

DA AUTONOMIA DO JUIZ QUANTO A NÃO OBSERVÂNCIA DOS PEDIDOS REALIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO: O CONFLITO EXISTENTE ENTRE O ART. 385 E O ART. 3º-A DO CPP

Lívia dos Santos Cassiano¹
Bruno Vinícius Nascimento Oliveira²

RESUMO: Este artigo buscou analisar a autonomia do juiz quanto a não observância dos pedidos realizados pelo Ministério Público como autor da ação, o conflito existente entre os artigos 385 e 3º-A do Código de Processo Penal. Tem como objetivo verificar se a autonomia do juiz para condenar quando o Ministério Público pede a absolvição viola o sistema acusatório, o devido processo legal, o contraditório e a imparcialidade do juiz. Para o desenvolvimento do presente artigo foi utilizado o método de pesquisa dedutivo, com técnica de coleta de dados bibliográficos e documental em doutrinas, legislação penal, Constituição Federal e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça relacionadas ao tema. O resultado da pesquisa mostra que a autonomia concedida ao magistrado no art. 385 do Código de Processo Penal viola o sistema acusatório e os preceitos fundamentais que devem nortear a persecução penal. Conclui-se que há conflito entre os artigos 385 e 3º-A do Código de Processo Penal e com os princípios garantidos na Constituição Federal, bem como deve ser reconhecida a inconstitucionalidade do art. 385 por não recepção constitucional do dispositivo.

Palavras-chave: Sistema acusatório. Pedido de absolvição. Ministério Público. Condenação. Inconstitucionalidade.

5021

ABSTRACT: This article sought to analyze the judge's autonomy regarding non-compliance with requests made by the Public Prosecutor's Office as author of the action, the conflict between articles 385 and 3-A of the Criminal Procedure Code. The objective is to verify whether the judge's autonomy to condemn when the Public Ministry requests acquittal violates the accusatory system, due legal process, the adversary system and the judge's impartiality. For the development of this article, the deductive research method was used, with a technique for collecting bibliographic and documentary data on doctrines, criminal legislation, the Federal Constitution and jurisprudence of the Federal Supreme Court and Superior Court of Justice related to the topic. The research result shows that the autonomy granted to the magistrate in art. 385 of the Code of Criminal Procedure violates the accusatory system and the fundamental precepts that should guide criminal prosecution. It is concluded that there is a conflict between articles 385 and 3º-A of the Criminal Procedure Code and with the principles guaranteed in the Federal Constitution, and the unconstitutionality of the article must be recognized. 385 for constitutional non-receipt of the device.

Keywords: Accusatory system. Request for acquittal. Public Ministry. Conviction. Unconstitutionality.

¹Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

²Especialista em Ciências Criminais. Professor de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

I INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto de estudo a autonomia do juiz para condenar quando há pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público em alegações finais e o conflito aparente entre os artigos 3º-A e 385 do Código de Processo Penal.

O problema de pesquisa consiste no seguinte questionamento: Se o representante do Ministério Público requerer a absolvição e o juiz condenar, haverá violação ao sistema acusatório, ao contraditório e à imparcialidade do juiz?

Esta pesquisa justifica-se no meio jurídico pela divergência sobre o tema na doutrina e nos Tribunais. Justifica-se, ainda, sua relevância social pela violação do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade do juiz, preceitos fundamentais garantidos ao réu na Constituição Federal de 1988.

O objetivo geral é verificar se a autonomia do juiz para condenar quando o Ministério Público pede a absolvição viola o sistema acusatório, o devido processo legal, o contraditório e a imparcialidade do juiz.

Os objetivos específicos consistem em: compreender o processo acusatório; apresentar as correntes doutrinárias e entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o possível conflito entre os artigos 3º-A e 385 do Código de Processo Penal; verificar se o dispositivo do art. 385 do CPP afronta os princípios do devido processo legal, o contraditório e a imparcialidade do juiz, previstos na Constituição Federal; identificar se há inconstitucionalidade por não recepção constitucional do art. 385 do CPP.

Para chegar ao resultado da pesquisa o método utilizado é dedutivo, com técnica de coleta de dados bibliográficos e documental, em pesquisa na legislação penal, doutrina e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Ademais, foi aplicada a análise de dados qualitativa.

O presente artigo se estrutura em três capítulos. O primeiro capítulo, intitulado: sistema acusatório no processo penal brasileiro, abordará os entendimentos doutrinários sobre o sistema processual adotado no Brasil, bem como a vedação da atuação de ofício do juiz como consagração do sistema acusatório.

O segundo capítulo, intitulado: o possível conflito entre os artigos 3º-A e 385 do Código de Processo Penal, abordará as correntes doutrinárias e os entendimentos do STF e STJ acerca do possível conflito entres esses artigos.

O terceiro capítulo, intitulado: artigo 385 do CPP e possível afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade do juiz, busca identificar se há inconstitucionalidade do dispositivo por não recepção constitucional.

2 SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 não prevê de forma expressa a estrutura acusatória do processo penal, todavia, assegura garantias constitucionais que reconhece um sistema acusatório.

Vale salientar tais garantias constitucionais que delineiam um sistema acusatório: devido processo legal (art. 5º, LIV); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); presunção de inocência (art. 5º, LVII); publicidade dos julgamentos e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX); função privativa do Ministério Público de promover ação penal pública (art. 129, I). (BRASIL, 1988).

O sistema acusatório passou a ser adotado expressamente pelo Código de Processo Penal após as alterações trazidas pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) que ao inserir o art. 3º-A afirma, categoricamente, que o processo penal terá estrutura acusatória, sendo vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação bem como a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (BRASIL, 1941).

5023

Segundo Fernando Capez, o processo acusatório "é contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos (CAPEZ, 2024, p. 35).

Para melhor entendimento, Aury Lopes Junior destaca as características atuais do sistema acusatório:

Na atualidade – e a luz do sistema constitucional vigente – pode-se afirmar que a forma acusatória se caracteriza por:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);

- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES Jr., 2024, p. 13).

Ademais, percebe-se que o ponto central do sistema acusatório é separação das funções de julgar e acusar, a fim de homenagear o princípio da imparcialidade do órgão julgador.

Nesse sentido, de forma didática, explica Renato Brasileiro de Lima:

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. Como corolário, tem-se que o processo penal se constitui de um *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais e um imparcial – partes e juiz, respectivamente. Somente assim será possível preservar o juiz na condição de terceiro desinteressado em relação às partes, estando alheio aos interesses processuais. (LIMA, 2020, p. 43).

Resta evidente que o ordenamento jurídico brasileiro, após a reforma trazida pela Lei 13.964/19, consagrou o sistema acusatório que já era previsto na Constituição Federal de 1988, pela imposição da separação das funções no processo penal, deixando a cargo do Ministério Público a iniciativa privativa de promover a ação penal pública (art. 129, I, CF/88).

Compreendido o que consiste o sistema acusatório brasileiro, é importante abordar as teses da doutrina nacional sobre o sistema de persecução penal adotado pelo Brasil, tendo em vista que há uma divergência sobre o tema.

5024

2.1 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE O SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO NO BRASIL

Convém citar alguns entendimentos de doutrinadores e suas teses sobre o sistema processual adotado no Brasil, visto que uma parcela da doutrina entende ser o sistema misto, outra entende ser o sistema acusatório.

Antes de adentrar nas teses doutrinárias, é importante trazer a definição feita do sistema brasileiro misto, que consiste na divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. (LOPES Jr. 2024).

Para Guilherme de Souza Nucci (2024), a adoção de princípios acusatórios não significa a preferência de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse modelo. É preciso que a legislação ordinária acompanhe esses princípios, estabelecendo ritos, procedimentos, regras, meios de prova, recursos. Ou que os Tribunais sigam muito mais a

Constituição Federal do que o Código de Processo Penal, o que não ocorre. Para o autor, o sistema adotado no Brasil é o misto, mesmo com a reforma da Lei 13.964/2019 revigorando o sistema acusatório. Logo, trata-se de um sistema acusatório mitigado.

Nestor Távora e Rosmar Alencar entendem que o Brasil não adota o sistema acusatório puro, pois, excepcionalmente, o magistrado tem iniciativa probatória:

É de se ressaltar, contudo, que não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um espectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder habeas corpus de ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares. E essa também a linha expressamente afirmada pela relatoria da Comissão do Projeto de Código de Processo Penal, sugerindo uma leitura não radical do princípio acusatório. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 56)

No mesmo sentido, Paulo Rangel (2023) entende que o Brasil adota um sistema acusatório que não é puro em sua essência, pois o inquérito policial é regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade. Assim, não se pode dizer que o sistema acusatório adotado é puro, pois há resquícios do sistema inquisitivo.

Rangel (2023) externa que o problema maior do operador do direito é interpretar o sistema acusatório de acordo com a Constituição e não de acordo com a Lei ordinária, pois, se esta estiver em desacordo com o que Constituição estabelece, não haverá recepção, ou, segundo alguns, estará revogada.

Segundo a corrente defendida pelos juristas acima citados, o sistema processual adotado não seria o sistema acusatório puro, e sim um sistema misto por conter vestígios inquisitoriais.

Por conseguinte, tem-se um suposto sistema acusatório em que não há efetivação do sistema de persecução penal garantido pela lei ordinária e pela Constituição, havendo uma mitigação de princípios como o devido processo legal e imparcialidade do juiz. Aliás, a atuação de ofício do magistrado viola a sua imparcialidade e, conseqüentemente, acarretando também a violação do devido processo legal que são basilares do sistema acusatório.

Contraopondo-se a corrente anteriormente apresentada, Aury Lopes Jr (2024) afirma que o processo penal brasileiro é legal, segundo o art. 3º-A do CPP, e constitucionalmente acusatório, mas para efetivação desse sistema é imprescindível afastar a vigência de vários artigos do Código de Processo Penal e mudar radicalmente as práticas judiciárias. Para ele é necessário que os juízes e tribunais brasileiros interiorizem e efetivem tamanha mudança.

Nessa mesma linha de pensamento, Eugênio Pacelli (2021) afirma que no sistema acusatório brasileiro o Juiz Criminal há de permanecer afastado das funções investigatórias, acudindo à fase pré-processual unicamente quando necessário para a tutela das liberdades

públicas. Explica, ainda, que a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, não há como não se reconhecer, ou por que abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional. Segue dizendo que o fato de ainda existirem juízes criminais que ignoram as exigências constitucionais não justifica a fundamentação de um modelo processual brasileiro misto.

Diante disso, não há dúvidas acerca da preferência do sistema acusatório pelo constituinte e legislador ordinário. Desse modo, cabe aos Tribunais seguirem o que dispõe a Constituição Federal e o art. 3º-A do Código de Processo Penal, afastando a aplicabilidade dos dispositivos contrários ao referido sistema.

2.2 VEDAÇÃO DA ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ COMO CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Em que pese o art. 3º-A do CPP definir a estrutura acusatória do processo penal e determinar a vedação de iniciativa do juiz na fase de investigação e substituição da atuação probatória da acusação (BRASIL, 1941), há vários artigos do Código que são contrários a essa determinação, o que, para alguns autores, acarretaria a revogação tácita de tais artigos.

Dentre os artigos que contrariam o art. 3º-A do Código de Processo Penal é possível citar o art. 156 que permite ao juiz, de ofício, ordenar, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, e determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. O art. 209 traz a possibilidade de o juiz ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. (BRASIL, 1941).

Ademais, o art. 127 permite o juiz, de ofício, ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa. Além disso, o juiz também poderá determinar de ofício a busca pessoal ou domiciliar (art. 242). (BRASIL, 1941).

Por fim, o art. 385, que é o objeto de estudo desse artigo, permite ao juiz proferir sentença condenatória nos crimes de ação pública, mesmo o Ministério Público pugnando pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 1941).

Percebe-se nos artigos citados acima, que o legislador permitiu ao juiz atuar de ofício, ou seja, sem a provocação das partes, o que evidencia clara afronta ao disposto no art. 3º-A, que veda a iniciativa do órgão julgador e substituição da atuação probatória.

O código de processo penal, por ser anterior à Constituição e inspirado em poderes inquisitivos, possui vários artigos que dão poderes instrutórios e investigatórios ao magistrado, acarretando duras críticas da doutrina.

A exemplo:

É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. De nada adianta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora. (LOPES JR, 2023, p. 41).

Nota-se que, embora a Constituição Federal, através de garantias constitucionais, reconheça um sistema acusatório, bem como o Código de Processo Penal após introdução do art. 3º-A, prevendo expressamente o referido sistema, ainda há dispositivos legais aplicados que vão de encontro ao sistema acusatório.

A configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da imparcialidade do juiz, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal à luz da Constituição. Ademais, a separação de funções e a gestão da prova na mão das partes e não do juiz cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podem ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual. (LOPES JR, 2024).

5027

Para Renato Brasileiro de Lima (2020) a mera separação das funções de acusar e julgar não basta para caracterizar o sistema acusatório, porquanto a imparcialidade do magistrado não estará resguardada enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória.

Não adianta a atuação de pessoas diversas no exercício dessas funções se na prática o magistrado usurpar as atribuições do Ministério Público, explícita ou implicitamente. Ele cita como exemplo quando o magistrado produz provas e decreta prisões cautelares sem requerimento das partes. Portanto, quanto à iniciativa probatória, o juiz não pode ser dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas devem ser fornecidas pelas partes. Assim, almeja-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. (LIMA, 2020).

Assim, diante das considerações desses doutrinadores, além da separação das funções de julgar e acusar, o juiz deve se afastar das atividades probatórias para que resguarde sua imparcialidade.

Gilmar Mendes, ministro do STF, entende que o sistema acusatório é indispensável para a efetivação da imparcialidade do órgão jurisdicional:

Agravo regimental no agravo regimental no habeas corpus. 2. Penal e Processo Penal. 3. Descaminho (art. 334, caput, do Código Penal). 4. Prisão preventiva decretada de ofício. Impossibilidade. **O processo penal pressupõe a separação das funções de investigar, acusar e julgar para pessoas distintas. A consolidação de um sistema acusatório é elemento fundamental da dogmática processual penal, com a separação das funções de investigar, acusar e julgar. Trata-se de medida indispensável para efetividade da imparcialidade do Poder Judiciário.** Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental desprovido. (HC 191886 AgR-AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14-12-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-010 DIVULG 20-01-2022 PUBLIC 21-01-2022)

Infere-se que os órgãos julgadores devem interpretar a legislação processual à luz da Constituição para que se efetive um processo penal garantidor e democrático, onde todos os atos processuais sejam aplicados conforme o sistema acusatório constitucional.

O tópico seguinte adentrará no objeto principal de estudo deste artigo, apresentando as correntes doutrinárias e entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o possível conflito entre os artigos 3º-A e 385 do Código de Processo Penal.

3 O POSSÍVEL CONFLITO ENTRE OS ARTIGOS 3º-A E 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

5028

Inicialmente, é importante relembrar que o art. 3º-A do CPP consagra o sistema acusatório e veda a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (BRASIL, 1941).

Em contrapartida, o art. 385 do Código de Processo Penal permite o juiz proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 1941).

O art. 3º-A veio para limitar a atuação do juiz e separar as funções estatais no processo penal, ao passo que o art. 385 dá liberdade de atuação ao juiz, permitindo-o decretar condenação de ofício.

3.1 CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Referente à aplicação do art. 385 do CPP, há correntes doutrinárias divergentes. A primeira corrente defende a incompatibilidade desta norma, entendendo que o dispositivo foi tacitamente revogado pela introdução do art. 3-A no CPP, bem como entende que o dispositivo não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Aury Lopes Jr. (2024) defende que o poder de punir que está nas mãos do juiz exige o exercício prévio e integral da pretensão acusatória, que está nas mãos do Ministério Público ou da vítima (querelante). Então se Ministério Público pede pela absolvição, não há o exercício da acusação, como consequência, o processo perde seu objeto, não cabendo ainda, jamais, ao juiz atuar de ofício, por imposição do sistema acusatório.

Conclui ainda:

Portanto, viola o sistema acusatório constitucional e também o art. 3º-A do CPP a regra prevista no art. 385 do CPP, que prevê a possibilidade de o juiz condenar ainda que o Ministério Público peça a absolvição. Também representa uma clara violação do Princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, pleno exercício da pretensão acusatória. (LOPES JR. 2024, p. 1.098).

Nessa mesma linha entende Geraldo Prado:

Isso não significa dizer que o juiz está autorizado a condenar naqueles processos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro. Pelo contrário. Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. (PRADO, 2005, p.190).

Como já explanado previamente, uma vez formulado o pedido de absolvição pelo órgão acusador, desaparece a pretensão acusatória, assim, não cabe ao juiz atuar de ofício por expressa vedação do art. 3º-A do CPP. Por esta premissa, não há que se falar na coexistência harmônica desses dois dispositivos.

5029

Já a segunda corrente defende a validade do art. 385 do CPP, entendendo que o referido dispositivo não é incompatível com o art. 3-A do CPP e nem com a Constituição e que o juiz não está vinculado aos pedidos do Ministério Público.

Nucci (2024) entende que do mesmo modo que o promotor está livre para pedir a absolvição, fruto da sua independência funcional, essa também poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuida-se da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que o juiz não está fadado a absolver o réu.

A legitimação exclusiva conferida ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 chegou a levar alguns doutrinadores a cogitar da não recepção do art. 385. Todavia, tal entendimento jamais espelhou a posição majoritária, que sempre considerou que o fato de o promotor ter pedido a absolvição do réu na fase de sua manifestação final do processo não vincula o magistrado, pelo princípio do livre convencimento. (AVENA, 2023)

A controvérsia da aplicação do art. 385 vem sendo debatida pela doutrina antes mesmo da inclusão do artigo 3º-A no CPP, não havendo consenso da constitucionalidade do dispositivo.

3.2 ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal entendeu pela compatibilidade do art. 385 do CPP com a Constituição Federal. A exemplo dos dois julgados citados abaixo.

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal, no RHC 197907, entendeu que o juiz não se vincula ao pedido de absolvição formulado pelo representante do Ministério Público em suas alegações finais.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. DECISÃO DE PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS. 1. Inadmissível, como regra, o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. 2. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, “**A condenação em ação penal pública pelo Juízo desvincula-se do pedido de absolvição efetuado em alegações finais pelo representante do Ministério Público, assim como o pedido de arquivamento do inquérito policial e impronúncia.** Precedentes: ARE 924.290 ED, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 11/03/2016, ARE 700.012 ED, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 10/10/2012” (HC 125.645 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 18.4.2017). 3. Para acolhimento das teses defensivas imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedentes. 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (RHC 197907 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 25-05-2021 PUBLIC 26-05-2021). (Grifo nosso).

5030

No mesmo sentido entendeu a segunda turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 231717. O relator ministro André Mendonça ainda foi além, afirmando que não houve violação ao sistema acusatório.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CUSTOS LEGIS) PELA ABSOLVIÇÃO. CARÁTER MERAMENTE OPINATIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. SISTEMA ACUSATÓRIO: OBSERVÂNCIA. 1. Conforme se extrai do disposto no art. 385 do Código de Processo Penal, a manifestação do Ministério Público, titular da ação penal, visando à absolvição do acusado, não impede que o juiz profira sentença condenatória. 2. Com a mesma razão, **o parecer do Ministério Público atuante como fiscal da lei em segunda instância (custos legis), no sentido da absolvição, ostenta caráter meramente opinativo, não tendo o condão, portanto, de vincular a atividade do julgador, a quem compete decidir observando-se o princípio do livre convencimento motivado.** 3. Independentemente da ótica que se adote, não houve violação ao sistema acusatório, já que inexistiu confusão entre as funções de acusar, julgar e defender. 4. Agravo

regimental a que se nega provimento. (HC 231717 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 21-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 12-12-2023 PUBLIC 13-12-2023). (Grifo nosso).

Percebe-se então que as turmas no Supremo Tribunal Federal adotam o mesmo entendimento sobre a aplicação do art. 385 do CPP, no sentido de que é perfeitamente aplicável o dispositivo que permite o magistrado proferir sentença condenatória mesmo havendo pedido de absolvição por parte do Ministério Público, uma vez que órgão julgador não se vincula aos pedidos do órgão acusador.

3.3 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O entendimento nas turmas do Superior Tribunal de Justiça a respeito da aplicação do dispositivo em estudo não é pacífico. Desse modo, é importante abordar os entendimentos divergentes da quinta e sexta turma quanto a vinculação ou não do magistrado ao pedido de absolvição formulado pelo órgão de acusação.

Em consonância com a doutrina garantista, a quinta turma do STJ entende que havendo pedido de absolvição pelo órgão acusador não cabe ao juiz julgar procedente a acusação, sob pena de violação do princípio acusatório.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. REGULARIDADE DO ATO PROCESSUAL. ART. 337-A, III, DO CÓDIGO PENAL. DELITO DE NATUREZA MATERIAL. MERA INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE SONEGAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DO ART. 337-A DO CP. MONOPÓLIO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO MINISTERIAL DE ABSOLVIÇÃO. NECESSÁRIO ACOLHIMENTO. ART. 3º-A do CPP. OFENSA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

5031

1. Reputa-se válida a publicação dirigida a um dos advogados constituídos, quando ausente requerimento de intimação exclusiva.

2. O delito de sonegação de contribuições previdenciárias, previsto no art. 337-A do CP é de natureza material, consiste na efetiva supressão ou omissão de valor de contribuição social previdenciária, não sendo criminalizada a mera inadimplência tributária.

3. O descumprimento de obrigação tributária acessória, prevista no inciso III do art. 337-A do CP, por omissão ao dever de prestar informações, sem demonstração da efetiva supressão ou omissão do tributo, não configura o crime previsto no caput do art. 337-A do CP.

4. Nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público o monopólio da titularidade da ação penal pública.

5. Tendo o Ministério Público, titular da ação penal pública, pedido a absolvição do réu, não cabe ao juízo a quo julgar procedente a acusação, sob pena de violação do

princípio acusatório, previsto no art. 3º-A do CPP, que impõe estrita separação entre as funções de acusar e julgar.

6. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para anular o processo após as alegações finais apresentadas pelas partes.

(AgRg no AREsp n. 1.940.726/RO, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 4/10/2022.) (Grifo nosso).

João Otávio de Noronha, Ministro do STJ, em seu voto proferido no julgamento do AgRg no AREsp n. 1.940.726/RO, argumentou que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve clara opção pelo sistema acusatório, reservando ao Ministério Público o monopólio da titularidade da ação penal pública (art. 129, I).

Noronha defende, ainda, que a acusação não é atividade que se encerra com o oferecimento da denúncia, já que a atividade persecutória persiste até o término da ação penal. Logo, o Ministério Público ao requerer a absolvição do réu, ele está, de forma indireta, retirando a acusação, sem a qual o juiz não pode promover sentença condenatória, sob pena de acusar e julgar simultaneamente.

Em contrapartida, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o art. 385 do CPP está em consonância com o sistema acusatório e não foi tacitamente derogado pela inovação do art. 3º-A no CPP.

RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 938 E 939 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO E FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULAS N. 282 E 284 DO STF. ART. 157 DO CPP. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO VIOLAÇÃO. PRINTS DE WHATSAPP JUNTADOS PELA PRÓPRIA DEFESA TÉCNICA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR CORRELATO. PROVA LÍCITA. ART. 385 DO CPP. DECISÃO CONDENATÓRIA A DESPEITO DO PEDIDO ABSOLUTÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTS. 3º-A DO CPP E 2º, § 1º, DA LINDB. NÃO VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA DE DERROGAÇÃO TÁCITA DO ART. 385 DO CPP. ARTS. 316 DO CP E 386, I, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. ART. 155 DO CPP. NÃO VIOLAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PROVAS JUDICIALIZADAS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

3. Conforme dispõe o art. 385 do Código de Processo Penal, é possível que o juiz condene o réu ainda que o Ministério Público peça a absolvição do acusado em alegações finais. Esse dispositivo legal está em consonância com o sistema acusatório adotado no Brasil e não foi tacitamente derogado pelo advento da Lei n. 13.964/2019, que introduziu o art. 3º-A no Código de Processo Penal.

3.1. O sistema processual penal brasileiro - em contraposição ao antigo modelo inquisitivo - é caracterizado, a partir da Constituição Federal de 1988, como acusatório, e não se confunde com o adversarial system, de matriz anglo-saxônica. É preciso louvar os benefícios que decorrem da adoção do processo com estrutura acusatória -

grande conquista de nosso sistema pós-Constituição de 1988 e reforçado pelo novel art. 3º-A do CPP - sem, todavia, cair no equívoco de desconsiderar que o processo penal, concebido e mantido acima de tudo para proteger o investigado/réu contra eventuais abusos do Estado em sua atividade persecutória e punitiva, também tutela outros interesses, igualmente legítimos, como o da proteção da vítima e, mediatamente, da sociedade em geral. Ao Estado tanto interessa punir os culpados quanto proteger os inocentes, o que faz por meio de uma jurisdição assentada em valores indissociáveis, ainda que não absolutos, tais quais a verdade e a justiça.

[...]

3.7. As posições contingencialmente adotadas pelos representantes do Ministério Público no curso de um processo não eliminam o conflito que está imanente, permanente, na persecução penal, que é o conflito entre o interesse punitivo do Estado, representado pelo Parquet, Estado-acusador, e o interesse de proteção à liberdade do indivíduo acusado, ambos sob a responsabilidade do órgão incumbido da soberana função de julgar, por meio de quem, sopesadas as alegações e as provas produzidas sob o contraditório judicial, o Direito se expressa concretamente.

3.8. Portanto, mesmo que o órgão ministerial, em alegações finais, não haja pedido a condenação do acusado, ainda assim remanesce presente a pretensão acusatória formulada no início da persecução penal - pautada pelos princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade e pelo caráter publicista do processo -, a qual é julgada pelo Estado-juiz, mediante seu soberano poder de dizer o direito (juris dicere).

3.9. Tal como ocorre com os poderes instrutórios residuais do juiz no sistema acusatório, que se justificam excepcionalmente à vista do risco de se relegar a busca da verdade processual apenas às partes - as quais estão em situação de engajamento e têm interesse em ganhar a causa, e não necessariamente em demonstrar o que de fato aconteceu -, pela mesma razão se explica a possibilidade - também excepcional - de que o juiz condene o réu mesmo que o Ministério Público peça a absolvição dele.

3.10. O princípio da correlação vincula o julgador apenas aos fatos narrados na denúncia - aos quais ele pode, inclusive, atribuir qualificação jurídica diversa (art. 383 do CPP) -, mas não o vincula aos fundamentos jurídicos invocados pelas partes em alegações finais para sustentar seus pedidos. Dessa forma, uma vez veiculada a acusação por meio da denúncia e alterado o estado natural de inércia da jurisdição - inafastável do Poder Judiciário nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição -, o processo segue por impulso oficial e o juiz tem o dever - pautado pelo sistema da persuasão racional - de analisar, motivadamente, o mérito da causa submetida à sua apreciação, à vista da hipótese acusatória contida na denúncia, sem que lhe seja imposto o papel de mero homologador do que lhe foi proposto pelo Parquet.

3.11. A submissão do magistrado à manifestação final do Ministério Público, a pretexto de supostamente concretizar o princípio acusatório, implicaria, em verdade, subvertê-lo, transmutando o órgão acusador em julgador e solapando, além da independência funcional da magistratura, duas das basilares características da jurisdição: a indeclinabilidade e a indelegabilidade.

3.12. Com efeito, é importante não confundir a desistência da ação - que é expressamente vedada ao Ministério Público pela previsão contida no art. 42 do CPP e que levaria, se permitida, à extinção do processo sem resolução do mérito e sem a formação de coisa julgada material -, com a necessária vinculação do julgador aos fundamentos apresentados por uma das partes em alegações finais, cujo acolhimento leva à extinção com resolução do mérito da causa e à formação de coisa julgada material insuperável, porquanto proibida a revisão criminal pro societate em nosso ordenamento.

3.13. É de se notar, ainda, o grave déficit de sindicabilidade dos atos do membro do Ministério Público que o entendimento ora refutado acarreta. Isso porque eventual erro - a que todos estão sujeitos, falíveis que são os seres humanos - ou até mesmo algum comprometimento ético do representante do Parquet não seria passível de nenhum controle, diante da ausência de interesse em recorrer da decisão judicial que acolhe o pedido absolutório ou extintivo da punibilidade, cenário afrontoso aos princípios fundantes de qualquer Estado Democrático de Direito.

3.14. É dizer, nem o juiz, nem o Tribunal, tampouco a instância revisora do Ministério Público poderiam controlar o ato viciado, porquanto, diferentemente do que ocorre na sistemática do arquivamento do inquérito (art. 28 do CPP), não há previsão legal para remeter os autos ao órgão superior do Parquet nessa hipótese.

Ainda que se aplicasse o referido dispositivo por analogia - o que mitigaria a falta de controle sobre o ato -, tal solução, em caso de insistência no pedido absolutório e vinculação do julgador, não resolveria o problema de afronta à independência funcional e à soberania do Poder Judiciário para dizer o direito, função que lhe é ínsita.

3.15. Ao atribuir privativamente ao Ministério Público o encargo de promover a ação penal pública, o Constituinte ressaltou no art. 129, I, que isso deveria ser exercido "na forma da lei", de modo a resguardar ao legislador ordinário alguma margem de conformação constitucional para tratar da matéria, dentro da qual se enquadra a disposição contida no art. 385 do CPP. Ou seja, mesmo sujeita a algumas críticas doutrinárias legítimas, a referida previsão normativa não chega ao ponto de poder ser considerada incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, tampouco com o sistema acusatório adotado no país.

[...]

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(REsp n. 2.022.413/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 7/3/2023.). (Grifo nosso).

No julgamento do REsp n. 2.022.413/PA, nota-se que a Sexta Turma tem o entendimento de que o art. 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição Federal. E como regra, o juiz pode condenar ainda que haja pedido de absolvição pelo Parquet, contudo, deverá apresentar os motivos fáticos e jurídicos pelos quais entende ser cabível a condenação e refutar não apenas os fundamentos suscitados pela defesa, mas também aqueles invocados pelo Parquet em suas alegações finais. Concluindo que essa faculdade de condenar só pode ser exercida de forma excepcional, devidamente fundamentada à luz das circunstâncias do caso concreto.

Contudo, o tema não é unânime na sexta turma. Em seu voto vencido no julgamento do REsp n. 2.022.413/PA, o relator ministro Sebastião Reis Júnior, explica que existem normas que indicam a opção do legislador por um sistema acusatório quase puro, e que em razão disso não há como entender ser possível o juiz condenar mesmo quando o Ministério Público requer a absolvição. Por fim, reconhece a revogação tácita do art. 385 do CPP, ante a manifesta incompatibilidade com o sistema processual penal após o advento da Lei nº 13.964/2019.

No tópico seguinte será analisado se o art. 385 do CPP afronta os princípios do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade do juiz.

4 ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E POSSÍVEL AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, como garantia contra possíveis abusos estatais. É garante que:

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 1988, não paginado).

Paulo Rangel (2023) explica que o devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual e que todos os outros princípios derivam dele. Isso significa que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade ou para que alguém seja privado de seus bens.

O devido processo legal é uma garantia que impossibilita o Estado de proferir decisões arbitrárias. Ao proferir sentença condenatória quando o Ministério Público requer a absolvição, o juiz reúne as funções de julgar e acusar, violando assim o princípio do devido processo legal.

Por sua vez, o princípio do contraditório está consagrado no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 1988, não paginado).

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci o princípio do contraditório:

Significa dizer que a toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem a outra, adversária, o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado (art. 5.º, LV, CF). (NUCCI, 2024, p. 74).

5035

Na persecução penal, o efetivo contraditório garante o direito de defesa. Tendo o acusado ciência do que lhe é imputado e das provas apresentadas pela acusação, ele poderá alegar teses defensivas a fim de contribuir para o convencimento do juiz. Contudo, se o Ministério Público pede a absolvição nas suas alegações finais, não há como ser exercido o contraditório de argumentos que não lhe foram apresentados.

Assim sendo, quando o órgão de acusação manifesta pela absolvição e o juiz profere decisão diversa ou reconhece agravantes que não foram alegadas, assim agindo, o juiz estaria violando o princípio do contraditório, pois como poderia a defesa do acusado confrontar eventuais teses que poderiam ser usadas na fundamentação do decreto condenatório quando elas sequer existiam no momento de sua manifestação final.

Será analisada agora a imparcialidade do juiz, que não está expressamente na Constituição Federal de 1988, mas que é garantida através de princípios como o devido processo legal e juiz natural.

Ademais, a imparcialidade está prevista expressamente no artigo 8, nº 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), tratado internacional

de direitos humanos do qual o Brasil faz parte desde 1992 e incorporado no ordenamento brasileiro por meio do decreto nº 678/92, o qual foi recepcionado pela Constituição Federal em seu art. 5º, §2º como norma supralegal.

A propósito, no Código de Processo Penal também há regras que buscam assegurar a imparcialidade do magistrado através dos dispositivos dos artigos 252 (impedimento) e 254 (suspeição).

Para o Procurador de Justiça Norberto Avena (2023) a imparcialidade do juiz significa que o magistrado, situando-se no vértice da relação processual triangulada entre ele, deve possuir capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda. Ou seja, deve julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo.

Vladimir Aras argumenta que:

Já a imparcialidade do juiz tem natureza objetiva e subjetiva, o que afasta o julgador do papel de **catalizador ou de propulsor** da pretensão punitiva. Mesmo que subjetivamente se convença da responsabilidade criminal do acusado, o juiz estará objetivamente vinculado ao dever de isenção, que deriva do seu papel de **terceiro desinteressado** (inclusive no tocante à condição da ação “**interesse de agir**”).

[...]

Não pode o magistrado condenar o réu diante de pedido de absolvição do titular da ação penal, porque isto ofende o dever objetivo de imparcialidade, fere o devido processo legal e viola o princípio acusatório, que prevê um processo penal *de partes*. (ARAS, 2013, não paginado).

5036

Estes argumentos fortalecem a não aplicação do art. 385 do CPP, pois é necessária a participação do órgão acusatório na condenação para consolidar a imparcialidade do juiz.

Paulo Rangel (2023) defende que o art. 385 do CPP deve ser confrontado com o sistema acusatório e se o adotamos efetivamente, o juiz está impedido de investigar a prova em desconformidade com o que quer o autor, sob pena de se misturar com as partes, quebrando sua imparcialidade.

O art. 385 viola a separação das funções e, como consequência, a imparcialidade do juiz que julga com base nas suas próprias convicções, proferindo condenação de ofício.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que a aplicação do art. 385 do CPP viola o devido processo legal, o contraditório e a imparcialidade do juiz, que são garantias constitucionais que norteiam o sistema acusatório.

4.1 ADPF 1122

A constitucionalidade do art. 385 do CPP vem sendo debatida entre os doutrinadores há anos. A corrente garantista critica sua aplicabilidade em face do sistema acusatório adotado pelo Brasil desde a promulgação da constituição cidadã em 1988.

Com o inconformismo da aplicação do art. 385 do CPP, a Associação Nacional da Advocacia Criminal (ANACRIM) protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal no dia 29 de janeiro de 2024 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 1122, o objeto da ação é o reconhecimento do STF de não recepção do dispositivo.

Na petição inicial da ADPF 1122, a ANACRIM (2024) defende que o dispositivo do art. 385 afronta o princípio do devido processo legal em sua dimensão macro, bem como o contraditório e a imparcialidade do juiz, previstos no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República. Defende, ainda, que se o juiz condena mesmo que o Ministério Público tenha requerido a absolvição, ele o faz na condição de inquisidor, ferindo o sistema acusatório, o devido processo legal e o contraditório.

Em linhas gerais, a ANACRIM defende que o art. 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição Federal, devendo ser reconhecida a não recepção do dispositivo, bem como sua revogação por violar preceitos fundamentais.

5037

4.2 (IN)CONSTITUCIONALIDADE POR NÃO RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Conforme já demonstrado, referente à (in)constitucionalidade do art. 385 do CPP, há divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, vale lembrar que no Supremo Tribunal Federal o tema é pacífico, uma vez que a Suprema Corte já se pronunciou, por diversas vezes, sobre a recepção do artigo 385 do CPP pela Constituição Federal.

Inclusive, no julgamento das ADI's nº 6298, 6299, 6300 e 6305, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 385 CPP é compatível com sistema acusatório:

ações diretas de inconstitucionalidade. direito constitucional. direito processual penal. adi's 6298, 6299, 6300 e 6305. lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. ampla alteração de normas de natureza penal, processual penal e de execução penal. impugnação específica de artigos pertinentes à atuação do juiz e do ministério público no procedimento de investigação criminal. criação do "juiz das garantias". criação do "acordo de não-persecução penal". introdução e alteração de artigos no código de processo penal:

ARTIGOS 3º-A AO 3º-F, 28, 28-A, 157, § 5º E 310, § 4º. AÇÕES JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. [...] (f) **A legítima vedação à substituição da atuação probatória do órgão de acusação significa que o juiz não pode, em hipótese alguma, tornar-se protagonista do processo. Simultaneamente, remanesce a possibilidade de o juiz, de ofício:** (a) “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (artigo 156, II); (b) determinar a oitiva de uma testemunha (artigo 209); (c) complementar a sua inquirição (artigo 212) e (d) **“proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição” (artigo 385).** [...]

(ADI 6298, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-12-2023 PUBLIC 19-12-2023). (Grifo nosso).

Assim, nota-se que será uma verdadeira batalha para mudar a convicção dos ministros do STF para que se altere o entendimento da Suprema Corte e seja reconhecida a inconstitucionalidade do art. 385 por não recepção da Constituição Federal.

Sobre o tema, Vladimir Aras defende a não recepção do dispositivo:

Enfim, **é evidente a não recepção do art. 385 do CPP** pela Constituição de 1988, carta que adotou o modelo acusatório de processo penal. Sua aplicação no Brasil equivale a uma condenação sem acusação, prática judicial **inquisitorial**, violadora do dever de imparcialidade judicial e do devido processo legal. **O juiz criminal não é um assistente de acusação**, que se levanta contra o réu quando o Ministério Público claudica ou se convence de sua inocência. O juiz criminal é um garantidor; jamais um acusador. (ARAS, 2013, não paginado).

Dessa forma, entende-se ser inconstitucional o art. 385 do Código de Processo Penal por permitir o juiz condenar após o pedido de absolvição do ministério Público, em razão do aparente conflito com o sistema acusatório garantido pela constituição e com os demais preceitos fundamentais.

5038

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo iniciou com a compreensão do sistema acusatório consagrado no artigo 3º-A do Código de Processo Penal e na Constituição Federal de 1988, apoiando-se nos entendimentos da doutrina criminalista. Após, foram exploradas as correntes doutrinárias e entendimentos do STF e STJ sobre o conflito existente entre os artigos 3º-A e 385 do CPP. Por fim, foi analisado se artigo 385 do código de processo penal afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade do juiz, a fim de verificar se a autonomia do juiz para condenar quando o Ministério Público pede a absolvição viola os referidos princípios constitucionais.

Pelo exposto nesse trabalho, foi possível verificar que o sistema acusatório está intrinsecamente ligado aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da

imparcialidade do juiz, e que ambos se interligam na persecução penal. Assim, a partir da análise das correntes adotados sobre o tema, leva-se a concluir que o art. 385 do CPP contraria o sistema acusatório ao permitir o juiz condenar de ofício quando o Ministério Público requer a absolvição.

Além disso, permitir a existência de decisões contrárias à opinião do Ministério Público como autor da ação penal pública eleva o risco da existência de um sistema acusatório com resquícios inquisitoriais, bem como a violação da separação das funções de julgar e acusar, implicando assim na parcialidade do julgador.

Dessa forma, resta evidente a inconstitucionalidade do art. 385 do CPP por não ter amparo constitucional e violar os preceitos fundamentais garantidos aos réus no processo penal.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor. 2013. Não paginado. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/> Acesso em: 13 out. 2024.

AVENA, Norberto. Processo penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. ISBN 978-65-5964-777-4.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988, não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Quinta Turma). **AgRg no AREsp n. 1.940.726/RO**. Agravantes: Evandro Araujo Caixeta e Fabiano de Oliveira Botelho. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha), 06 de setembro de 2022, Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%271940726%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%271940726%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%271940726%27)+ou+(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%271940726%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Sexta Turma). **REsp n. 2.022.413/PA**. Agravante: Bezaliel Castro Alvarenga. Agravado: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 14 de fevereiro de 2023, Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2023. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+](https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+)

e+@num=%272022413%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%272022413%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja Acesso em 12 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma) **HC 191886 AgR-AgR / PR**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Luiz Fabiano De Oliveira Leite. Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 de dezembro de 2021, Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur458224/false> Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). **RHC 197907 AgR / PI**. Agravante: Eliakim Soares Sousa. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Rosa Weber, 17 de maio de 2021. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447151/false> Acesso em 12 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma). **HC 231717 AgR / SP**. Agravantes: Jose Barros Pereira e Otelino Barros Pereira. Agravado: Superior Tribunal De Justiça. Relator: Min. André Mendonça, 21 de novembro de 2023. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493236/false> Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493580/false> Acesso em: 14 out. 2024.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 31. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620821/epubcfi/6/24\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo8.xhtml\]!/4/2/396\[sigil_toc_id_64\]/3:8\[t%3C%3B3r%2Cio](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620821/epubcfi/6/24[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo8.xhtml]!/4/2/396[sigil_toc_id_64]/3:8[t%3C%3B3r%2Cio) Acesso em 03 out. 2024

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 9. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553625051/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover\]!/4/2/2%4050:77](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553625051/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover]!/4/2/2%4050:77) Acesso em: 05 out. 2024.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml\]!/4/2\[cover\]/2%4050:77](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml]!/4/2[cover]/2%4050:77) Acesso em: 04 out. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 21. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646838/epubcfi/6/18\[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter01\]!/4/484\[seci-9-2\]/3:17\[t%3C%3B3r%2Cio](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646838/epubcfi/6/18[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter01]!/4/484[seci-9-2]/3:17[t%3C%3B3r%2Cio) Acesso em: 04 out. 2024.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. E-book.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: EDITORA LUMEN JURIS, 2005, não paginado. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7782/material/Livro%20-Sistema%20Acusatorio%20-%20Geraldo%20Prado.pdf> Acesso em: 24 abr. 2024.

Petição Inicial da ANACRIM nos autos da ADPF 1122. Brasília-DF, 29 de janeiro de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6836164> Acesso em 13 out. 2024.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559773060/epubcfi/6/36\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml8\]!/4/2/104/5:48\[120%2C%5E\)](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559773060/epubcfi/6/36[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml8]!/4/2/104/5:48[120%2C%5E)) Acesso em 04 out. 2024.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017. E-book.