Neste sentido, por todos, veja-se F. Fourment: "La loi 'présomption d'innocence' du 15 juin 2000 n'avait ouvert l'appel que contre les arrêts de condamnation, excluant cette voie de recours contre les arrêts d'acquiescement. L'égalité des armes entre les parties au procès criminel n'était pas respectée." (*Procédure pénale*, cit., p. 297).

³⁵ Eis a passagem (na verdade, uma nota de pé de página) na qual o Ferrajoli sustenta a referida tese: "Questo diritto è stabilito implicitamente dall'art. 14, comma 5, dei Patti internazionali sui diritti civili e politici del 1966: 'Ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge'. È evidente che in un ordinamento che come quello italiano prevede due gradi di giudizi di merito, se la sentenza di primo grado è di assoluzione, la sentenza di condanna di secondo grado sollecitata dall'appello del pubblico ministero non è suscettibile del riesame richiesto dal suddetto art. 5. Perché

modelo de processo penal anglo-americano, o qual, a propósito, muitas vezes é duramente por ele criticado³⁶. O fundamento da tese de Ferrajoli consiste na invocação das normas de convenções internacionais (sobretudo do Pacto internacional de direitos civis e políticos de 1966), segundo as quais o acusado tem direito à revisão de sua condenação por outro juízo, sendo, portanto, necessárias “*due condanne conformi*” para legitimar uma condenação definitiva. Diante disso, extrai ele como consequência que, pelo fato de não haver (no ordenamento italiano) um terceiro grau de jurisdição relativo ao *meritum causae*, uma condenação em segundo grau, resultante de provimento de recurso do Ministério Público interposto em caso de absolvição em primeiro grau, implica inobservância do princípio relativo às “*due condanne conformi*”. Por esta razão, segundo o referido autor, deve-se admitir somente o recurso por parte do réu na hipótese de condenação, suprimindo-se o recurso da acusação em caso de absolvição em primeiro grau de jurisdição.

Referida tese, contudo, merece ser analisada à luz da teoria do garantismo penal, magistralmente sistematizada pelo próprio Ferrajoli, pois esta parece não acolher, pelos mais variados fundamentos, a supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado.

Em primeiro lugar, deve-se observar que ao afirmar que “*la pretesa che la pubblica accusa, dopo aver sconvolto ingiustamente la vita di un cittadino trascinandolo in giudizio e costringendolo a difendersi da un'accusa rivelatasi infondata, possa continuare a perseguirlo in vista di una condanna in appello, equivale a una forma di accanimento giudiziario*”, Ferrajoli parte da premissa incontrastável de que a decisão absolutória de primeiro grau é justa (e não se está cuidando de decisão proferida pelo júri, cujo veredicto é soberano e desprovido de motivação), sem que se possibilite seja ela submetida à revisão, apesar de o próprio Ferrajoli afirmar em sua obra serem sempre possíveis as “inevitáveis deformações” das

tale riesame sia possibile e si raggiungano due condanne conformi, deve perciò essere appellabile solo la sentenza di condanna, mentre deve essere precluso l'appello della pubblica accusa contro le sentenze de assoluzione, destinate quindi a divenire definitive. Del resto, la pretesa che la pubblica accusa, dopo aver sconvolto ingiustamente la vita di un cittadino trascinandolo in giudizio e costringendolo a difendersi da un'accusa rivelatasi infondata, possa continuare a perseguirlo in vista di una condanna in appello, equivale a una forma di accanimento giudiziario: purché, evidentemente, l'accusa si sia rivelata, appunto, infondata e l'imputato sia stato assolto per non aver commesso il fatto o perché questo non sussiste o non costituisce reato, e non già perché il reato è dichiarato estinto per l'intervenuta prescrizione a seguito dell'applicazione di circostanze attenuanti. Proprio quest'ultima ipotesi invece – la sola che non giustifica l'inappellabilità – è stata quella che ha sollecitato, in Italia, la legge ad personam n. 46 del 20.2.2006 “in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento”, poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza del 6.2.2007.” (Principia iuris, Volume II, Teoria della democrazia, 2ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2009, nota 155, p. 464-465).

³⁶ Como afirma L. Ferrajoli, “*il legislatore italiano, suggestionato dagli aspetti deteriori dell'esperienza americana, ha invece imboccato la strada opposta, legittimando il patteggiamento dapprima con le leggi d'emergenza sui 'pentiti' e poi, in maniera ancor più estesa, con la recente riforma del codice di procedura penale. Il risultato, come dimostrerò nei par. 45 e 54, è inevitabilmente la corruzione della giurisdizione, la contaminazione poliziesca delle procedure e degli stili d'indagine e di giudizio, la conseguente perdita di legittimazione politica o esterna del potere giudiziario.*” (Dirito e ragione. Teoria del garantismo penale, 8ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 625).

decisões judiciais³⁷. Além disso, o mesmo autor parte de outra equivocada premissa, qual seja, a de que o Ministério Público comete dupla injustiça: a injustiça de ter denunciado o acusado (pois a acusação se revelou infundada, segundo declarado pela irrecorrível sentença absolutória, qualquer que tenha sido a sua motivação, ou mesmo na ausência desta) e a injustiça de, ainda assim, continuar a persegui-lo por intermédio do recurso. Tal concepção de Ministério Público que comete injustiças e persegue cidadãos por intermédio do exercício da ação penal, bem como pela interposição de recurso visando a corrigir uma decisão absolutória, parece estar em nítido contraste com a tese sustentada pelo próprio Luigi Ferrajoli, que enxerga no *Parquet* uma instituição de garantia, inclusive no processo penal, deputada à tutela dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos dos acusados³⁸.

Por outro lado, o próprio Ferrajoli sustenta firmemente, como uma das premissas do sistema garantista, a possibilidade de controle das decisões judiciais por ambas as partes³⁹, o que deriva da necessidade irrefutável de motivação das decisões⁴⁰. Ora, se o Juiz souber, de antemão, que possível sentença de absolvição que ele venha a prolatar não poderá ser contestada por intermédio de recurso do Ministério Público (e, por conseguinte, também do ofendido), isso poderá gerar, para o Juiz, a certeza de que lhe foi conferido um poder (de absolver) sem qualquer tipo de controle. Neste contexto, cumpre remarcar que Ferrajoli sustenta, de maneira irrestrita, citando a célebre passagem de Montesquieu, que todo poder, inclusive o jurisdicional, precisa de limites e de controles: "*c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le droit! La vertu même a besoin de limites*"⁴¹.

Deve-se asseverar também que Ferrajoli não leva em conta o fato de que a irrecorribilidade da sentença absolutória pode ter o efeito negativo de fazer com que o Juiz, sabedor de que seu *decisum* absolutório não passará pelo controle de seus pares, se acomode em relação à busca da verdade processual. E que referida irrecorribilidade da sentença de absolvição pode ainda abrir um flanco à corrupção judicial, com a possível colusão do Juiz com o réu ou com a defesa técnica deste,

³⁷ A propósito, L. Ferrajoli afirma: "*Al di là delle disonestie e partigiane alterazioni del vero, sono infatti possibili e in qualche misura inevitabili le deformazioni involontarie, dovute al fatto che ogni ricostruzione giudiziaria minimamente complessa degli avvenimenti passati equivale comunque a una loro interpretazione, cui il giudice perviene muovendo da ipotesi di lavoro che, per quanto precisate o modificate nel corso delle indagini, lo portano a valorizzare alcune prove e a trascurarne altre e gli impediscono talvolta non solo di capire ma perfino di vedere i dati disponibili ma con essi contrastanti. In ogni giudizio, insomma, è sempre presente una certa dose di pregiudizio.*" (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, cit.*, p. 30).

³⁸ Neste sentido, L. Ferrajoli, Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia, in: *Questione giustizia*, n° 1, Milano: FrancoAngeli, 2012, p. 31 s.

³⁹ Eis a passagem do maestro L. Ferrajoli sobre o tema: "[...] il potere giudiziario non è il "disumano potere", puramente potestativo della giustizia di casi, ma è fondato sul "sapere" anche solo opinabile e probabile, ma proprio per questo confutabile e controllabile sia dall'imputato e dalla sua difesa che dalla società." (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, cit.*, p. 640).

⁴⁰ Como assevera L. Ferrajoli, "precisamente, la motivazione consente la fondazione e il controllo delle decisioni sia in diritto, per violazione di legge o difetti d'interpretazione o sussunzione, sia in fatto, per difetto o insufficienza di prove ovvero per inadeguata esplicazione del nesso tra convincimento e prove. E non solo in appello ma anche in cassazione." (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, cit.*, p. 640).

⁴¹ Vide L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, cit.*, p. 943, nota 43.

violando o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional, o que se mostraria extremamente danoso ao Estado de direito, sobretudo em casos relativos à criminalidade organizada e à criminalidade política ou financeira. Neste sentido, cumpre asseverar que Ferrajoli também sustenta, em contradição com a tese da impossibilidade de o Ministério Público recorrer da absolvição, a possibilidade de ambas as partes recusarem o Juiz, sobretudo em hipóteses de colusão⁴². Ora, pode ser que a colusão entre Juiz e réu se verifique exatamente no momento da sentença absolutória, quando então se retirará do Ministério Público a possibilidade de recorrer da absolvição com fundamento exatamente na colusão entre o Juiz e o réu.

Quanto à invocação, por parte de Ferrajoli, das *"due condanne conformi"* necessárias a legitimar a condenação definitiva, a qual é extraída acertadamente das normas constantes de convenções internacionais, cuida-se, de fato, de direito fundamental do acusado. Todavia, o fato de um direito fundamental encontrar-se previsto em uma convenção internacional não significa que se deva suprimir um outro direito, qual seja, o do Ministério Público de estender, por intermédio do recurso, o direito de ação de que é titular, bem como de buscar a correção da decisão judicial em nome da sociedade. Ao contrário, a previsão do direito fundamental do acusado pelas normas convencionais impõe que os Estados implementem a respectiva garantia. Assim, na ausência de via recursal, qual seja, um terceiro grau de jurisdição que possa reexaminar o *meritum causae* em caso de condenação em segundo grau resultante de provimento de recurso do Ministério Público interposto de decisão absolutória em primeiro grau, Ferrajoli, ao invés de sustentar a supressão do recurso do Ministério Público – em frontal contradição com a paridade de armas no processo penal, da qual ele mesmo é um dos grandes cultores⁴³ –, deveria sustentar a necessidade de implementação, por lei, de mais uma via recursal de mérito com vistas a assegurar o direito fundamental do acusado de ver sua condenação confirmada (caso ela resulte de provimento a recurso do Ministério Público manejado em caso de absolvição em primeiro grau). Não por acaso, é o próprio Ferrajoli quem afirma que os *"direitos fundamentais necessitam sempre de leis de atuação"* com vistas à sua implementação⁴⁴.

⁴² Eis a passagem do mestre L. Ferrajoli quanto à possibilidade de as partes recusarem o Juiz: *"È necessario in primo luogo che il giudice non abbia nessun interesse privato o personale all'esito della causa: 'nessuno può essere o arbitro della propria causa', e quindi – sono ancora parole di Hobbes – non può essere giudice colui al quale arrida la speranza di ottenere maggiore utilità o soddisfazione della vittoria di una delle due parti piuttosto che dall'altra. A garanzia di questa indifferenza o disinteresse personale rispetto agli interessi in conflitto, è necessaria la ricusabilità del giudice di ciascuna delle parti interessate."* (Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, cit., p. 594-595).

⁴³ O próprio L. Ferrajoli afirma que *"perché la contesa si svolga lealmente e ad armi pari, occorre d'altra parte la perfetta uguaglianza tra le due parti"* (Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, cit., p. 630).

⁴⁴ L. Ferrajoli afirma expressamente a necessidade de leis de atuação relativamente à implementação das garantias relativas aos direitos fundamentais: *"Diverso è il caso dei diritti fondamentali – di tutti e non solo dei diritti sociali e di quelli di livello internazionali – che come ho mostrato sono immediatamente (disposti da) norme tetiche. In questo caso l'esistenza delle relative garanzie – di quelle primarie e più ancora di quelle secondarie – non è affatto scontata, dipendendo dalla loro espressa stipulazione ad opere di norme di diritto positivo ben distinte da quelle che ascrivono i diritti."* (Diritti fondamentali, in: E. Vitale (a cura di), Diritti fondamentali. Un dibattito teorico, Roma-Bari: Laterza, 2008, p. 30).

Conclusivamente, pode-se afirmar que a doutrina do garantismo penal cunhada pelo próprio Luigi Ferrajoli não dá suporte a quaisquer dos argumentos trazidos a lume por ele com vistas à supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição, seja o repúdio à concepção de processo que se desenvolve nos Estados Unidos da América, com os criticados acordos entre acusação e defesa, seja a necessidade de se controlar as decisões judiciais mediante recursos de ambas as partes, seja a concepção do Ministério Público como instituição imparcial ao qual incumbe também tutelar as garantias do acusado, seja, enfim, a necessidade de paridade de armas no processo penal, que deriva do princípio da isonomia. Quer-se crer, portanto, que a tese sustentada pelo *maestro* Luigi Ferrajoli, no sentido da supressão do recurso do Ministério Público, não passa de um *errore*, ou melhor, de um posicionamento em aparente contradição com a teoria do garantismo penal magistralmente por ele desenvolvida.

5. A Impossibilidade de Supressão do Recurso do Ministério Público em Caso de Absolvção do Acusado no Ordenamento Brasileiro: o *Parquet* como Parte Imparcial no Processo Penal

Além dos argumentos já analisados, algumas considerações merecem ser feitas quanto à impossibilidade de se suprimir, no ordenamento jurídico brasileiro, o recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Em primeiro lugar, deve-se asseverar que na doutrina brasileira sempre foi admitido o recurso de apelação manejado pelo Ministério Público no caso de absolvição do acusado⁴⁵, diante do que prevê expressamente o art. 593 do Código de Processo Penal, seja nos processos perante o Juízo comum ou os Juízos especiais, seja no caso de absolvição do acusado no procedimento do Júri, sendo neste último caso o recurso de apelação vinculado às hipóteses previstas em lei, como, por exemplo, ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, do CPP). No processo penal brasileiro, a soberania dos veredictos do Júri se vê atenuada desde o Código de Processo Criminal do Império de 1832, que já previa a apelação, manejável por qualquer das partes mesmo em caso de absolvição, para os casos de inadequação da decisão dos jurados, de inobservância das fórmulas procedimentais e para o caso de a pena não se adequar à previsão

⁴⁵ No sentido do texto, H. A. Mossin, *Recursos em matéria criminal*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 49; A. Pellegrini Grinover; A. Magalhães Gomes Filho; A. Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1996, p. 78 e 126; R. Pires de Campos Barros, *Sistema do processo penal brasileiro*, Volume II, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 376; L. Santoro de Constantino, *Recursos criminais e ações, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 54-59; H. Tornaghi, *Curso de processo penal*, Volume 2, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 354-355; M. Zanoide de Moraes, *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: 2000, p. 286. Este último autor, a propósito, elenca como “únicas hipóteses de ilegitimidade recursal do Ministério Público”, “as sentenças absolutórias não impugnadas pelo querelante e proferidas em ação penal de iniciativa exclusivamente privada” e o (atualmente extinto) “protesto por novo júri” (*ivi*, p. 287, 288 e 292).

legal⁴⁶. Tal sistemática foi mantida pelo Regulamento nº 848 de 1890⁴⁷, que organizou a Justiça Federal após a proclamação da República, pelo Decreto-Lei nº 167 de 1938⁴⁸, que regulamentou a instituição do Júri – que não recebeu menção na Carta Constitucional de 1937 – e, posteriormente, pelo Código de processo penal de 1941. O único recurso do qual não podia fazer uso o Ministério Público era o antigo protesto por novo júri, extinto por intermédio da Lei nº 11.689, de 2008.

Na tradição jurídica romano-germânica e, por conseguinte, no ordenamento jurídico brasileiro, os recursos são considerados uma extensão ou modalidade do direito de ação já exercido, no caso da acusação, ou uma extensão do direito de defesa, no caso do acusado⁴⁹. A adoção do duplo grau de jurisdição no processo penal permite a devolução da matéria impugnável ao juízo *ad quem*, impedindo apenas a *reformatio in peius*, ou seja, a piora da situação jurídica estabelecida na sentença quando só o acusado tiver recorrido. Assim, a regra do *double jeopardy*, da tradição anglo-saxônica, nenhuma valia tem entre nós no que toca à fase recursal, pois a interposição dos recursos não inaugura nova relação processual. Assim, a absolvição em primeiro grau, por si só, não extingue a relação processual, a qual pode ser estendida ao juízo *ad quem* por intermédio dos recursos interpostos seja pelo Ministério Público (ou, por vezes, pelo ofendido), seja pelo acusado ou pela defesa técnica deste. Tal somente se verifica com o trânsito em julgado da decisão absolutória para a acusação, no caso de o Ministério Público não interpor o recurso de apelação, no prazo legal, ou, quando, caso possível, não o fizer o ofendido (após decorrido o prazo que o *Parquet* possuía para impugnar a absolvição).

Deve-se considerar, ainda, o fato de o Brasil ser signatário de convenções internacionais, como a Convenção americana sobre direitos humanos de 1969 (o chamado Pacto de São José de Costa Rica, promulgado por intermédio do Decreto nº 678, 06 de novembro de 1992), cujo art. 8º, nº 2, *h*, estabelece o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, bem como o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966 (promulgado por intermédio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992), cujo art. 14, 5, estabelece que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Vê-se, portanto, que referidas

⁴⁶ Prevía o art. 301 do Código de Processo Criminal de 1832: “Das sentenças proferidas pelo Jury não haverá outro recurso senão o de appellação, para a Relação do Districto, quando não tiverem sido guardadas as formulas substanciaes do processo, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impuzer a pena declarada na Lei.”

⁴⁷ Dipunha o art. 93 do Regulamento nº 848, de 11 de outubro de 1890: “Será concedido *às partes* o prazo de tres dias para interposição do recurso das sentenças do Tribunal do Jury e bem assim para o protesto por novo julgamento.” (grifos não constantes do original)

⁴⁸ Os arts. 91 e 92 do Decreto-Lei nº 167, de 05 de janeiro de 1938 estatuíam: “Art. 91. Só será admitida apelação *de qualquer das partes* quando interposta por escrito, depois de dissolvido o conselho de sentença, e dentro de cinco dias, sempre com efeito suspensivo, salvo si, *no caso de absolvição*, e tratando-se de crime afiançável, o réu estiver preso.” (grifos não constantes do original). O art. 92, por sua vez, dispunha: “A apelação sómente pode ter por fundamento: a) nulidade posterior à pronúncia; b) injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário.”

⁴⁹ Neste sentido, por todos, veja-se A. Pellegrini Grinover; A. Magalhães Gomes Filho; A. Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, cit., p. 32.

normas, incorporadas ao direito brasileiro, estabeleceram o direito fundamental de o condenado recorrer da sentença condenatória para uma instância superior. Assim, deve-se implementar e tornar efetivo referido direito fundamental, o que não significa, nem poderia ter como consequência lógica, a supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição. Portanto, deve-se introduzir no direito brasileiro a possibilidade de análise de mérito, realizada por um terceiro grau de jurisdição – no caso, o Superior Tribunal de Justiça –, relativamente às condenações em segundo grau de jurisdição resultantes de provimento de recurso do Ministério Público interposto no caso de absolvição em primeiro grau de jurisdição. Isto, aliás, foi o que decidiu a Corte Interamericana de direitos humanos no caso *Mohamed vs. Argentina* (sentença de 23 de novembro de 2012), quando determinou a responsabilidade internacional da Argentina, pois considerou que o recurso extraordinário previsto no ordenamento argentino não garante o direito do acusado de recorrer para instância superior quando este tenha sido condenado em segundo grau de jurisdição em razão de provimento de recurso do Ministério Público em caso de absolvição em primeiro grau⁵⁰. Referida Corte, a propósito, sequer cogitou da supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Ainda em reforço à tese de que se deve implementar o direito fundamental, e não se suprimir o recurso do Ministério Público convém notar, ainda no âmbito das Convenções internacionais, que o Brasil é também signatário do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (promulgado por intermédio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002), a ele se submetendo por força de norma constitucional (art. 5º, § 4º, da Constituição da República), sendo que este diploma prevê expressamente a possibilidade de o Procurador recorrer amplamente das decisões, inclusive daquelas de absolvição (art. 81)⁵¹.

⁵⁰ Eis o resumo oficial do caso, emitido pela Corte interamericana: *"El 23 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante 'la Corte Interamericana', 'la Corte' o 'el Tribunal') emitió la Sentencia, en la cual desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado, y declaró, por unanimidad, que el Estado es internacionalmente responsable por haber violado el derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de Oscar Alberto Mohamed. La Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo penal condenatorio. El señor Mohamed fue condenado como autor del delito de homicidio culposo mediante sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por el tribunal en segunda instancia, la cual revocó el fallo absolutorio que había proferido el juzgado de primera instancia."* No corpo da decisão ficou estabelecido: *"La Corte consideró que el referido recurso extraordinario no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino. Asimismo, resaltó que las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional."* O julgado pode ser acessado no site da Corte interamericana de direitos humanos: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_255_esp.pdf.

⁵¹ Admitindo sem qualquer empecilho o recurso do Procurador junto à Corte penal internacional, inclusive nos casos de absolvição, veja-se, na doutrina, A. Abdessemed, *Le principe du double degré de jurisdiction et les juridictions pénales internationales*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, nº 74, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2007, p. 433.

Além disso, dever-se-ia admitir no ordenamento brasileiro – e esta, sim, efetivamente é uma tese garantista – a possibilidade de o condenado aderir ao recurso da acusação, sobretudo em casos de absolvição, como de há muito já sustentado por parcela louvável da doutrina brasileira⁵² e previsto, por exemplo, no *Code de procédure pénale* francês (art. 380-10)⁵³.

Por fim, toda esta discussão acerca do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado deve ser analisada levando-se em consideração que referida instituição, no direito brasileiro, deve ser considerada, como afirma o próprio Luigi Ferrajoli, como uma instituição de garantia deputada à tutela dos direitos fundamentais⁵⁴ e, por consequência, verdadeira parte imparcial no processo penal.

No Brasil, alguns poucos doutrinadores possuem uma visão decididamente equivocada a respeito do Ministério Público, asseverando ser este um acusador implacável, parcial e que tem por incumbência a obtenção da condenação do acusado, sem a qual sua razão de ser perderia completamente o sentido⁵⁵. Isto advém de uma interpretação equivocada a respeito da referida instituição, não levando em conta sua história e evolução, bem como de uma visão excessivamente impregnada da concepção relativa ao processo penal acusatório norte-americano, caracterizada pela possibilidade de o acusador – que, como já se asseverou, possui fonte de legitimação distinta daquela do Ministério Público dos países de tradição romano-germânica – dispor do objeto do processo, sem qualquer comprometimento com a imparcialidade e a igualdade entre os cidadãos. A doutrina amplamente majoritária, contudo, sempre entendeu que o Ministério Público é configurado no processo penal brasileiro como parte imparcial⁵⁶, atuando como fiscal da correta aplicação da lei (art. 257 do CPP), podendo opinar pela absolvição do acusado (art. 385 do CPP), impetrar *habeas corpus* diante de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção do réu (art. 654 do CPP), bem como recorrer em seu favor, segundo

⁵² Neste sentido, veja-se, o inovador estudo de S. Demoro Hamilton, *A viabilidade do recurso adesivo no processo penal*, in *Processo penal. Reflexões*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 167 s.

⁵³ O Código de processo penal francês prevê em seu art. 380-10, o chamado *appel incident*: “*En cas d’appel d’une partie, pendant les délais ci-dessus, les autres parties ont un délai supplémentaire de cinq jours pour interjeter appel.*”

⁵⁴ Assim, L. Ferrajoli, *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, cit., p. 31 s.

⁵⁵ Neste sentido, sem qualquer fundamentação razoável, A. Nicolitt, *Manual de processo penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, p. 224-225; igualmente, R. R. Rebello Casara, A. P. Melchior, *Teoria do processo penal brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 382, os quais se referem ao “mito da imparcialidade do Ministério Público”.

⁵⁶ Na doutrina brasileira, já era a lição de H. Tornaghi: “Como fiscal da aplicação da lei, entretanto, o Ministério Público deve agir imparcialmente e reclamar inclusive o que puder ser favorável ao réu. [...] Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar como *custodio* da lei e o seu caráter de parte.” (*Curso de processo penal*, Volume I, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 486. Sustentando ainda a imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro, entre tantos, vide: A. Araujo de Souza, *O abuso do direito no processo penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 172; M. Batlouni Mendroni, *Curso de investigação criminal*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 271; M. A. de Barros, *A busca da verdade no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155; S. L. de Souza Araújo, *Teoria geral do processo penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 1999, p. 219; P. C. Pinheiro Carneiro, *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9; A. Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 235; A. Silva Jardim, *Direito processual penal*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 227.

entendimento já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, a ausência de imparcialidade do *Parquet* representaria desprestígio ao princípio da isonomia entre todos os cidadãos⁵⁷, bem como uma enorme perda para o Estado constitucional de direito e até mesmo para a democracia⁵⁸, considerada a sua qualidade de instituição de garantia deputada à tutela dos direitos fundamentais.

Até mesmo na fase pré-processual, antes de instaurada a relação processual, entende-se que o Ministério Público, que obviamente ainda não é parte, tem o dever de obrar com imparcialidade, sendo obrigado durante a investigação preliminar a reunir todos os elementos probatórios acerca do fato criminoso, inclusive os que se mostrem favoráveis à pessoa submetida à investigação⁵⁹. Não se trata de uma elucubração doutrinária, mas de previsão expressa constante de vários Códigos de processo penal modernos, como por exemplo, os da Alemanha de 1974 (§ 160, II)⁶⁰, da Itália de 1988 (art. 358)⁶¹, da Bolívia de 1999 (art. 72)⁶², e até mesmo na Constituição da Colômbia de 1991 (art. 250, 5)⁶³. Também após o exercício da ação penal e durante todo o processo, o Ministério Público conserva a sua imanente imparcialidade⁶⁴, como

⁵⁷ Afirma, neste sentido, expressamente A. Scarance Fernandes: "A imparcialidade do Promotor preserva a igualdade do tratamento a todos os acusados, sem protecionismos ou excessos acusatórios." (*Processo penal constitucional*, cit., p. 235).

⁵⁸ Já em 1969, criticando a influência do direito anglo-americano no que toca à função do Ministério Público no processo penal, afirmou C. Roxin: "*Una transformación de nuestro proceso penal, en el sentido del procedimiento anglo-americano de partes, como se reclama insistentemente, conduciría forzosamente, en cambio, a otras consecuencias totalmente distintas para los funcionarios de la acusación, a saber, a su reestructuración en el sentido de una instancia de persecución parcial y ejecutiva. Me parece indiscutible que esto significaría una pérdida importante para el Estado de Derecho.*" (*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, cit., p. 53).

⁵⁹ Como afirma G. Silvestri, relativamente ao ordenamento jurídico italiano, "*la delicatezza dei momenti iniziali del procedimento, quando ancora non è stata esercitata l'azione penale, richiede una valutazione imparziale della fondatezza della notizia criminis non solo allo scopo di poter sostenere l'accusa in dibattimento, secondo la prescrizione dell'art. 125 disp. att. c.p.p., ma anche, e principalmente, per non trasformare il processo da strumento di tutela dei diritti dei cittadini in luogo istituzionale della loro lesione.*" (*Il P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Milano: Giuffrè, marzo-aprile, 1997, p. 959).

⁶⁰ Estatui o § 160, II, da *Strafprozeßordnung* alemã: "*Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.*"

⁶¹ O art. 358 do *Codice di procedura penale italiano* estabelece: "*Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.*"

⁶² Por sua vez, dispõe o art. 72 do *Código de procedimiento penal* boliviano de 1999: "*Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio.*"

⁶³ Dispõe, a propósito, o art. 250, 5, da Constituição colombiana: "*(...) La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.*"

⁶⁴ Preciso sobre o tema, na doutrina espanhola, R. Martínez Dalmau: "*En ningún modo, en un Estado democrático, debería el Ministerio Público entenderse de otra manera, por cuanto está vinculado a los principios de legalidad e imparcialidad.*" (*Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Valência: Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999, p. 118). No mesmo sentido, na doutrina italiana, A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano: Giuffrè, 1999, p. 231; L. Sansò, *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*, Milano: Giuffrè, 1953, p. 324. O mesmo entendimento é sustentado na doutrina francesa por J.-P. Jean, *Le modèle du magistrat du Ministère Public en Europe: un professionnel impartial*,

de há muito já afirmava Francesco Carrara⁶⁵. Ainda muito antes, esta já era a tese de vários iluministas, como por exemplo o célebre Montesquieu, partidário de que a ação penal fosse conferida ao Ministério Público⁶⁶, afirmando que este jamais deve demonstrar “zelo pela condenação”, pois sua função é fazer “punir ou absoudre”⁶⁷.

Esta possibilidade de atuar também em favor do acusado reflete claramente o seu papel de instituição de garantia, deputada à tutela de direitos também no processo penal⁶⁸. Mas, ao mesmo tempo, o *Parquet* não desempenha um papel de codefensor do imputado, sendo impossível, sob o plano lógico, uma duplicidade de funções no mesmo procedimento⁶⁹. A sua imparcialidade, portanto, não lhe permite substituir-se ao defensor do acusado, pois este, além de tornar possível a defesa técnica, também possui a função de garantir o necessário contraditório entre acusação e defesa⁷⁰. Relativamente ao Ministério Público, portanto, não se pode falar em terceiro, pois esta qualidade é reservada ao Juiz, sendo o *Parquet* postulante na relação processual penal. Isto, porém, não exclui a sua imparcialidade, que se consubstancia em perseguir a verdade processual e aportar ao processo todas as provas sobre o fato criminoso, sejam elas desfavoráveis ou favoráveis ao imputado.

in: Cour de cassation (sous l'égide de), *Quel avenir pour le Ministère Public?*, Paris: Dalloz, 2008, p. 83 s. Iguualmente, na doutrina portuguesa G. Marques da Silva, *Curso de processo penal*, III, cit., p. 303.

⁶⁵ Eis a passagem do grande F. Carrara a respeito do Ministério Público: “I suoi precipui doveri sono l'imparzialità, e la freddezza; e deve soprattutto esser cauto di non scambiare lo zelo per la condanna con lo zelo per la giustizia.” (*Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Vol. II, 5ª ed., Lucca, 1871, p. 414).

⁶⁶ Neste sentido, a passagem de Montesquieu: “Nous avons aujourd'hui une loi admirable; c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre, en son nom, tous les crimes: de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous; et, si ce vengeur public étoit soupçonné d'abuser de son ministère, on l'obligeroit de nommer son dénonciateur. Dans le lois de Platon, ceux qui négligent d'avertir les magistrats ou de leur donner du secours doivent être punis. Cela ne conviendrait point aujourd'hui. La partie public veille pour les citoyens; elle agit, et ils son tranquilles.” (*De l'esprit des lois* [1748], Tome premier, Paris: P. Pourrat Frères, 1831, p. 167-168).

⁶⁷ Assim, M. A. Cattaneo, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000, p. 45-46.

⁶⁸ Neste sentido, C. Roxin se refere ao “famoso dictamen de Savigny y Uhden, del año 1846, que reza: ‘que el fiscal, como custodio de la ley, debe estar facultado a operar en el procedimiento contra el acusado desde un comienzo, en el sentido de que sobre todo la ley sea satisfecha’. ‘En esa posición fundamental’ – prosiguen los autores – ‘el fiscal ocupa una posición que lo obliga tanto a la protección del acusado como a actuar contra él.’” O mesmo autor completa: “Esta posición de custodio de la ley, que se ha consolidado dentro del Derecho vigente en las obligaciones del ministerio público de incorporar también el material de descargo y, dado el caso, de interponer recursos a favor del condenado o procurar la revisión, es también de gran actualidad aun para la discusión en el presente, porque proporciona la prueba de que la investigación de los hechos y la decisión jurídica, hechas por el fiscal y por el juez, deben estar presididas exactamente por los mismos fines.” (*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, trad. espanhola de Julio B. J. Maier e Fernando J. Córdoba, in: *AA.VV., El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpressão, Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 41).

⁶⁹ Neste sentido, a perfeita observação de G. Silvestri: “Bene ha fatto quindi la Corte a prendere le distanze da questo paternalismo giudiziario, nutrito di ideologia statalistica, ed a riaffermare il semplice schema del rito accusatorio (nel recente passato offuscato da talune sue stesse pronunce), fondato sulla irriducibile eterogeneità tra P.M. e difesa, realmente contrapposti nel processo e non ‘collaboranti’ per il conseguimento del bene superiore dell’ accertamento della verità, cui deve pensare esclusivamente il giudice, alla luce e nei limiti delle evidenze processuali. L'imparzialità del P.M. non può avere il significato di una sua anomala duplicità di ruoli nel medesimo procedimento, impossibile, oltre che per ragioni giuridico-processuali, per elementari dettami della logica comune. Si trae, nel sostenere la tesi criticata, da un principio valido, l'imparzialità del P.M., una conseguenza eccessiva, il P.M. ‘co-defensore’, che finisce per negare il fondamento su cui poggia l'idea stessa della sua neutralità.” (II P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere, in: *Giurisprudenza costituzionale*, Milano: Giuffrè, marzo-aprile, 1997, p. 958).

⁷⁰ Neste sentido, A. Traversi, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, Milano: Giuffrè, 2009, p. 03.

A propósito, a Corte Constitucional italiana reconheceu expressamente (sentença nº 88 de 1991) a fisionomia de “*parte imparziale*” do Ministério Público, não como mero acusador, “*ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a cercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato*”⁷¹. Não se trata de simples sutileza teórica, havendo mesmo quem não o considere como “parte”, exatamente por causa de sua imanente imparcialidade, como o fez recentemente a Corte Constitucional alemã⁷², adotando concepção diametralmente oposta àquela sustentada por Carnelutti, que criticava a expressão “parte imparcial” atribuída ao *Parquet*⁷³.

Destá maneira, pode-se afirmar conclusivamente que, sendo o Ministério Público inquestionavelmente parte imparcial no processo penal brasileiro, autorizado inclusive a postular em favor do acusado, e detentor da missão de buscar sempre a correta aplicação da lei, não há qualquer fundamento razoável para que se lhe suprima o recurso em caso de absolvição do acusado em primeiro grau de jurisdição.

Bibliografia

ABDESSEMED, Abderrachid. Le principe du double degré de juridiction et les juridictions pénales internationales, in: *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, nº 74, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2007.

AMODIO, Ennio. Miti e realtà della giustizia nordamericana, in: *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2003.

ARAUJO DE SOUZA, Alexander. *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARTKÄMPER, Heiko; HERRMANN, Gunnar; JAKOBS, Carola; KRUSE, Henner. *Aufgabenfelder der Staatsanwaltschaft*. Münster: ZAP, 2008.

ASHWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. third edition. Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁷¹ Quanto às medidas cautelares, dispõe o art. 291, 1, do Código de processo penal italiano de 1988: “*Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositati.*”. Também de acordo com os princípios diretivos sobre o papel dos membros do Ministério Público adotados no VIII Congresso das Nações Unidas de 1990, “*Les magistrats du parquet n'engagent ni ne continuent des poursuites ou font tout leur possible pour suspendre la procédure lorsqu'une enquête impartiale révèle que l'accusation n'est pas fondée*” (§ 14).

⁷² Relativamente à *Staatsanwaltschaft* alemã, H. Henrion; N. Salditt sublinham que a Corte Constitucional alemã não considera o Ministério Público como parte no processo penal, exatamente em razão da sua imparcialidade: “*La Cour constitutionnelle fédérale déclare que le ministère public n'est pas 'partie au procès pénal', puisqu'il est soumis à un devoir d'objectivité lui enjoignant de prendre en compte les intérêts de la personne suspectée ou poursuivie à tous les stades du procès en instruisant à charge et à décharge (§ 160, II, StPO), en exerçant, les cas échéant, une voie de recours en sa faveur (§ 296, II, StPO) et en demandant la réouverture d'un procès pour faire proclamer l'innocence d'un condamné (§ 359 et 365, StPO)*” (Le ministère public allemand, une institution ambivalente, in: C. Lazerges (sous la direction de), *Figures du Parquet*, Paris: PUF, 2006, p. 30-31).

⁷³ Quanto às referidas críticas, todas rebatidas pela doutrina, veja-se F. Carnelutti, *Mettere il Pubblico Ministero al suo posto*, in: *Rivista di diritto processuale*, Volume I, 1953, p. 257 s.

BALESTRIERI, Davide; GIRALDI, Carmen. *Introduzione allo studio del diritto penale irlandese. I principi*. Padova: Cedam, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos, in: *Temas de direito processual*. Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O processo penal norte-americano e sua influência, in: *Temas de direito processual*. Oitava série. São Paulo. Saraiva, 2004.

BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BORTOLOTTI, Guido. Ministero Pubblico (materia penale), in: *Il Digesto italiano*. Volume XV, parte seconda. Torino: UTET, 1904-1911.

BOTTA, Fabio. *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*. Cagliari: Edizioni AV, 1996.

BRITO DE ASSIS, Adriano Marcus. Notas sobre o Crown prosecution service: o Ministério Público da Inglaterra e do País de Gales, in: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 52, abr./jun. 2014.

BUSS, Sebastian. *Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service. Ein Vergleich der Anklagebehörden in Deutschland und England im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*. Baden-Baden: Nomos, 2010.

CADOPPI, Alberto; MCCALL SMITH, Alexander. *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*. Padova: Cedam, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. Mettere il Pubblico Ministero al suo posto, in: *Rivista di diritto processuale*. Volume I, 1953.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*. Vol. II, 5ª ed., Lucca, 1871.

CATTANEO, Mario Alessandro. *Il liberalismo penale di Montesquieu*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2001.

COPPI, Franco. No all'appello del P.M. dopo la sentenza di assoluzione. in: *Il giusto processo*, 2003.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 6ª ed. Milano: Giuffrè, 2001.

Cristiani, Antonio. *Manuale del nuovo processo penale*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1991.

CROALL, Hazel; MOONEY, Gerry; MUNRO, Mary. *Criminal justice in Scotland*. Oxon: Willan Publishing, 2010.

DA COSTA TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo penal*. Volume 4, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DE BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DEGANELLO, Mario. Momenti organizzativo-funzionali e metodologie selettive degli uffici giudiziari statunitensi, in: Gambini Musso, Rosanna (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2001.

DEMORO HAMILTON, Sergio. A viabilidade do recurso adesivo no processo penal, in: *Processo penal. Reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DE SOUZA ARAÚJO, Sérgio Luiz. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

DEZZA, Ettore. *Breve storia del processo penale inglese*. Torino: Giappichelli, 2009.

DINACCI, Filippo Raffaele. Impugnazioni e ragionevole durata. In: AA. VV. *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi*. Torino: Giappichelli, 2009.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Volume VI. Campinas: Bookseller, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2004.

_____. Diritti fondamentali. In: E. Vitale (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2008.

_____. *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, nº 1. Milano: FrancoAngeli, 2012.

_____. Principia iuris. Volume II. *Teoria della democrazia*. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2009.

FOURMENT, François. *Procédure pénale*. 6 ème éd. Paris: Paradigme, 2005.

FREDERICO MARQUES, José, *Elementos de direito processual penal*. Volume IV, reed. Campinas: Bookseller, 1998.

GASPARINI, Alessandro. Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale. In: Gambini Musso, Rosanna (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2001.

GODARD, Joëlle. L'influence du droit français sur le développement de la pensée juridique et du droit écossais. In: *Revue historique de droit français et étranger*. nº 1. Paris: Dalloz, 2004.

GUSTAPANE, Antonello. *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*. Milano: Giuffrè, 1999.

HENRION, Hervé; SALDITT, Nicole. Le ministère public allemand, une institution ambivalente. In: C. Lazerges (*sous la direction de*), *Figures du parquet*. Paris: PUF, 2006.

JEAN, Jean-Paul. Le modèle du magistrat du Ministère Public en Europe: un professionnel impartial. In: *Cour de cassation (sous l'égide de), Quel avenir pour le Ministère Public?*. Paris: Dalloz, 2008.

KELLER, Gustav. *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland: ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft*. Wien: Wilhelm Braumüller, 1866.

MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de processo penal*, III. Lisboa: Verbo, 1994.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. València: Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999.

MÌNISCI, Francesco; CURRELI, Claudio. *Il Pubblico Ministero. Compiti e poteri nelle indagini e nel processo*. Milano: Giuffrè, 2011.

MONTERO AROCA, Juan. Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal. In: *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 4. Madrid: Ministerio de Justicia, 1997.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois* [1748]. Tome premier. Paris: P. Pourrat Frères, 1831.

MOSSIN, Heráclito Antonio. *Recursos em matéria criminal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PADOVANI, Tullio. Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio. In: *Cassazione penale*, 2003.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PIETRINI, Stefania. *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*. Milano: Giuffrè, 1996.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIRES DE CAMPOS BARROS, Romeu. *Sistema do processo penal brasileiro*. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REBELLO CASARA, Rubens Roberto; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

REID, William. The origins of the office of Procurator Fiscal in Scotland. In: *Juridical review*. nº 10. London: 1965.

ROSSI, Nello. Riformare "insieme" la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero. In: *Questione giustizia*. nº 5. 2005.

ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. trad. espanhola de Julio B. J. Maier e Fernando J. Córdoba. In: AA.VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*. Reimpresión. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

SABINI, Angelo. *Leggi criminali del serenissimo dominio veneto in un solo volume*. Venezia: Antonio Pinelli, 1751.

SANSÒ, Luigi. *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*. Milano: Giuffrè, 1953.

SANTORO DE CONSTANTINO, Lúcio. *Recursos criminais e ações, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA JARDIM, Afranio. *Direito processual penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVESTRI, Gaetano. Il P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere. In: *Giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, marzo-aprile, 1997.

SPANGHER, Giorgio. Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo. In: *Corriere Giuridico*. nº 10, 2002.

SPENCER, John R. *La procédure pénale anglaise*. Paris: PUF, 1998.

TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2003.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Volume I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de processo penal*. Volume II. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TRAVERSI, Alessandro. *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*. Milano: Giuffrè, 2009.

VAN CAENEGEM, Raoul Charles. *Judges, legislators and professors. Chapters in European legal history*. New York: Cambridge University, 1987.

_____. Public prosecutions of crime in twelfth-century England. In: *Legal history. A European perspective*. New York-Rio Grande: The Hambleton, 1991.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2000.