



O MINISTÉRIO PÚBLICO E O RECURSO *PRO REO*: A FUNÇÃO DE CUSTOS JURIS NO PROCESSO PENAL GARANTISTA

Diego de Andrade CARDOSO¹
Rafael Silva PADOVEZ²

RESUMO: O presente artigo busca tratar da importante questão da atuação do Ministério Público em prol do acusado nas ações penais, especialmente para o fim de ingressar pela via recursal. Em linhas preliminares, o trabalho busca dissecar a função constitucional do Promotor, como fiscal da ordem jurídica, exercendo papel relevante em todas as ações penais. Superada essas premissas, passou-se a analisar especificamente a possibilidade de interposição recursal do Ministério Público em favor do acusado, dividindo-se o tema em ações penais públicas e privadas. Destaca-se a importante discussão acerca dos pressupostos subjetivos recursais, em especial a legitimidade e interesse para a atuação do *parquet*, além da vinculação ou não de suas pretensões iniciais a defesa do acusado.

Palavras-chave: Ministério Público. Recursos. Processo Penal. Legitimidade recursal. Interesse recursal.

1 INTRODUÇÃO

Dentro da sistemática processual penal do modelo constitucional brasileiro a figura do Ministério Público é de grande destaque e respeito. Alicerçado nas mais diversas funções institucionais, certo que o *parquet* detém como maior trunfo aos olhos sociais a posição acusatória, representando a sociedade e o *ius puniendi*.

No entanto, o interesse ministerial ultrapassa os limites postos do sistema acusatório, sendo primordialmente o guardião da ordem jurídica, zelando pela prevalência dos direitos constitucionalmente reconhecidos e a ordem processual nos termos postos no arcabouço legislativo penal.

Dessa forma, surge o interesse em aprofundar o estudo nessa figura tão imprescindível as garantias fundamentais, deixando a função de mero acusador, e tornando-se protetor do cidadão e do ordenamento jurídico.

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. diego.cardoso74@hotmail.com.

² Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Rafael.padovez@hotmail.com. Estagiário do escritório Aragos Advogados.

De proêmio, o primeiro capítulo visa estabelecer as premissas do órgão ministerial, sua função como *custos iuris* e os pressupostos recursais permissivos a legitimar os recursos *pro* acusado.

Superadas as premissas iniciais, passa-se a uma análise sistêmica da figura do Ministério Público nas ações penais públicas, extraíndo-se os princípios mais básicos que regem sua posição processual, e o debate acerca do sistema acusatório como baliza a impedir o interesse recursal a favor do acusado ou a prevalência da função de fiscal da ordem jurídica e o interesse protetivo.

Por fim, com maior destaque e discussão, a função do *parquet* nas ações penais privadas, limitando-se tão somente a fiscalização legal, ou ainda, inserido em sua legitimidade recursal, a possibilidade de tornar-se parte, visando o exercício de defesa do querelado, e em hipótese distante e mais gravosa, contra o réu.

2 O SISTEMA ACUSATÓRIO E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Dentre as sistemáticas e estudos acerca dos sistemas processuais penais, indiscutivelmente o Brasil adota o sistema acusatório, meio este indispensável a ordem jurídica garantista, que busca em suas bases garantir os mais primordiais direitos fundamentais. Cumpre notar os conhecimentos de Guilherme Nucci acerca do sistema acusatório:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. (2020, p. 111)

O sistema acusatório baseia-se na distinta presença de três figuras, agindo em iguais condições, formais e materiais, a defesa, cuja função é a defesa da inocência presumida do acusado, o julgador, figurado pelo juiz constitucionalmente eleito e competente, com o fim primordial de buscar a verdade real, e o acusador, responsável por representar o *ius puniendi*, concretizando o interesse do Estado, e por consequência lógica da sociedade, na busca de punir àquele violador de bem jurídico protegido. Renato Brasileiro assevera:

Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. Daí, aliás, o porquê da existência do próprio Ministério Público como titular da ação penal pública. Ora, se é natural que o acusado tenha uma tendência a negar sua culpa e sustentar sua inocência, se acaso não houvesse a presença de um órgão acusador, restaria ao julgador o papel de confrontar o acusado no processo, fulminando sua imparcialidade. (2020, p. 41)

Não há que se falar em um sistema processual acusatório marcado pela união do acusador ao julgador. Ressalta-se os ensinamentos de Luigi Ferrajoli:

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre o juiz e a acusação (...). Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do *distanciamento* do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto dos *ônus da contestação e da prova* atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo. (2002, p. 454-455)

O distanciamento entre as partes processuais garante a imparcialidade do órgão jurisdicional e a plenitude dos direitos constitucionalmente garantidos, especialmente em processo que poderá ter como resultado a restrição a liberdade de locomoção de um cidadão.

A *lex mater* pátria elegeu, como o acusador natural, intermediador do interesse punitivo estatal, o Ministério Público, posto em seu artigo 127, incumbindo-lhe a função de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Asserta Norberto Avena:

Na órbita criminal, o Ministério Público representa o Estado-Administração, incumbindo-lhe, primordialmente, nos crimes de ação penal pública, deduzir perante o Estado-juiz as providências necessárias para que se concretize a pretensão punitiva; e, nos delitos de ação penal privada, fiscalizar a instauração e o desenvolvimento regulares do processo, bem como o cumprimento e a aplicação da lei ao caso concreto. (2020, p. 255)

Por mais que se minoritariamente se discutisse a natureza do sistema processual brasileiro, recentemente, a Lei nº 13.964/2019 trouxe o artigo 3º-A ao Código de Processo Penal, reconhecendo a estrutura acusatória processual penal do Brasil. Embora o dispositivo esteja temporariamente com eficácia suspensa, trata-se de um marco importante ao estudo do tema, que torna indiscutível a intenção do legislador.

Vislumbra-se o Ministério Público por uma dupla face no processo penal. Em primeiras linhas, intermediando o *jus puniendi*, atribuindo culpa ao cidadão transgressor de norma proibitiva penal, cabendo-lhe acusar, provando a autoria e materialidade do fato típico praticado. Tanto por isso, é o destinatário imediato dos inquéritos policiais, cuja finalidade é colher elementos informativos para futura ação penal a ser intentada pelo órgão ministerial.

No entanto, sua atuação se estende a proteção da integridade jurídica do processo acusatório como um todo. É o Promotor de Justiça a quem incumbe zelar e proteger a regular aplicação dos preceitos legislativos, regulando-se os atos processuais nos termos legais, e, por conseguinte, garantindo os direitos e prerrogativas do acusado, ainda que a repercussão seja negativa a sua pretensão, resultando em prejuízo próprio. Por esta razão, o Ministério Público é conhecido como *custos legis*, como ensina Eugênio Pacelli:

Fala-se, então, em função *custos legis*, na qual o *parquet* seria o fiscal da lei, zelando pela correta aplicação do ordenamento jurídico, e na função postulatória, típica de parte, nas ações em que o Ministério Público seria o autor, no sentido processual do termo. (2021, p. 334)

Embora parte da doutrina ainda utilize a terminologia *custos legis*, vem pacificado não mais o Ministério Público como um fiscal da Lei, mas fiscal da ordem jurídica, do qual é tido como *custos juris*. Lei é uma espécie do gênero norma, tendo esta maior amplitude o manto ministerial. Explica Nestor Távora:

O CPC/2015, em seu artigo 178, modifica a noção para *custos juris*, mais contemporânea, com a função de defensor da ordem jurídica capitulada no art. 127, CF/1988. O órgão é mais que um fiscal da lei, defendendo a ordem jurídica como um todo. Nas ações penais privadas, o MP intervém como fiscal não só da lei (*custos legis*), mas da Constituição e do direito em geral (*custos juris*). (2017, p.862)

Com efeito, ao *parquet* compete, no processo em sua integralidade, agir como defensor da aplicação do ordenamento jurídico pátrio. Trata-se de atuação com maior profundidade e importância. Embora a *Lex Mater* hierarquicamente superior incumbe o Ministério Público na defesa da ordem jurídica, em mesmas linhas, o Código de Processo Penal repetiu o postulado constitucional, efetivando no artigo 257, inciso II, a função de fiscalizar a execução da Lei.

Como fiscal da ordem jurídica, não apenas é permitido ao órgão ministerial, mas imposto como dever, acima do interesse acusatório, proteger a integridade e finalidade do processo, pela estrita observância da lei. Como forma demonstrativa, cita-se situações em que o Promotor suscita nulidades em seu desfavor, ou de forma majorada, representa em alegações finais pela absolvição do acusado. Cumpre tomar os conhecimentos de Eugênio Pacelli:

É de se ver, contudo, que o Ministério Público, seja parte, seja custos legis, qualquer que seja, enfim, a sua posição no processo, jamais terá qualquer vinculação prévia com este ou aquele resultado final ali obtido. É dizer, a sua atuação jamais será condicionada com determinado e prévio interesse processual, no sentido da procedência ou da improcedência da ação. (2021, p. 334)

O interesse ministerial, embora a princípio esteja atrelado a condenação, não está absolutamente vinculado a pretensão inicial. Outrossim, almeja-se a concretização da justiça, ainda quando parte integrante da relação jurídica, que não se obrigaria a imparcialidade. Se no início estiver presente a justa causa, todavia, no transcorrer processual surgem novos fatos e formam-se os elementos instrutórios contundentes, a ponto de ser afastada a autoria e/ou materialidade do delito, cabe ao promotor perseguir a absolvição.

Por inteligência, pela natureza da função constitucional atribuída ao Ministério Público, o interesse individual deve prevalecer sobre o social. Isto porque, embora a função acusatória represente a sociedade como um todo, no duelo entre o exercício do *ius puniendi* e as garantias fundamentais, ao *parquet* se exige, como maior dever, a observância da Lei, ainda que acusador. Nelson Nery Junior pontua:

(...). Logo, o único interesse que há no processo penal é aquele que visa à busca da verdade em nome da sociedade, quer seja para condenar o culpado, quer para absolver o inocente. (...). Compete a ele, órgão autônomo de administração da Justiça, "realizar a função em colaboração com o juiz na descoberta da verdade e na realização do Direito que é, em último termo, a verdadeira razão da intervenção do Ministério Público no processo penal". (2012, p. 1)

Não obstante, se ao Promotor se impõe buscar a absolvição na proteção da ordem jurídica, faz-se pertinente, dentro do duplo grau de jurisdição, agir como *custos juris* na órbita recursal em favor do acusado, intentando ao colegiado sua pretensão de minoração do gravame imposto ou a absolvição.

3 OS RECURSOS PRO REO NAS AÇÕES PENAIS PÚBLICAS

Inicialmente, antes de adentrar no mérito do recurso *pro reo* é de suma importância uma análise a respeito das ações penais públicas, estabelecendo sua finalidade, indicando a pretensão do *parquet* e seu dever de atuação decorrente do Princípio da Obrigatoriedade.

3.1 O Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade

Primariamente, é importante destacar que no âmbito do processo criminal a atuação do Ministério Público é regida pelo Princípio da Obrigatoriedade, onde o *parquet* deve oferecer a denúncia sempre que presentes elementos quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, as condições da ação e a justa causa para a proposição da ação penal.

Sobre este princípio afirma Renato Brasileiro:

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, cada vez mais questionado no âmbito do próprio Ministério Público, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Não contam com nenhuma disponibilidade, ao contrário, vale o dever de persecução e acusação. Assim, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal. (2020, p. 321-322)

Com isso, fica claro que o Ministério Público não tem discricionariedade, ou seja, a faculdade de oferecer a denúncia, mas sim o dever de dar início a ação penal. Destarte, reitera o mesmo posicionamento Guilherme de Souza Nucci, ao dispor que:

Significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia (2020, p.186)

Portanto, o Princípio da Indisponibilidade decorre da Obrigatoriedade, através do qual, ajuizada a ação penal, não é possível desistir, devendo ser conduzida pelo Promotor de Justiça até o fim da persecução penal, conforme assegura Eugênio Pacelli:

No que diz respeito à ação pública, por exemplo, várias destas regras decorrem do próprio princípio da obrigatoriedade. É o que ocorre com o chamado princípio da indisponibilidade, traduzido na impossibilidade de o Ministério Público dispor da ação penal a que era inicialmente obrigado. Parece-nos, em tais hipóteses, que a apontada regra não vai além de consequência fundamental do princípio da obrigatoriedade, que estaria irremediavelmente atingido se se permitisse ao Ministério Público, obrigado a propor a ação penal, dela desistir após a sua propositura. A única distinção que se pode observar entre obrigatoriedade e indisponibilidade seria em relação ao momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro aplicável antes da ação penal e o segundo a partir dela. (2020, p.185)

Ademais, é relevante citar que existem exceções ao Princípio da Obrigatoriedade, como no caso de suspensão condicional do processo, presente na Lei nº 9.099/95, transação penal e o acordo de não persecução penal, o qual foi inserido recentemente pela Lei nº 13.964/2019.

3.2 O Ministério Público e o pedido de absolvição

Nos termos alhures, o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia decorrente do Princípio da Obrigatoriedade, contudo, isso não o obriga a requerer pela condenação do acusado em sede de alegações finais, já que não fica subordinado a condenação, devido a sua característica de *custos juris*, onde por ser o fiscal da ordem jurídica deve zelar também pelos direitos individuais.

Em mesma seara, Renato Brasileiro aponta a possibilidade do pleito de absolvição se as provas indicarem pela inocência do réu, ou caso reste dúvida acerca de sua culpabilidade:

A obrigatoriedade de oferecer a denúncia não significa que, em sede de alegações orais (ou de memoriais), o Ministério Público esteja sempre obrigado a pedir a condenação do acusado. Afinal, ao Parquet também incumbe a tutela de interesses individuais indisponíveis, como a liberdade de locomoção. Logo, como ao Estado não interessa uma sentença injusta, nem tampouco a condenação de um inocente, provada sua inocência, ou caso as provas coligidas não autorizem um juízo de certeza acerca de sua culpabilidade, deve o Promotor de Justiça manifestar-se no sentido de sua absolvição. (LIMA, 2020, p.322)

O artigo 385 do Código de Processo Penal, ao dispor sobre a faculdade do Magistrado para proferir sentença condenatória, acabou por reiterar o que já diziam os doutrinadores ao prever que:

Artigo 385, CPP: Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 1941)

Diante deste cenário, aponta-se a possibilidade do pleito pela absolvição pelo Ministério Público, e dessa forma, Norberto Avena conclui que:

Neste contexto, não é impróprio concluir que, não apenas nos crimes em que seja do ofendido a legitimidade para promover a ação penal, mas também nos crimes de ação pública, o Ministério Público sempre exercerá, cumulativamente ou não com a posição de autor, o papel de custos legis. Tal raciocínio é permitido pela redação do art. 257, I e II, do CPP, determinando que, além da promoção da ação penal pública, incumbe ao *parquet*, ainda, fiscalizar a execução da lei. (2020, p. 256)

Portanto, fica evidente a importância do *parquet* como fiscal da ordem jurídica, ao pleitear a absolvição do acusado e, diante disso, surge o debate a respeito da possibilidade de recurso *pro reo* realizado pelo Ministério Público, o cerne do presente artigo.

3.3 Os recursos *pro reo* do Ministério Público

Inicialmente, é importante destacar a necessidade de preenchimento de dois pressupostos recursais subjetivos, para que se possa falar em recurso pelo Ministério Público. São eles: a) interesse e b) legitimidade. Dessa forma explica Fernando da Costa Tourinho Filho:

Os pressupostos subjetivos são os atinentes à pessoa do recorrente. São de duas ordens: a) interesse e b) legitimidade. A parte não pode recorrer se não houver interesse na reforma. Assim, da sucumbência exsurge o interesse na modificação do ato jurisdicional. Ao lado do interesse, a legitimidade, isto é, a pertinência subjetiva dos recursos, vale dizer, somente a parte lesionada pela decisão, a parte que sofreu o gravame, é que poderá recorrer. (2012, p.421)

Destarte, o interesse recursal tem íntima conexão com a sucumbência, sendo considerado derivado desta. Com isso, a sucumbência é conceituada como um prejuízo regrado pela decisão a ser impugnada ou, como afirma Greco Filho, uma situação que decorre do não atendimento de uma expectativa juridicamente possível:

A sucumbência, portanto, deve ser conceituada como a situação que decorre do não atendimento de uma expectativa juridicamente possível, o que caracteriza o interesse de recorrer, de pedir a reforma de uma decisão. Ainda que não se possa caracterizar a situação como de prejuízo no sentido material, ou ainda que não haja possibilidade de confronto entre o que foi pedido e o que foi decidido, se a decisão não atendeu à expectativa juridicamente possível, haverá sucumbência e, conseqüentemente, viabilidade de recorrer. (2012, p. 190)

Partindo desta mesma premissa, Renato Brasileiro de Lima conceitua e exemplifica a sucumbência:

Haverá sucumbência, portanto, quando a decisão não atender à expectativa juridicamente possível. Logo, se o Promotor de Justiça postulou a condenação do acusado, e este é absolvido, houve sucumbência; se o Ministério Público requereu o reconhecimento do crime consumado e o juiz condenou o acusado pela prática de crime tentado, também houve sucumbência. Destarte, para que o recurso seja conhecido, deve o recorrente demonstrar que possui interesse na reforma ou modificação da decisão, já que a via impugnativa não pode ser usada para a mera discussão de teses acadêmicas. (2020, p.1779)

Neste diapasão, por ser o fiscal da ordem jurídica, o interesse do Ministério Público é de justiça, e não propriamente condenação.

Em linhas específicas, incumbe ao Ministério Público zelar pelo justo, ainda quando parte, do qual, pelo viés acusatório rege-se pela parcialidade, mas como *custos legis*, impõe-se a imparcialidade, podendo lhe afastar da sua pretensão objetivada no proêmio da ação penal.

É por esta razão que, os elementos informativos obtidos na fase investigatória apontam apenas a justa causa, estando condicionado a persecução penal em fase judicial aos fatos e elementos instrutórios produzidos pelo clivo do contraditório e ampla defesa, possibilitando o afastamento da autoria, materialidade ou causas excludentes, que justificam ao promotor almejar a absolvição.

No entanto, se ao Promotor vigora o princípio da indisponibilidade, mitigado pela proteção à ordem jurídica, ao julgador cumpre o sistema do livre convencimento motivado, do qual, a valoração probatória se condiciona a idônea e fundada

motivação, e não taxação legal. Desta premissa, o já referido artigo 385 do Código de Processo Penal expressa que, “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição (...)” (BRASIL, 1941)

Em vista dos termos legais, embora contraditório ao sistema acusatório, o julgador poderá, mesmo contra o petítório das partes, vir a condenar o acusado. Discute-se inclusive a violação do princípio da correlação ou relatividade, do qual, o juiz está vinculado ao pedido. Nestor Távora exprime:

Deve haver correspondência entre a sentença e o pedido feito na inicial acusatória. Não pode haver julgamento extra, cifra ou ultra petita. O magistrado está adstrito àquilo que lhe foi pedido. O CPP indica ferramentas para assegurar o princípio da correlação, permitindo a racionalidade entre o pedido formulado na inicial e aquilo a ser decidido na sentença. (2017, p. 380)

O juiz tem como maior baliza o princípio da inércia da jurisdição, do qual, sua atuação é condicionada à provocação, agindo nos limites almejados. Aury Lopes Jr. assevera a importância do princípio da correlação no sistema acusatório:

A regra da correlação ou congruência, somente tem razão de ser em um sistema acusatório, pois é um mecanismo que concretiza, na dinâmica do processo penal, os princípios constitucionais citados, especialmente o contraditório, que somente encontra condições de existência no sistema acusatório (...). Ainda, por imposição do sistema acusatório-constitucional, deve o juiz manter-se em inércia, só atuando quando invocado pelas partes e na medida da invocação. (2016, p. 474)

E pela proteção da ordem jurídica, se inicia o debate dos recursos do Ministério Público em favor do réu.

Existem doutrinadores que afirmam não existir a possibilidade de o *parquet* recorrer em favor do réu, visto que possui dentro do sistema acusatório interesse contrário ao réu, por ser o órgão acusatório, e, sendo assim, não preencheria o pressuposto recursal do interesse.

Todavia, Tourinho Filho em seu livro, afirma que mudou seu posicionamento após uma análise da importância do Ministério Público como fiscal da lei.

Do tema, discorre Tourinho Filho:

Na verdade, como órgão que tem, como fiscal da lei, a postura de um Magistrado, seria estranho não se lhe reconhecesse o direito às vias recursais, quando houvesse um *error in iudicando*, ou um *error in procedendo*, mesmo que a corrigenda viesse a beneficiar o réu. Nenhum interesse tem o Estado em manter uma decisão que lhe albergue um *vitium* que a torne imprestável, ou que a transforme num ato iníquo. Se o Ministério Público propugna pela declaração do *vitium*, seu conceito mais se agiganta e cresce, como defensor dos valores fundamentais da sociedade, atuando em prol da lei. (2012, p. 411)

O interesse, na ótica expressa pelo autor, é do próprio Estado, por uma decisão livre de vícios. O precedente para a via recursal pelo órgão acusador estabelece na medida em que sua função vai além, contudo, pelas normas processuais penais, o recurso prescinde o preenchimento das condições de admissibilidade, em especial o interesse e a legitimidade.

Da mesma premissa parte Renato Brasileiro. Para ele, se o *parquet* tem o dever de tutelar os interesses individuais indisponíveis, ele teria interesse recursal para impugnar uma sentença condenatória, sendo assim, possível que o Ministério Público recorra em favor do acusado, seja para absolver ou diminuir sua pena, com isso ele dispõe que:

Ora, se ao Ministério Público incumbe a tutela dos interesses individuais indisponíveis, destacando-se, dentre eles, a liberdade de locomoção, é evidente que o *Parquet* tem interesse recursal para impugnar uma sentença condenatória, seja quando atua como parte (ação penal pública), seja quando atua como fiscal da lei (ação penal privada). Portanto, é plenamente possível que o Ministério Público recorra em favor do acusado, seja para, a título de exemplo, buscar uma eventual absolvição, diminuição de pena, seja para conseguir um regime de execução da pena que lhe seja mais favorável. Afinal, nenhum interesse teria o Ministério Público em manter uma decisão injusta e iníqua. Nesse sentido, basta ver que o próprio art. 654, caput, do CPP, confere legitimidade ao Ministério Público para impetrar habeas corpus em favor do acusado. (2020, p. 1782)

Contudo, para que o recurso feito pelo *parquet* em favor do réu possa ser reconhecido é necessário que tenha ocorrido a sucumbência, sendo imperioso que o Ministério Público em sede de alegações finais pleiteie a absolvição do acusado, e que o magistrado proclame sentença condenatória. Deste modo, Renato Brasileiro sustenta que:

Evidentemente, para que o Ministério Público possa recorrer em favor do acusado, há de se verificar se houve sucumbência por parte do órgão ministerial. Se, por ocasião de suas alegações orais, o Ministério Público pugnar pela absolvição do acusado, sendo proferida, no entanto, sentença condenatória (CPP, art. 385), houve sucumbência por parte do Promotor de Justiça, daí por que deve ser conhecida eventual apelação por ele

interposta. A *contrario sensu*, se o órgão ministerial pugnar pela absolvição do acusado, sendo proferido decreto absolutório nos exatos termos em que pleiteado pelo órgão ministerial, significa dizer que não houve sucumbência, pois o pedido ministerial foi acolhido pelo juízo. Logo, não haverá interesse de agir por parte do Ministério Público. (2020, p. 1782)

Já no tocante a legitimidade, esta decorre do artigo 577 do Código de Processo Penal, que dispõe: “O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.” (BRASIL, 1941), todavia, são necessárias algumas ponderações.

Destarte, o Ministério público possui legitimidade para recorrer tanto como acusador como *custos juris*, devido a sua atuação como Guardião da Constituição e da Lei, onde fiscaliza a atuação do poder judiciário, sendo desse poder-dever de fiscalizar que ele garante a legitimidade para poder entrar com um recurso em favor do réu. Nestes termos, afirma Greco Filho:

O Ministério Público pode recorrer como parte e como fiscal da lei. Pode recorrer para a correta aplicação da lei penal, inclusive se a apelação vier a beneficiar o réu, como, por exemplo, se o juiz aplicou pena de reclusão e a pena cominada ao crime era a de detenção. (2012, p.191)

Resta claro a possibilidade de recurso *pro reo* dentro da ação pública, condicionado ao necessário preenchimento dos pressupostos do interesse e da legitimidade, ao pleito pela absolvição antes da prolação do pronunciamento condenatório. É a concretização da ordem jurídica, pela própria discricionariedade concedida aos magistrados de condenar contra a vontade das partes.

Ademais, será estudado no próximo tópico sobre o recurso *pro reo* na ação penal privada, em que prevalece, diferentemente da ação pública, o princípio da disponibilidade.

4 O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL PRIVADA

Em regra, as ações penais são públicas, figurando o Ministério Público como legitimado para propositura da ação. No entanto, há situações em que o Estado transfere a legitimidade para a vítima ou seu representante legal, cabendo a estes, mediante juízo discricionário próprio, intentar a persecução penal judicial, reservando ao Estado apenas o direito de punir. Com efeito, não será o Promotor

quem intermediará o *jus puniendi in judicio*, mas o querelante, através da queixa-crime.

Em primeiro plano, os princípios que norteiam esta modalidade de ação são diversos. Ao passo que vigora ao Promotor os princípios da obrigatoriedade e disponibilidade, ao querelante está presente o princípio da disponibilidade, do qual, diante de aparato instrutório vasto, há discricionariedade sobre o ajuizamento ou não da demanda penal, não sendo uma conduta obrigatória. Fernando Capez narra:

Na ação privada, a decisão de prosseguir ou não até o final é do ofendido. É uma decorrência do princípio da oportunidade. O particular é o exclusivo titular dessa ação, porque o Estado assim o desejou, e, por isso, é-lhe dada a prerrogativa de exercê-la ou não, conforme suas conveniências. Mesmo o fazendo, ainda lhe é possível dispor do conteúdo do processo (a relação jurídica material) até o trânsito em julgado da sentença condenatória, por meio do perdão ou da perempção (CPP, arts. 51 e 60, respectivamente). (2020, p. 303)

Com esta razão, surgem dois institutos disponíveis ao querelante, a renúncia e o perdão do ofendido. A vítima, em seu juízo de deliberação privado, poderá abrir mão do direito de punir o acusado, até a propositura da demanda e em seu decorrer, sendo possibilitado, no curso processual oferecer o perdão, ou após sentença, consentir com a decisão, renunciando à via recursal. Norberto Avena completa o raciocínio, aduzindo:

É princípio que decorre da oportunidade. Uma vez ajuizada a ação penal, sendo o particular o seu titular exclusivo, pode desistir de seu prosseguimento, quer mediante o perdão (art. 51 do CPP; arts. 105 e 107, V, do CP), quer por meio da omissão na prática de atos que revelam desinteresse no prosseguimento da demanda, v.g., seu não comparecimento injustificado aos atos do processo criminal, acarretando, via de consequência, a perempção da ação (art. 60, III, do CPP). (2020, p.530)

Embora diante destes crimes a legitimidade ativa pertença a vítima, do momento em que se inicia a ação penal, o Ministério Público, embora não seja parte acusadora, participará como *custos juris*, prezando pela regular aplicação do ordenamento jurídico. Isso fica claro pela doutrina de Fernando Capez, nos dizeres:

(...) ao Ministério Público, em qualquer caso de ação privada (exclusiva ou personalíssima), cabe ingerir na condição de custos legis, sob pena de nulidade. Sua participação se dá, com vistas à tutela do direito objetivo, sem vinculação a qualquer interesse substancial. MP e ação penal privada. Capez. (2020, p.390)

O Ministério Público atuará pelo zelo da justiça, sem atribuir culpa, mas prezando pelo respeito à Lei, observada em sentido amplo. Certo que parte da doutrina apenas menciona a participação do *parquet* nas ações penais privadas subsidiárias da pública. Contudo, o posicionamento predominante e melhor acertado é pela participação do órgão ministerial em todas as modalidades de ação penal privada. Mister se faz reconhecer os ensinamentos de Guilherme Nucci:

Embora parte da doutrina sustente que o Ministério Público somente intervém, obrigatoriamente, na ação penal privada quando se tratar da subsidiária da pública, sendo facultativa a sua participação no caso de ação exclusivamente privada, ousamos discordar. (...). E mais: havendo condenação em ação privada, quem executa a pena é o Estado, pois é o titular absoluto do direito de punir. Portanto, vemos lógica na intervenção obrigatória do Ministério Público em todas as ações, públicas ou privadas. No caso da privada exclusiva, necessita funcionar como custos legis, zelando pelo seu correto desenvolvimento, uma vez que a pretensão punitiva pertence ao Estado. (2020, p. 457)

Sem prejuízo, indiscutivelmente o Promotor atuará em todas as ações penais privadas, de seu início, a partir oferecimento da queixa-crime, até a fase final, manifestando-se ativamente, ainda que a ele não seja possível atribuir culpa e oferecer elementos instrutórios.

Em mesmas linhas, Sérgio Demoro Hamilton impõe o interesse estatal no desenvolvimento da ação penal privada, que torna irremediável a participação do *parquet* durante todo seu decorrer. Veja-se:

(...) o caráter publicístico que envolve toda a ação penal, pública ou privada, justifica e exige ampla participação do Estado no seu desenvolvimento, mesmo quando se cogita de exclusiva ação privada, no objetivo primacial da efetiva realização de justiça. (...). Nessa ordem de ideias, o Ministério Público atua, de comum, como fiscal da lei, tal como o permite o art. 257 do C.P.P., nos casos de ação privada. (2020, p. 395)

A proteção em perseguição pelo Promotor não se vincula a pretensão do querelante ou querelado, mas a verdade real dos fatos, assim como pretende o órgão jurisdicional. Deste fato, alinhado ao interesse estatal, o Ministério Público almeja o correto diante das provas, fatos e temas legais, e estando diante de uma sentença incorreta, caberá a ele agir.

4.1 O recurso do Ministério Público contra sentença condenatória

Independente da razão que se busca justificar a existência do duplo grau de jurisdição, seja em ordem psicológica, pelo erro do julgador, ou pelo viés político, do interesse estatal em ter uma sentença justa, como *custos juris* o Ministério Público tem interesse na assertividade do provimento jurisdicional, pela consolidação da Lei e Constituição ao caso.

Neste diapasão, se diante de uma decisão de natureza condenatória injusta, por estar maculada de nulidade ou contraria as provas, fundamentos e fatos, como defensor da lei, cabe ao promotor provocar o colegiado para reforma da decisão. Guilherme Nucci expressa:

Quanto ao Ministério Público, deve ser garantido, tanto no caso de parte acusatória, interessada na condenação, quanto na situação de custos legis, interessada no fiel cumprimento da lei, a possibilidade de recorrer de sentença absolutória ou condenatória. (2020, p. 1383)

Isso só se torna possível mediante o preenchimento dos requisitos recursais subjetivos. Preliminarmente, acerca da legitimidade, a discussão é rasa, restando legislada pelo arcabouço normativo processual penal, em seu artigo 577, nos termos já discorridos.

É uma legitimidade *ex lege*, conferida aos sujeitos processuais, possibilitando o ingresso recursal em todas as modalidades admitidas em lei. Trata-se de derivação da faceta de *custos legis*, do qual, Nelson Nery Junior:

Delineada a função do Ministério Público no processo penal, de órgão administrador da Justiça e fiscalizador da lei, é imperativo que se lhe reconheça legitimidade e interesse para recorrer, no caso de ilegalidade da sentença. O agente do Ministério Público pode entender que o réu deva ser absolvido por insuficiência de provas, presença de excludente de criminalidade, atipicidade etc., requerendo a improcedência do pedido contido na peça inicial. Caso o magistrado venha a proferir sentença de condenação, o membro do "Parquet" tem interesse e legitimidade para recorrer em benefício do réu, em nome da ilegalidade da decisão, que se caracterizou por descumprimento ao art. 386 do CPP (LGL\1941\8). (2012, p. 2)

Haverá uma legitimidade recursal concorrente entre o Ministério Público, como fiscal da lei, e o querelado, como parte passiva, do qual prevalecerá, em conflito, o recurso do réu. No entanto, a baliza da interposição recursal pelo *parquet* reside no requisito interesse, na sistemática imposta pelo artigo 577,

parágrafo único, do Código de Processo Penal, não se admitindo recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

Pela conexão do interesse com a sucumbência, surge a discussão sobre a existência ou não de gravame pelo Ministério Público, pela decisão condenatória injusta.

Como não é parte, há quem diga não sofrer prejuízo o órgão ministerial, por não ter pretensão dentro do processamento da acusação. No entanto, majoritariamente a doutrina segue em caminho contrário, pela exceção à regra de sucumbência, como narra Nestor Távora:

Todavia, a regra da sucumbência não tem aplicação integral ao Ministério Público, porquanto se entende que ele pode recorrer em favor do acusado com base no perfil constitucional conferido à instituição pelo art. 127 da CF (garantidor dos ditames da ordem jurídica e dos direitos individuais indisponíveis). Assim, mesmo diante de sentença que tenha julgado procedente ação penal por ele proposta, pode o Ministério Público recorrer, sem que tenha sucumbido. (2017, p. 1354)

Outrossim, o *parquet* não seria sucumbente da decisão condenatória, mas ainda teria interesse na reforma do pronunciamento judicial, desde que para adequar aos ditames normativos cabíveis.

O gravame não existe por não ter o Promotor pleiteado absolvição ou condenação, mas por zelar pela correta aplicação normativa, e justamente por isso, ele teria o interesse. É o chamado interesse sem sucumbência, como Afrânio Silva Jardim orienta:

Consoante já adiantamos acima, em se tratando de ação penal privada, o Ministério Público não sucumbe, vez que não é parte. Nada obstante, pode ele recorrer contra a condenação do querelado, pois o Estado não pode se conformar com uma condenação injusta, que teria de executar. Aqui, temos interesse recursal sem sucumbência. (2020)

Eugênio Pacelli aprofunda o tema, ao afirmar que, adverso ao senso comum, o Ministério Público é imparcial, não se prende a acusar ou absolver imediatamente, mas somente após a soma de com interesse vinculado a concretização da ordem jurídica, inexistindo qualquer forma de restrição a seu ingresso recursal. Expõe Pacelli:

O Ministério Público, como já examinado, é órgão absolutamente imparcial, ao qual incumbe a tutela da ordem jurídica e a fiscalização da observância das leis penais. E, por isso, em relação a ele, não há qualquer restrição quanto ao manejo de recurso em favor do acusado, seja para diminuição de pena, seja para a absolvição, seja, enfim, para a melhoria da situação do acusado. (2020, p. 1176)

O Supremo Tribunal Federal por diversas oportunidades confirmou esta posição, notando a permissibilidade da função de *custos legis* para o recurso a favor do réu. Especialmente na ação penal privada, em que pese a discussão do Promotor ser ou não parte da relação processual, não se discute o interesse na concretização da justiça, o que aponta o interesse ministerial. Novamente recorremos aos ensinamentos de Nestor Távora, para enfatizar a questão:

Daí que se entende que o *Parquet* tem interesse recursal amplo, constatando-se a vantagem que o autoriza recorrer pela sua atribuição de velar pela correta aplicação da lei (*custos legis*), sendo seu interesse a constituição de título válido, pelo que pode recorrer em favor do réu de maneira a evitar nulidade futura de sentença condenatória. (2017, p. 1353)

Embora não seja o tema central deste trabalho, cumpre tratar brevemente da impossibilidade recursal do Ministério Público pelo lado reverso.

É mais sensível e evidente a falta de interesse do *parquet* em recorrer pleiteando a condenação do querelado, recorrendo supletivamente a inércia do querelante. Inclusive, Julio Fabbrini Mirabete assevera que “O Ministério Público não pode recorrer no lugar do querelante. Transferido por lei o jus accusationis para o particular na ação privada, falta-lhe o interesse no recurso em prol da acusação.” (2000, p. 612). Guilherme Nucci ainda complementa:

Note-se, entretanto, que, no caso de ação privada, havendo absolvição e não tendo recorrido o querelante, não cabe recurso do Ministério Público para buscar a condenação, da qual abriu mão o maior interessado. Seria subverter o princípio da oportunidade, que rege a ação penal privada. Pode recorrer, como *custos legis*, tendo havido condenação, havendo ou não recurso do querelante, para contrariar a pena aplicada, por exemplo. (2020, p. 1384)

Ora, se o querelante decidiu abrir mão da via recursal, trata-se de sua discricionariedade, que decorre da disponibilidade ou oportunidade lhe garantida, de pleitear ou não a condenação, e o Ministério Público estaria violando o direito da vítima, tendo absoluta falta de sucumbência e interesse.

No entanto, não se discute a possibilidade de o Promotor recorrer a fim de aumentar a pena objeto da condenação do querelado. Embora não possua interesse para pleitear a condenação, no que concerne o aumento de pena, como fiscal da lei cabe ao Promotor ingressar pela via recursal, desde que ausente iniciativa do querelante. Gustavo Henrique Badaró é assertivo sobre o tema:

No caso da ação penal exclusivamente privada, se o querelante não apelar da sentença absolutória, o Ministério Público não poderá recorrer, pois estará ferindo a disponibilidade da ação, que é conferida ao querelante.⁴⁸ Se o ofendido não recorreu é porque se conformou com a absolvição. Entretanto, se o querelado for condenado, mesmo que o querelante não recorra, o Ministério Público poderá apelar, postulando a majoração da pena ou a revogação de determinado benefício, posto que a disponibilidade da ação privada não inclui a disponibilidade sobre a espécie de pena aplicável ou o seu *quantum*. (2017, p. 96)

O interesse neste caso é de adequação da condenação ao ordenamento jurídico. Se foi atribuída culpa acerca de determinado fato típico, culpável e ilícito, deve ser aplicada a punição prevista nos termos da lei, ainda que se vise agravar a situação do condenado.

Essas ponderações tornam mais compreensível a relação de interesse e sucumbência do Ministério Público recorrendo em favor do réu, visando absolvição ou qualquer forma de minoração de seu gravame.

Embora ele não tenha sucumbência, por não ter pleiteado e perseguido como parte acusatória ou de defesa durante o procedimento, há sim interesse, que está vinculado à utilidade, e não prejuízo. Em termos de conclusão, Sergio Demoro Hamilton:

A observação, que me parece perfeita, vem mostrar, agora, que não estamos no campo da mera especulação doutrinária; ao contrário, a própria interpretação sistemática da lei só pode levar à conclusão de que o Ministério Público dispõe de interesse para recorrer em favor do réu, desde que a sentença condenatória traduza ilegalidade ou injustiça. (2020, p. 408)

Com efeito, ao Ministério Público, diante de uma sentença condenatória injusta, por não observar o ordenamento jurídico, em especial a Constituição Federal e as leis penais, caberá recorrer em favor do réu, ainda em se tratando de ação penal privada, em quaisquer de suas modalidades, alicerçado nos pressupostos recursais subjetivos do interesse e da legitimidade.

5 CONCLUSÃO

É então assim compreendida a atuação do Ministério Público nas ações penais públicas. Em primeiras instruções, coube asseverar a dupla faceta ministerial no sistema acusatório brasileiro, atuando o Promotor como órgão acusador nas ações penais públicas, mas acima, como fiscal da lei em todas as ações penais.

Pode-se concluir por todo escrito o inevitável e necessário ingresso recursal pelo Ministério Público em favor do acusado, quando diante da pertinente adequação ao ordenamento jurídico. Na ação penal pública, a questão é de fácil visualização, pela inerente legitimidade do Promotor como parte integrante da relação, do qual, expondo sua pretensão absolutória, estaria presente também o interesse, pela sucumbência natural de ter seu pleito indeferido.

Na ação penal privada o tema torna-se mais discutível, mas mantém sua assertividade, pois embora não seja parte acusatória, ele atua como *custos legis*, e detém o interesse na proteção da relação jurídica processual, zelando pela aplicação dos termos legais adequados, cabendo-lhe, mesmo diante da ausência de sucumbência, intentar recurso a favor do querelado.

Por fim, embora não se tratando do cerne deste trabalho, coube apontar pela impossibilidade recursal do Ministério Público visando a condenação do acusado nas ações penais privadas, pelo princípio da disponibilidade conferido ao querelante, de modo que restaria apenas ao *parquet* o recurso para aumento da pena, por tratar-se de mera aplicação da legislação penal aplicável ao tipo condenatório.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 255-256/530.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 96.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 23 ago. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 303/390.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 454-455.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 190-191.

HAMILTON, Sergio Demoro. **Homenagem ao professor Sergio Demoro Hamilton**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: MPRJ, 2020, p. 395/408.

JARDIM, Afrânio Silva. **O ministério público e o interesse em recorrer no processo penal**. 2020. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-ministerio-publico-e-o-interesse-em-recorrer-no-processo-penal>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

JUNIOR, Nelson Nery. **A legitimidade recursal do ministério público na ação penal privada e a interrupção da prescrição na lei 5.250 de 09.02.1967**. Doutrinas essenciais processo penal, v.2, jun/2012, p. 1-2.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 41/321-322/1779-1782.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 474.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 612.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 111/186/457/1383-1384.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 185/1176.

PACELLI, Eugênio, FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 334.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 380/862/1353-1354.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 411-421.