



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

BRENO MARCOS GOMES DA SILVA

**FUNCIONAMENTO E EFICIÊNCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO
BRASILEIRO: A invalidade do art. 385 do Código de Processo Penal**

Recife
2022

BRENO MARCOS GOMES DA SILVA

**FUNCIONAMENTO E EFICIÊNCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO
BRASILEIRO: A invalidade do art. 385 do Código de Processo Penal**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Manuela Abath Valença

Recife
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Silva, Breno Marcos Gomes da.

Funcionamento e eficiência do sistema acusatório brasileiro: A invalidade do art. 385 do Código de Processo Penal / Breno Marcos Gomes da Silva. - Recife, 2022.

45 f.

Orientador(a): Manuela Abath Valença

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Direito Processual Penal. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Penal. I. Valença, Manuela Abath. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

BRENO MARCOS GOMES DA SILVA

FUNCIONAMENTO E EFICIÊNCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

BRASILEIRO: A invalidade do art. 385 do Código de Processo Penal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 24/10/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Manuela Abath Valença (orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^ª. Dr^ª. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^º. Dr. Pedro de Oliveira Alves (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

À Santíssima Trindade, à Nossa Senhora, São José e a Igreja celeste. Ao Deus uno e trino, toda honra glória pelos séculos sem fim.

À minha família, em especial, o núcleo familiar composto pela minha mãe Flávia, meu pai Marcos, meu irmão Bruno, minha avó Lourdes, meu avô Fernando e meu tio Sandro. Presentes desde a minha infância, ajudaram essencialmente na realização desse momento.

A Andrei Rocha, por partilhar, desde a época da escola, anseios e metas em meio às vicissitudes da caminhada.

A Felipe Gustavo, por todo auxílio, inspiração e correção prévia deste TCC.

Aos *brothers*, Felipe Gustavo e Vinícius Rocha, que me promoveram não só um crescimento acadêmico, mas também pessoal. Vocês são referências para mim.

A Alice Pimentel e Luíza Palma, presentes da faculdade que levarei para sempre no coração.

Àqueles que estiveram comigo na equipe representante da FDR na II Competição Brasileira de Direito Penal e Processo Penal (CBDPP): Alice Magalhães, Bárbara Nascimento, Eduarda Farias, Felipe Gustavo, João Figueiredo, Kleber Arruda, Rodrigo Moreno e Vinícius Rocha.

Nunca pensei que faria parte de algo tão excepcional na faculdade, que ainda resultou no legado da Liga Acadêmica de Ciências Criminais da UFPE (UFPECRIM). Além do vice-campeonato, ganhei momentos inesquecíveis e oito amigos para vida.

A todos os colegas e amigos que fiz e marcaram minha trajetória acadêmica.

Ao estágio no Ministério Público de Pernambuco, local de muito aprendizado e que promoveu a construção da minha base profissional.

À minha orientadora, Manuela Abath, por todo o apoio e zelo dado durante a elaboração deste trabalho.

À Faculdade de Direito do Recife e à Universidade Federal de Pernambuco, e todos os seus funcionários que promovem o ensino público, gratuito e de qualidade.

O juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça, mas para julgar segundo as leis.

(Platão)

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de discutir, com base no sistema acusatório brasileiro, a possibilidade de condenação e aplicação de agravantes de ofício pelo órgão julgador, perquirindo possível invalidade do art. 385 do Código de Processo Penal. Para alcançar o objeto central do trabalho, à luz do equilíbrio entre eficiência e garantismo, foi-se analisada a argumentação doutrinária, tanto a favor quanto contra a validade do art. 385 do CPP, bem como o entendimento encampado pelos tribunais pátrios nos casos concretos. Utilizou-se o método indutivo e as técnicas bibliográfica e documental, com destaque para o estudo da doutrina especializada em Direito Processual Penal e a jurisprudência dos Tribunais Superiores. A análise de dados seguiu uma perspectiva quali-quantitativa.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Art. 385 do Código de Processo Penal; Sistema acusatório; Imparcialidade do juiz; Condenação e aplicação de agravantes de ofício.

ABSTRACT

The present work intends to discuss, based on the Brazilian adversarial system, the possibility of condemnation and application of ex officio aggravating factors by the judging body, investigating possible invalidity of art. 385 of the Criminal Procedure Code. To achieve the central object of the work, in light of the balance between efficiency and guarantees, the doctrinal arguments were analyzed, both in favor and against the validity of art. 385 of the CPP, as well as the understanding adopted by the national courts in specific cases. The inductive method and the bibliographical and documentary techniques were used, with emphasis on the study of the specialized doctrine in Criminal Procedural Law and the jurisprudence of the Superior Courts. Data analysis followed a quali-quantitative perspective.

Keywords: Criminal Procedural Law; Art. 385 of the Criminal Procedure Code; Accusatory system; Judge's impartiality; Condemnation and application of ex officio aggravating factors.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg - Agravo Regimental

AP - Ação Penal

AREsp - Agravo em Recurso Especial

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CPB - Código Penal Brasileiro

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DJ - Diário de Justiça

DJe - Diário de Justiça Eletrônico

HC - Habeas Corpus

Min. - Ministro

MP - Ministério Público

MPF - Ministério Público Federal

p. - Página

PL - Projeto de Lei

Rel. - Relator

RE - Recurso Extraordinário

REsp - Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 BREVES NOÇÕES SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS.....	11
3 O SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO.....	15
3.1 Pacote Anticrime, HC 188.888/MG e a imparcialidade do juiz.....	15
4 A (IN)VALIDADE DO ART. 385 DO CPP.....	22
4.1 Pedido absolutório e aplicação de agravantes de ofício nas ações privadas.....	21
4.2 Da (im)possibilidade de condenação de ofício.....	22
4.3 Da (não) aplicação das agravantes de ofício.....	31
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, desenvolveram-se diferentes sistemas processuais penais, os quais estabelecem um processo penal para ser instrumento da imposição de sanção ao autor do fato criminoso. O Brasil adotou expressamente o sistema acusatório, nos termos do art. 3º-A do Código de Processo Penal, a partir da promulgação da Lei nº 13.963/2019. Entretanto, grande parte da doutrina já alertava para adoção do referido sistema desde o advento da Constituição de 1988, com fulcro no art. 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em um sistema jurídico, o Estado tem o poder de exigir que quem cometa um delito seja submetido à sanção penal legalmente prevista, o que se denomina de pretensão punitiva. Esta, todavia, não pode ser satisfeita de qualquer forma, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, no qual a observância de direitos e liberdades individuais faz-se imprescindível, limitando a atuação do aparato estatal.

O presente trabalho desenvolve uma análise crítica da atual sistemática de aplicação do art. 385 do Código de Processo Penal, encampada predominantemente pela jurisprudência, com amparo de parte da doutrina. Para adimplir tal objetivo, foram usadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, enfatizando-se os estudos na doutrina especializada em processo penal e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Inicialmente, no capítulo 1, são expostas breves noções sobre os sistemas processuais penais, aduzindo-se as principais características, elementos históricos, além de pontuais comparações entre eles sobre pontos fulcrais e caros ao Estado Democrático de Direito.

No capítulo 2, passa-se a abordar, especificamente, o sistema acusatório brasileiro, a partir de momentos fundamentais no seu desenvolvimento, com destaque para o marco legal do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) e o marco jurisprudencial do HC 188.888/MG, culminando numa ponderação acerca da imparcialidade do julgador.

O capítulo 3 inicia com uma rápida explicação sobre o art. 385 do CPP e sua aplicação na sistemática das ações penais privadas. Na sequência, passando-se ao objeto central do trabalho, há uma exploração jurídica e prática do entendimento, até então predominante, do referido dispositivo nas ações penais públicas, que permite a

condenação do réu de ofício pelo juiz, bem como a aplicação *ex officio* de circunstâncias agravantes.

De forma dialética, ainda no capítulo 3, seguem as críticas sobre a posição jurídica atual dos tribunais pátrios e de parte da doutrina. Sustenta-se a hipótese de impossibilidade de condenação e aplicação de agravantes de ofício, pretendendo demonstrá-la tecnicamente, com base no sistema constitucional acusatório (art. 129, inciso I, da CRFB).

Destarte, é possível refletir, criticamente, do ponto de vista dogmático, à luz da Constituição, qual melhor entendimento técnico jurídico quanto ao funcionamento do art. 385 do CPP, de modo a se constituir um processo penal eficiente e operacional, sem deixar de assegurar o respeito às garantias e direitos fundamentais do sistema acusatório, sob à égide do Estado Democrático de Direito.

2 BREVES NOÇÕES SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Analisando-se o desenvolvimento de diferentes sistemas processuais penais adotados pelos países em seus ordenamentos jurídicos, três tipos se destacam: o sistema inquisitorial, o sistema acusatório e o sistema misto.

O sistema inquisitorial foi adotado pelo Direito Canônico, a partir do século XIII, propagando-se pela Europa, sendo empregado, inclusive, por tribunais civis até o século XVIII. Conforme aduz Aury Lopes Júnior (2020, p. 56 do *e-book*):

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Em outras palavras, no aludido sistema, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se concentradas em uma única pessoa, o chamado juiz inquisidor. Ademais, tal sistema não exige uma acusação realizada por órgão específico ou pelo ofendido, podendo o juiz instaurar o processo de ofício. O objetivo é obter uma completa reconstrução dos fatos, através da descoberta da verdade real, sendo o acusado mero objeto do processo, e não um sujeito de direitos (LIMA, 2020, p. 40-41).

Assim, na busca da verdade real, o inquisidor está autorizado a extraí-la a qualquer custo (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 180). O sistema é estruturado com vista à realização do direito penal material, em que a função do juiz se limita a concretizar o poder punir do Estado, como se o exercício do magistério penal fosse uma questão de segurança pública (PRADO, 2005, p. 105).

Por tais características, o processo inquisitório é incompatível com os direitos fundamentais, violando liberdades e garantias básicas. O acúmulo de funções por parte do magistrado resulta na ausência de um julgador equidistante das partes, elidindo sua imparcialidade, configurando um descompasso com a Constituição e a Convenção

Americana de Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1),¹ que goza de *status* supralegal no sistema brasileiro.²

Já no sistema acusatório, há uma contraposição entre acusação e defesa, em igualdade de condições, estando ambas diante de juiz equidistante e parcial. Esse sistema se destaca pela oralidade, publicidade e aplicação do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB).³ Trata-se de um verdadeiro processo de partes, caracterizado pela atuação em contraposição das partes, mantendo-se o julgador sobreposto entre estas (SILVA, 2005, p. 41).

A denominação “acusatório” decorre do fato de que alguém só é chamado em juízo se houver uma acusação que lhe impute um fato delituoso. No final do século XIV, na França, surge o Ministério Público, titular da ação penal pública, restando afastado, por completo, o juiz da persecução penal (RANGEL, 2019, p. 124-125 do *e-book*).

A relação processual somente tem início mediante a provocação do titular encarregado de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), impedindo que o magistrado tome iniciativas incompatíveis com a equidistância necessária com os interesses das partes. Resguarda-se ao juiz, todavia, o exercício do poder de impulso processual. Portanto, nesse sistema, o processo penal se constitui de um *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais (partes) e um imparcial (juiz), que funciona na condição de terceiro desinteressado em relação aos interesses processuais das partes (LIMA, 2020, p. 41).

Com base no exposto, quanto às diferenças entre esses sistemas, depreende-se que, enquanto são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o sistema inquisitório apresenta, tipicamente, a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução (FERRAJOLI, 2002, p. 451/452). Destarte, verifica-se que a diferença efetiva entre o sistema inquisitorial e acusatório é que, neste último, os sujeitos são iguais, cabendo

¹ 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

² Vem prevalecendo no Supremo Tribunal Federal a tese do status de supralegalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, consoante firmado no: RE 466.343/SP, Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 03/12/2008. DJe 05/06/2009.

³ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

exclusivamente às partes a produção do material probatório, não sendo o magistrado gestor da prova.

Nessa linha, o sistema acusatório

assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 58 do *e-book*).

Logo, é seguro concluir que o modelo acusatório é o sistema por excelência para cumprir a função de garantia de direitos fundamentais no processo penal (PRADO, 1999, p. 35-36 apud SILVA, 2005, p. 56).

Ademais, do ponto de vista ideológico, o sistema acusatório traz a vantagem de se configurar como forma democrática do exercício do poder, permitindo que o destinatário do ato possa influenciar na sua formação. A estrutura dialética do processo acusatório permite uma maior eficiência tanto para a resolução das questões de direito quanto para as questões de fato, principalmente no aspecto probatório (BADARÓ, 2017).

Outrossim, o sistema inquisitorial, ao se disseminar pela Europa, sofre alterações com a modificação napoleônica, originando o que se denominou de sistema misto, um modelo novo, que une os dois sistemas já mencionados. Chama-se misto, por apresentar uma primeira fase tipicamente inquisitorial, sem publicidade, ampla defesa ou acusação.

Aqui, são realizadas as investigações preliminares sob o comando do juiz, visando apurar a materialidade e a autoria do fato delitivo. Numa segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador faz a acusação, o réu se defende e o juiz julga, contando-se, em regra, com os elementos da publicidade, oralidade e isonomia processual.

Segundo Jacinto Coutinho (2009, p. 103), todos os sistemas processuais existentes são mistos, não havendo mais sistemas puros conforme concebidos originalmente, havendo quem aponte que, hodiernamente, apenas o sistema processual penal inglês é o que mais se aproxima de um sistema acusatório puro.⁴ Os modelos puros seriam apenas uma referência histórica, de modo que uma mera separação inicial das funções de acusar e julgar não bastam para caracterizar um processo acusatório (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 61 do *e-book*).

⁴ Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. [livro eletrônico]. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 44.

Como bem observam os processualistas brasileiros:

de nada adianta uma separação inicial, com o oferecimento de uma denúncia pelo Ministério Público, se, na sequência, ao longo de toda a marcha procedimental, ao juiz for outorgado um papel ativo de protagonismo na busca pela prova ou até mesmo na prática de atos típicos da acusação (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 189 apud LIMA, 2020, p. 104).

Se de um lado existe o princípio dispositivo ou acusatório, que coloca a gestão de prova nas mãos das partes (juiz espectador) e, de outro lado, um princípio inquisitivo, no qual a gestão de prova está nas mãos do juiz-inquisidor, não pode haver um princípio misto, sob pena de desconfiguração do sistema. Dessa forma, o sistema é informado por um princípio unificador que traz uma ideia única, não sendo possível falar em sistemas mistos, pois o sistema apenas agrega elementos de outro, mas mantém a base inquisitorial ou acusatória adotada por opção política (COUTINHO, 2009, p. 109).

Na sequência, faz-se uma análise, sem pretensões de ser exaustiva, acerca do sistema acusatório brasileiro, abordando algumas das suas vicissitudes históricas, bem como algumas implicações práticas.

3 O SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Ab initio, cumpre destacar que o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942 (art. 810 do CPP), no contexto político-social do Estado Novo (1937-1945), tendo nítidas influências do modelo fascista italiano, que deu origem ao “Código de Rocco” de 1930.

Desde sua vigência, e durante muitos anos, prevaleceu o entendimento de que o sistema processual penal brasileiro era misto, com uma fase inicial em que se tinha o inquérito policial, como inquisitorial e, ao se iniciar o processo, tinha-se uma fase acusatória, com o Ministério Público fazendo a acusação. Conforme mencionado no item anterior, não há que se falar, no Brasil, da existência de um sistema acusatório puro,⁵ pois ainda há resquícios do sistema inquisitivo, em que pese seja possível reconhecer alguns avanços que se aproximam do ideal.⁶

Entretanto:

Se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta. Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais (...) (PACELLI, 2020, p. 32 do *e-book*).

Assim, percebe-se que a ordem constitucional inaugurada em 1988:

passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado (PACELLI, 2020, p. 32 do *e-book*).

Nesse contexto, portanto, começaram a surgir discussões acerca da natureza do processo penal, apontando-se que a Lei Maior havia estabelecido o modelo acusatório, ao atribuir ao *Parquet* a função de órgão acusador (art. 129, I, CRFB).⁷ Com base neste dispositivo, observa-se a separação do exercício do direito de ação (*ius persecuendi*) e do

⁵ Nesse sentido: RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27 ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2019, p. 129 do *e-book*.

⁶ Com esse entendimento: “Não se trata de um modelo acusatório “puro” (até porque o juiz ainda pode determinar, supletivamente, a realização de prova *ex officio*), mas é inegável que se aproximou do ideal” (GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 182).

⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)

direito de punir (*ius puniendi*) em órgãos distintos, quais sejam, Ministério Público e Poder Judiciário, respectivamente.

Nos ditames do sistema acusatório, tal qual o adotado no Brasil, é possível aduzir a importância do Ministério Público por assumir “a titularidade da ação penal e produzindo prova no interesse da verdade, deixando o Juiz equidistante do conflito de interesses que, porventura, surja no processo” (JARDIM, 1997, p. 45).

É mister ainda destacar outros princípios processuais penais explícitos no texto constitucional, que servem de parâmetro de controle de constitucionalidade da legislação processual e a consequente estruturação adequada do sistema acusatório. Dentre as garantias constitucionais, destaca-se: devido processo legal (art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), plenitude de defesa no Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, a), presunção de inocência (art. 5º, LVII), juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), publicidade (art. 5º, LX) e motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

O desafio que se constata nos últimos tempos é de utilizar a Constituição como verdadeiro filtro, eliminando os dispositivos legais incompatíveis com a estrutura constitucional acusatória. Para além da seara jurídica, ainda é fulcral uma mudança de cultura jurídica, marcada pelo abandono dos traços culturais inquisitoriais e pela tomada de uma postura acusatória por parte do juiz e de todos os atores judiciários (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 65 do *e-book*).

Ao longo das décadas, desde o advento da Constituição Cidadã, constata-se que o sistema acusatório brasileiro vem avançando com dificuldades. O Código de Processo Penal passou por diversas reformas pontuais, grande parte delas feitas por diferentes comissões e sem grande rigor técnico.

Inobstante as modificações legislativas, o desafio está em promover mudanças na cultura jurídica, bem como da mentalidade dos atores jurídicos (em especial dos tribunais superiores) e das práticas judiciárias, a fim de se garantir efetivas transformações (MADEIRA; BADARÓ; CRUZ, 2021). Nesse sentido:

(...) para além da enunciação do sistema acusatório no ordenamento jurídico, impõe-se hoje o desafio de garantir a sua efetividade e evitar que um distanciamento prático da diretriz constitucional dele emanada conduza a um processo penal autoritário e repressivo (MUNIZ, 2021).

Mais recentemente, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, entrou em vigor, trazendo importantes disposições

para o sistema jurídico penal. Outro destaque hodierno foram os entendimentos consignados no HC 188.888/MG, o qual pode ser considerado um marco jurisprudencial para o sistema acusatório. Ambos serão objeto de análise no item seguinte.

3.1 Pacote Anticrime, HC 188.888/MG e a imparcialidade do juiz

A Lei nº 13.964/2019 foi o produto final do chamado “Pacote Anticrime”, projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional, em 19 de fevereiro de 2019, cujo propósito era o de atualizar a legislação criminal e o processo penal. A parte que contém a vedação explícita à substituição da atuação probatória, assim como outros dispositivos, foi incluída através de emenda, reproduzindo, em grande parte, o conteúdo que integrava o Projeto de Lei nº 8.045/2010 (PL do Senado nº 156/09), destinado à criação de um novo Código de Processo Penal, o qual, apesar de aprovado pelo Senado Federal, aguarda apreciação de Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, o sistema acusatório passou a ser adotado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 3º-A, inserido no diploma processual penal, prevê que: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Entretanto, cumpre ressaltar que, com a concessão de liminar na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro Luiz Fux no dia 22 de janeiro de 2020, suspendeu-se, *sine die*, a eficácia do art. 3º-A, do CPP, que acabou sendo incluído entre os dispositivos com eficácia suspensa referentes ao juiz das garantias, quais sejam, os arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, todos do CPP.

Em que pese a suspensão feita pela Corte Suprema, é evidente que o sistema processual penal brasileiro é acusatório, conforme aquele explicitamente adotado pela Constituição (art. 129, I), que atribui à pessoa diversa da autoridade judiciária a titularidade da ação penal pública. Ademais, trata-se de um modelo democrático, cujo núcleo (gestão da prova), vinculado ao seu princípio informador, qual seja, o dispositivo, orienta uma atividade judicial imparcial durante a fase investigatória e judicial, respeitando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa, na busca limitada da verdade processual, e não real (RITTER, 2019, p. 175).

Dando prosseguimento à análise das reformas instituídas pelo Pacote Anticrime, destaca-se a supressão da expressão “de ofício” que constava no art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, ambos do CPP, vedando a decretação de qualquer medida cautelar pessoal, inclusive de prisão preventiva, durante fase investigativa ou judicial, sem que haja requerimento das partes, do Ministério Público, ou por representação da autoridade policial quando do curso da investigação, visando-se proteger a estrutura acusatória.

Nesse contexto, o STF, em outubro de 2020, no julgamento do HC 188.888/MG, de relatoria do Min. Celso de Mello, ao firmar o entendimento que a audiência de custódia é direito público subjetivo, de caráter fundamental de todo aquele que sofre prisão em flagrante, ainda estabeleceu importantes entendimentos acerca do sistema processual penal, tomando por base a Lei nº 13.964/19. Veja-se alguns trechos do julgado:

A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. (Grifou-se).

A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. (Grifou-se).

A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência. (Grifou-se).

A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, no contexto da audiência de custódia, somente se legitima se e quando houver, por parte do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, quando for o caso), pedido expresso e inequívoco dirigido ao Juízo competente (...) (STF. HC 188.888/MG. Segunda Turma. Rel. Celso de Mello. j. 06/10/2020, DJe 15/12/2020). (Grifou-se).

O referido HC ainda trouxe outro entendimento importante para a sistemática acusatória:

Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares

inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC 173.791/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO. (Grifou-se).

Mais recentemente, alinhado ao entendimento exarado pela Corte Suprema no HC 188.88/MG, verifica-se no STJ decisões da Quinta e Sexta Turmas, em sede de decisão monocrática, aduzindo a impossibilidade de decretação de ofício da segregação cautelar:

A reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 ("Lei Anticrime"), preservando e valorizando as características essenciais da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, modificou a disciplina das medidas de natureza cautelar, especialmente as de caráter processual, estabelecendo um modelo mais coerente com as características do moderno processo penal. Após a vigência da mencionada lei, houve a inserção do art. 3º-A ao CPP e a supressão do termo "de ofício" que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal.

[...] Tratando-se de requerimento do Ministério Público limitado à aplicação de medidas cautelares ao preso em flagrante, é vedado ao juiz decretar a medida mais gravosa, a prisão preventiva, por configurar uma atuação de ofício. "A competência é de acolher ou negar, não lhe cabe exceder o pedido do Parquet. Para além disso, a decisão figura-se como de ofício, que, de forma clara, tem sido vedada por esta Corte." (STF, HC 217196/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes). [...] Por tais razões, defiro a liminar para conceder a liberdade provisória ao paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas, a serem impostas pelo Juízo de primeiro grau. (STJ. HC nº 768737/AM. Quinta turma, Rel. Min. JOEL ILAN PARCIONIK. j. 02/09/2022. DJe 06/09/2022).

Na hipótese, conforme decisão de fls. 68/73, o Magistrado singular teria convertido a prisão em flagrante em prisão preventiva sem prévio requerimento ou representação da autoridade policial. No caso, o Parquet manifestou-se pela concessão da liberdade provisória, mediante aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. De fato, a Terceira Seção deste Tribunal Superior, em julgamento de 24/2/2021, no RHC n. 131.263/GO, da minha relatoria, reconheceu a ilegalidade da conversão ex officio da prisão em flagrante em prisão preventiva. Ademais, em recente julgado, a Quinta Turma desta Corte Superior, em consonância com o decidido pela Suprema Corte, no HC n. 217.196/DF, considerou que, tratando-se de requerimento do Ministério Público limitado à aplicação de medidas cautelares ao preso em flagrante, é vedado ao juiz decretar a medida mais gravosa, a prisão preventiva, por configurar uma atuação de ofício [...] Ante o exposto, defiro a medida liminar para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente (STJ, HC 768445/DF. Sexta turma. Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. j. 08/09/2022. DJe 09/09/2022).

Merece destaque a decisão da Quinta Turma, de relatoria do Min. Joel Ilan Parcionik, o qual mencionou as implicações do Pacote Anticrime para o sistema acusatório brasileiro. O ministro da Corte Superior sublinhou a retirada da expressão “de ofício”, que permitia a atuação sem provocação por parte do magistrado na aplicação das medidas cautelares.

Os julgados asseveram a impossibilidade de decretação de prisão preventiva quando o Ministério Público requer apenas medidas cautelares diversas da prisão. Cabe

ao juiz, enquanto julgador equidistante, acolher ou negar o pedido da parte, mas não excedê-lo, aplicando uma medida mais gravosa.

Ademais, se o juiz não pode decretar preventivamente a prisão do acusado de ofício, muito menos poderá condená-lo de ofício, tendo em vista a máxima *a maiori ad minus*, brocardo latino de origem romana, o qual indica que quem pode o mais pode o menos.⁸ Isso porque, se o juiz não pode impor *ex officio*, ainda que cautelarmente, a prisão, quem dirá condenar o acusado nas sanções legais sem a devida provocação.

Da *ratio decidendi*⁹ dos precedentes oriundos dos tribunais superiores, é possível inferir que a atuação do órgão julgador de ofício, como se parte fosse, mostra-se incompatível com o sistema acusatório. Vedar a prisão preventiva de ofício, mas permitir a condenação sem a provocação do titular da acusação, não se coaduna com nenhum modelo acusatório sério e coerente, sob pena de colocar em dúvida a imparcialidade do magistrado.

A doutrina adverte que a mera separação das funções de julgar e acusar não é suficiente para caracterizar o sistema acusatório.¹⁰ Basta considerar que, em última análise, é a separação de funções, com a consequente gestão da prova na mão das partes, que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 58 do *e-book*).

Para que a imparcialidade do magistrado esteja protegida, é mister que ele seja estranho à atividade investigatória e instrutória. Desse modo, o juiz deve abster-se de praticar atos de ofício na fase investigativa e na fase processual, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e, no curso da instrução processual penal, das partes (LIMA, 2020, p. 44).

Há quem aponte a imparcialidade como o princípio supremo do processo penal, sendo necessário para seu normal desenvolvimento e obtenção de atuação judicial justa

⁸ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 245.

⁹ Pode-se considerar como *ratio decidendi*, os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, a opção hermenêutica adotada sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi, tendo caráter obrigatório ou persuasivo para o precedente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 442).

¹⁰ Nesse sentido: “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 juiz e acusação” (FERRAJOLI, 2002, p. 454).

(LOPES JR., 2003, p. 10 apud SILVA, 2005, p. 80).¹¹ Tal afirmação, alinhada à sistemática do modelo acusatório, implica que: “Do princípio da imparcialidade, deriva uma diretriz fundamental para os procedimentos processuais penais: quem julga não pode assumir as funções reservadas à acusação e à defesa” (FERNANDES, 2005, p. 44).

Cumprе ressaltar que a imparcialidade do juiz não se confunde com uma atuação indiferente ou neutra. O que se pretende é fazer com que o julgador exerça todas as funções inerentes ao seu ofício de julgar, sem adentrar na esfera de atuação das partes.

a imparcialidade do juiz não exclui seu poder-dever de buscar a verdade, sobretudo porque imparcialidade não se confunde com inércia e nem está limitada ao sabor de uma contrariedade ativa da partes, mas das garantias processuais de defesa. É perfeitamente possível compatibilizar a imparcialidade com a busca da verdade, bastando apenas que a função jurisdicional seja exercida com equilíbrio e em consonância com os ditames legais (BARROS, 2002, p. 122).

Nessa conjuntura, o que foi estabelecido pela jurisprudência do STF e STJ demonstra que, apesar da morosidade, o direito processual penal brasileiro caminha, paulatinamente, para uma configuração verdadeiramente acusatória. Ao proibir o juiz de decretar medidas cautelares pessoais de ofício, bem como aduzir a inexistência de um poder geral de cautela do magistrado, promove-se o delinear de uma atuação equidistante do juiz, que deve se manifestar mediante provocação das partes, as gestoras das provas, preservando, assim, sua imparcialidade.

¹¹ Com entendimento similar: “os princípios mais importantes para o processo penal moderno são da imparcialidade do Juiz e do contraditório. Pode-se dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios reitores” (JARDIM, 2001, p. 40).

4 A (IN)VALIDADE DO ART. 385 DO CPP.

No sistema jurídico processual penal brasileiro, ao final da audiência de instrução e julgamento, as partes devem apresentar suas alegações finais, seja oralmente, seja através de memoriais, em consonância ao regramento previsto nos arts. 403¹² e 404,¹³ ambos do Código de Processo Penal. É nesse momento que vem se discutindo qual deveria ser a atuação do juiz, diante de eventual pedido de absolvição feito pela acusação na ação penal pública incondicionada e se seria possível aplicar circunstâncias agravantes não veiculadas na pretensão acusatória.

Isso se dá pela confrontação do processo acusatório, de base constitucional, e a disposição, *ipsis litteris*, do art. 385 do Código do Processo Penal: “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”.

Antes de maiores ilações acerca do tema, é válido ressaltar, brevemente, a aplicabilidade do mencionado dispositivo na sistemática das outras ações penais.

4.1 Pedido absolutório e aplicação de agravantes de ofício nas ações privadas

Nas ações exclusivamente privadas ou personalíssimas, a legitimidade de propositura pertence à vítima ou representante legal. No caso do advogado do querelante não fazer o pedido condenatório do querelado nas alegações finais, a ação penal resta perempta, acarretando a extinção de punibilidade, nos termos do art. 60, inciso III, *in fine*, do CPP,¹⁴ c/c at. 107, inciso IV, do Código Penal.¹⁵

¹² Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. (...)§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.

¹³ Art. 404. Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais. Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, suas alegações finais, por memorial, e, no prazo de 10 (dez) dias, o juiz proferirá a sentença.

¹⁴ Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: (...) III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; (...)

¹⁵ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (...) IV - pela prescrição, decadência ou preempção; (...)

Desse modo, se o titular da acusação da ação privada não requer a procedência da pretensão acusatória, não há possibilidade de condenação por parte do magistrado, em razão da expressa previsão legal estabelecida pelos diplomas legais penais.

Outrossim, também não se aplica a possibilidade de reconhecimento de agravantes não invocadas pelo querelante, pois, “ressalvada a aplicação das regras pertinentes a *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), fica o juiz absolutamente atrelado, por ocasião da sentença, aos termos expostos na queixa-crime” (AVENA, 2020, p. 2.233 do *e-book*).

Já a ação penal privada subsidiária da pública é aquela admitida nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, consoante previsões do art. 5º, LIX, da CRFB,¹⁶ c/c art. 100, § 3º, do CP,¹⁷ e art. 29 do CPP.¹⁸ Nessas ações:

eventual pedido de absolvição formulado pelo advogado do querelante não dará ensejo à extinção da punibilidade, porquanto, em sua essência, esta espécie de ação penal é de natureza pública. De mais a mais, como a intervenção do MP é obrigatória, nada impede que, em sentido diverso do querelante, haja pedido de condenação formulado pelo órgão ministerial. (LIMA, 2020, p. 1650).

Destarte, depreende-se que o disposto no art. 385 do CPP, limita-se às ações penais públicas, sejam elas condicionadas ou incondicionadas. Passa-se, então, a analisar tal problemática, tomando por base as características do sistema acusatório.

4.2 Da (im)possibilidade de condenação de ofício

Consoante já mencionado, o art. 385 do CPP permite ao juiz proferir sentença penal condenatória, mesmo no caso de eventual pedido de absolvição do Ministério Público, usando-se como fundamentação o caráter indisponível da ação penal, observado no art. 42 do CPP¹⁹ (BADARÓ, 2017). De acordo com tal perspectiva, enquanto a ação penal privada é regida pelo princípio da oportunidade, a ação penal pública segue o

¹⁶ LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

¹⁷ Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (...) § 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal.

¹⁸ Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

¹⁹ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

princípio da obrigatoriedade, de modo que ainda que o órgão acusatório peça a absolvição, o juiz estará autorizado a condenar (NUCCI, 2020, p. 436 do *e-book*).

Argumenta-se que o Código de Processo Penal brasileiro não acolheu o modelo de disputa, no qual a atuação das partes determinará sua vitória. Desse modo, com base no já aludido princípio da obrigatoriedade, não há violações ao texto constitucional que impliquem na invalidade do art. 385 (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 1.658 do *e-book*).

Os defensores da condenação de ofício sustentam que a previsão do art. 385 é corolário do princípio da independência funcional, positivado no art. 127, § 1º, da CRFB²⁰ (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2021). Tomando por base uma atuação objetiva do Ministério Público, este seria parte apenas do ponto de vista formal, estando subordinado apenas a sua consciência, atuando sempre como *custos legis*, com zelo pela esmerada aplicação da lei (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 1.659 do *e-book*).

A indisponibilidade do objeto processual penal conduz à impossibilidade de se desistir da acusação pública, ou de acordos entre acusação e defesa, além de limitações postas ao órgão julgador, o que permitiria o juiz condenar apesar do pleito de absolvição do *Parquet*, bem como a hipótese de a defesa pedir condenação em pena leve, restando provado o crime, e o magistrado absolver o réu (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 195).

Nessa linha, Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 1.109 do *e-book*) explica que:

Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (art. 385, CPP).

Isso porque, levando-se em conta o princípio do impulso oficial, desde o recebimento da denúncia, o órgão julgador está obrigado a conduzir a marcha processual até proferir sua decisão de mérito. O direito de punir não é disciplinado pela oportunidade, mas pela necessidade de promover a acusação e eventual condenação, caso haja provas suficientes para respaldá-la (NUCCI, 2020, p. 1.110 do *e-book*).

Portanto, do entendimento exposto, depreende-se que o juiz, com fulcro no princípio do livre convencimento motivado, estaria dispensado de qualquer vinculação às

²⁰ Art. 127. (...) §1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

pretensões formuladas pelas partes, tendo liberdade para condenar ou absolver o réu independente do pedido formulado pela acusação ou defesa.

Com supedâneo nos raciocínios jurídicos acima consignados, a jurisprudência dos tribunais superiores tem, predominantemente, entendido pela possibilidade da condenação de ofício:

A indisponibilidade da ação penal pública não proíbe que o Ministério Público possa opinar pela absolvição do réu, mas exclui a vinculação do juízo à manifestação do Parquet, tendo em vista a vedação inscrita nos artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal, que impedem o Ministério Público de desistir da ação penal ou do recurso que haja interposto” (STF. AP 921/RS. Primeira turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/6/2017. DJe 30/6/2017).

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 11.3.2016, ARE 700.012 ED, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 10.10.2012. (STF. AgRg no HC nº 125.645. Primeira turma. Rel. Min. Luiz Fux. j. 16/3/2017. DJe 18/04/2017).

Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal [...] (STJ. AgRg no HC nº 605.748/PI. Sexta turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. j. 24/11/2020, DJe 27/11/2020).

Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conquanto o Parquet tenha se manifestado pela absolvição do acusado, o órgão julgador poderá condená-lo, com base no princípio do livre convencimento motivado, visto que tal manifestação não vincula o julgador. (...) Quando o Ministério Público pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação, como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (decision on prosecution motion to withdraw counts) e vincula o posicionamento do juiz. Em nosso sistema, é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho, ainda que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente – ou mesmo oposta – do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado (STJ. AgRg no HC nº 567.740/SP. Quinta turma. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. j. 12/05/2020, DJe 18/5/2020).

Inobstante os raciocínios jurídicos prevaletentes acerca do funcionamento atual das disposições do art. 385 do CPP, que aduzem pela possibilidade de condenação de ofício, defende-se a posição de impossibilidade de édito condenatório se houver requerimento de absolvição pelo promotor de justiça responsável pela acusação.

Partindo-se da concepção de que o sistema jurídico penal brasileiro seria acusatório, desde o advento da Constituição de 1988, alguns processualistas criminais

passaram a advogar a tese de que o pedido de absolvição feito pelo órgão acusatório vincularia o juiz.

O Ministério Público, no sistema jurídico brasileiro, além de titular da acusação, atua como *custos legis*, nos termos do art. 127, da CRFB,²¹ de modo que a retirada da pretensão acusatória é um dos caminhos possíveis, ao longo da persecução penal. “Se o Ministério Público é o titular da pretensão processual, e se ela se coloca ao longo de todo o processo, impedi-lo de desistir da pretensão ou retirá-la é conferir-lhe uma titularidade limitada ou manietada” (BADARÓ, 2017).

Em outras palavras: “O MP é instituição que, para além dos Poderes tradicionais, deve defender a sociedade, denunciando abusos, vindos deles de onde vierem, inclusive do próprio Estado (leia-se, o próprio MP e o Poder Judiciário)” (STRECK, 2020). Isso implica dizer que o Ministério Público, enquanto *dominus litis*, promove a acusação para apurar o fato penalmente relevante, mas, enquanto fiscal da ordem jurídica, deve ter a liberdade e força vinculante para encerrar a persecução penal, em observância aos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Depreende-se, do ponto de vista prático, que, quanto ao *Parquet*:

Seu interesse de agir é de ordem pública, logo, genérico razão pela qual pode vir a pedir absolvição do réu no decorrer do processo, recorrer em seu favor, impetrar habeas corpus ou mandado de segurança para proteger-lhe direito líquido e certo. E nem mesmo a obrigatoriedade da propositura da ação penal mantém-se incólume, haja vista a mitigação sofrida em relação às contravenções e aos crimes de menor potencial ofensivo (SILVA, 2005, p. 84/85).

Nesse contexto, passando-se a confrontar os argumentos dos defensores da condenação de ofício, traz-se à baila as observações de Paulo Rangel (2019, p. 145 do *e-book*):

Há o exercício da ação penal e o MP dele não pode desistir, mas não há mais a acusação: a imputação de infração penal. O MP desistiu da pretensão acusatória do crime descrito na denúncia e não da ação penal. Não podemos confundir ação com processo. A ação deflagra a jurisdição e instaura o processo, porém se esgota quando a jurisdição é impulsionada. Agora, daqui para frente, o que temos é o processo, não mais a ação. Aquela (pretensão acusatória) é que é o objeto do processo penal e aqui é que tudo se resume: objeto do processo.

²¹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Desse modo, já se constata o equívoco técnico na confusão entre acusação e ação penal. Isso porque, o pleito ministerial de absolvição não significa desistir da ação penal, não havendo que se falar de violação ao princípio da indisponibilidade. Ao requerer a improcedência da condenação, o *Parquet* cumpre sua função de fiscal da ordem jurídica, resguardando a Constituição e a lei, uma vez que verificou que a acusação, até então veiculada, não encontrou amparo legal ou probatório.

Para a defesa da impossibilidade de condenação de ofício, parte-se da premissa de que o sistema acusatório impõe duas pretensões no âmbito processual penal, em razão da separação das tarefas processuais de acusar e julgar. Uma pretensão seria de natureza acusatória, a qual é exercida e tem por titular o Ministério Público. A outra pretensão seria punitiva, exercida pelo Poder Judiciário, tratando-se de pretensão de direito material e não processual (BADARÓ, 2017, p 34).

A pretensão punitiva consiste no poder do Estado de tornar efetivo o *ius puniendi*, exigindo de quem comete um crime, a sujeição à sanção penal. Contudo, por uma autolimitação do próprio Estado, tal pretensão não pode ser exercida por meio de coação imediata, em que o aparato estatal exerce unilateralmente o poder, cabendo ao indivíduo apenas a mera sujeição (BADARÓ, 2017).

Se o titular da acusação retira a pretensão acusatória, não há mais também a pretensão processual. O órgão ministerial tem o poder de permitir ou não o julgamento da pretensão processual, mas não pode dizer como o juiz deve julgar.

Sem a pretensão, haverá uma extinção do processo sem julgamento de mérito, pois este, enquanto veiculado pela pretensão processual, não estará mais presente para o julgamento. Trata-se de extinção absoluta do mérito, tendo em vista que não cabe repositura de ação penal idêntica à primeira pelos mesmos fatos contra o mesmo acusado (BADARÓ, 2017, p. 37).

Não havendo mais pretensão acusatória que fundamente prolação de sentença condenatória, a absolvição é a medida que se impõe. Isso porque, é preferível, por óbvio, a absolvição à extinção do processo sem julgamento do mérito, o que se coaduna à presunção de inocência.

Nesse contexto, é possível ainda afastar o argumento de que o juiz não está vinculado ao pedido das partes em razão do princípio do livre convencimento motivado,

que traz maiores dificuldades no seu enfrentamento. O livre convencimento motivado ou persuasão racional é o sistema adotado no Brasil para valoração das provas, estando o juiz livre para decidir e apreciar o lastro probatório, conforme se depreende do art. 155, *caput*, do CPP,²² desde que motive sua decisão, por exigência do art. 93, IX, da CRFB²³ (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 655).

Contudo, é importante asseverar que:

a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável (GOMES FILHO, 2008, p. 249).

Levando-se em conta as lições acima trabalhadas do processualista Gustavo Badaró, percebe-se que, quando o *dominus litis* pugna pela absolvição, deve o órgão julgador concordar, pois o Estado exerce seu poder de punir ao aplicar a pena.

Se houver a retirada da pretensão acusatória, o processo perde o objeto, ou seja, não há mais objeto (pretensão acusatória) para que o juiz forme seu convencimento com base no acervo probatório. O juiz tem livre convencimento para apreciar o objeto processual, mas, com a realização do pedido absolutório, não há mais o que julgar (BADARÓ, 2017, p. 37), isto é, não há mais objeto sobre o qual possa incidir o convencimento que, conseqüentemente, permitiria o exercício da pretensão punitiva.

Nesse mesmo sentido, para Lopes Júnior (2008, p. 103), o poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo *Parquet*, de modo que pedir a absolvição implica não exercer a pretensão acusatória. O processualista brasileiro aduz, recordando as lições de Goldschmidt, que o poder do juiz de punir o culpado é direito potestativo que necessita da sentença condenatória para se aplicar a pena, sendo condicionado à existência de uma acusação. Tal construção é elemento fundante do sistema acusatório e inevitável para efetivá-lo conforme a Constituição (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1.436-1.437 do *e-book*).

O jurista ainda obtempera que a previsão do art. 385: “Também representa uma clara violação do Princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição

²² Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

²³ Art. 93 (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, pleno exercício da pretensão acusatória” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1.437 do *e-book*).

Ressalte-se ainda o entendimento de Geraldo Prado (2005, p. 116), segundo o qual, por configurar violação ao contraditório (art. 5º, LV, da CRFB),²⁴ é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. Isso decorreria do juiz não poder fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório. Em virtude do contraditório ser direito fundamental, sua observância é essencial para a validade da sentença.

No âmbito ministerial, o Ministério Público Federal, em parecer²⁵ de autoria do Subprocurador-Geral da República Nívio de Freitas Silva Filho, apresentado no Recurso Especial nº 1.612.551/RJ,²⁶ posicionou-se no sentido da ineficácia do art. 385 do CPP. Argumentou-se que o enunciado da referida norma apenas faz sentido num sistema inquisitório, de modo que ao deliberar pela absolvição o MP retira a acusação. A consequência seria o trancamento da ação penal, pois o órgão ministerial não poderá mais exercitar o *ius perseguendi* e o *ius puniendi*, restando ao Judiciário encerrar ação penal, em observância aos princípios da imparcialidade e da inércia judicial.

No que se refere a jurisprudência acerca da impossibilidade da condenação de ofício, até o ano de 2017, havia apenas um precedente isolado do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a impossibilidade de condenação, diante do requerimento de absolvição por parte do *dominus litis*:

(...) AÇÃO PENAL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MANIFESTAÇÃO – ABSOLVIÇÃO. Tem-se como afastada a pretensão acusatória quando há manifestação do titular da ação penal pública pela absolvição do acusado, não podendo o magistrado condenar de ofício. (STF.

²⁴ LV - 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;

²⁵ BRASIL. **Ministério Público Federal**. Juiz não pode condenar réu quando há pedido de absolvição pelo Ministério Público, sustenta MPF. Disponível em: [²⁶ A tese do MPF não foi acolhida, conforme se extrai do precedente: “Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição \(...\) O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes desta Corte \(...\) Agravo regimental não provido” \(STJ, AgRg no REsp 1.612.551 / RJ. Quinta turma. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. j. 02/02/2017. DJe 10/02/2017\).](http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/juiz-nao-pode-condenar-reu-quando-ha-pedido-de-absolvicao-pelo-ministerio-publico-sustenta-mpf#:~:text=2016%20%20C3%A0s%2010h5,Juiz%20n%C3%A3o%20pode%20condenar%20r%C3%A9u%20quando%20h%C3%A1%20pedido,pelo%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%2C%20sustenta%20MPF&text=Assim%2C%20o%20juiz%20n%C3%A3o%20pode,equivale%20a%20retirar%20a%20acus%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 03 set. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

AP 960/DF. Primeira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 4/06/2017, DJe 28/06/2017).

Todavia, tal excerto da ementa não corresponde a nenhum fundamento do voto do relator ou dos demais julgadores, de modo que não há passagens da decisão proferida que fundamentem no sentido da vinculação do pedido de absolvição (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 1.659 do *e-book*).

Não obstante a posição majoritária da jurisprudência, durante a sessão de julgamento da Quinta Turma do STJ, realizada no dia 16 de agosto de 2022, o Ministro João Otávio de Noronha, ao julgar o AgRg no AREsp 1.940.726/RO,²⁷ divergiu do entendimento dominante quanto à possibilidade de condenação de ofício.

O Ministro argumentou que, diante da opção da Constituição de 1988 pelo sistema acusatório, o Ministério Público detém o monopólio da titularidade da ação penal, de modo que a acusação não se encerra com o recebimento da denúncia, mas se estende até o término da ação. Se o órgão ministerial requer absolvição, acaba por retirar indiretamente a acusação, não podendo mais o juiz proferir a sentença condenatória, sob pena de acusar e julgar simultaneamente.

É válido ainda consignar que o Min. Noronha fez questão de enfatizar que, enquanto o *Parquet* havia pedido absolvição levando em conta o depoimento de uma testemunha de defesa, o juiz de primeiro grau decidiu pelo édito condenatório com fundamento no mesmo depoimento. Consta-se aqui, o exemplo por excelência de um caso em que a condenação de ofício se desdobra em verdadeiro absurdo jurídico, alijado da sistemática processual penal acusatória.

Desse modo, aduz-se que a norma do art. 385 do CPP mostra-se incompatível com o devido processo legal, pois o juiz estaria assumindo a função acusatória, trazendo para si o objeto do processo, configurando verdadeira atividade inquisitorial. O voto do Min Noronha desvela o importante papel desempenhado pelos tribunais superiores na promoção de um “ajuste acusatório” das regras do Código de Processo Penal, cuja herança inquisitória é percebida desde a Exposição de Motivos (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2022).

O voto divergente do Min. Noronha foi acompanhado pelos ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Parciornik. Este último, todavia, ressaltou expressamente a

²⁷ STJ. AgRg no AREsp 1.940.726/RO. Quinta Turma. Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT). j. 06/09/2022. DJe 04/10/2022.

possibilidade de condenação, ainda que o MP requeira a absolvição. Não obstante, a posição jurídica que prevaleceu no julgado foi de que é possível proferir sentença condenatória mesmo quando há pedido de absolvição do Ministério Público.

O que se depreende diante dessa conjuntura é que, se for concedido ao magistrado a possibilidade de condenar o acusado de ofício, estar-se-á dando ao julgador um poder que não lhe cabe, qual seja, o de acusar. O perigo é criar-se uma dupla acusação, a qual, com fulcro no art. 385 do CPP, acarretaria, na prática, em uma pretensão acusatória única, concentrada nas mãos do juiz, já que este pode condenar independentemente do requerimento feito pelo titular da acusação.

Numa visão mais ampla:

(...) verifica-se um ‘donismo’ processual sem precedentes, endo e extraprocessuais: o processo é meu, o promotor é meu, o estagiário é meu, o servidor é meu, o carro é meu, eu sou eu, eu e eu. Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção. Nesse modelo, confundem-se as funções dos agentes do Estado-Julgador com os do Estado-Acusador e com os do Estado-Investigador (GIACOMOLLI, 2016, p. 90).

Ademais, na práxis forense, o juiz, ao proferir condenação quando há pedido ministerial pela absolvição, muito provavelmente ensejará recurso contra tal decisão por parte do órgão acusador. Com isso, opera-se um prolongamento desnecessário dos efeitos deletérios da persecução penal em desfavor do réu, quando o próprio titular da acusação considerou esta incabível. Há também maiores gastos econômicos, tendo em vista que a marcha processual seguiu, movimentando o maquinário e as engrenagens da justiça pública.

Uma última questão a ser enfrentada consiste em como proceder quando, havendo assistente de acusação habilitado na ação penal pública, tendo este feito o pedido condenatório, seria possível o juiz condenar, em que pese o pleito absolutório do Ministério Público.

Num primeiro momento, poder-se-ia argumentar que quando o assistente da acusação realiza o requerimento de condenação, restaria mantida a pretensão acusatória, estando o juiz autorizado a decidir por eventual condenação. Entretanto, tal entendimento figura superficial, não levando em conta a sistemática processual penal, tratando-se de conclusão precipitada.

Ora, é lição antiga que a vingança privada, ou autotutela, configura modelo processual ultrapassado, pois não garantia justiça, mas a vitória do mais forte ou astuto.

As partes, então, passaram a buscar soluções amigáveis ou imparciais através de árbitros, função posteriormente assumida pelo Estado, que tomou para si o poder de estabelecer a solução para os conflitos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 27-28).

As vítimas dos delitos possuem diferentes formas de atuar no processo penal, sendo, por exemplo, titulares nas ações penais privadas, podendo ainda oferecer ação penal privada subsidiária da pública, nos termos do art. 5º, inciso LIX, da CRFB.

Conforme inteligência extraída do art. 268 c/c art. 31, ambos do CPP, em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão. Além da resposta do Estado em razão do cometimento de crime, surge para as vítimas dos delitos o direito ao ressarcimento do patrimônio material ou moral atingido, suscitando-se o interesse pela condenação do acusado, uma vez que a sentença penal configura título judicial executivo, conforme preceitua o art. 515, VI, do CPC²⁸ (PACELLI, 2021, p. 611 do *e-book*).

Nessa linha, ressalte-se que:

Atuando ao lado do Ministério Público, o assistente não substitui o Estado no exercício da pretensão punitiva. No fundo, passa a ter a oportunidade de acompanhar o processo e a possível responsabilização penal do acusado, nos termos da lei (LIMA, 2020, p. 1.344).

Portanto, percebe-se que, mesmo havendo habilitação do assistente de acusação, este não poderá substituir o Ministério Público, titular da acusação e fiscal da ordem jurídica consagrado constitucionalmente, o qual detém a palavra final nas ações penais públicas. Logo, tendo o órgão ministerial pugnado pela absolvição, resta ao assistente da acusação apenas recorrer da sentença absolutória proferida pelo juiz. Em que pese tal entendimento não ser pacífico, o STF já proferiu decisão nesse sentido:

(...) 1.A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. 2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: "O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal". 3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória. 4. Ordem denegada. (STF. HC 102.085/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carmen Lúcia. j. 10/06/2010. DJe 26/08/2010).

²⁸ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado;

Ante o exposto, constata-se que a condenação de ofício é incompatível com o sistema constitucional acusatório. Advoga-se, portanto, que o juiz está vinculado ao pedido de absolvição feito pelo órgão acusador, figurando tal entendimento como o mais adequado do ponto de vista técnico-jurídico e dogmático, já havendo jurisprudência do STJ sinalizando nesse sentido. Tal posição contribui para que reste preservada a separação das funções de julgar e acusar, típico do modelo acusatório, resguardando-se, ainda, a imparcialidade do magistrado.

Tendo abordado a questão da (im)possibilidade de condenação de ofício, passa-se a escrutinar outra problemática presente nas disposições do art. 385 do CPP, acerca da aplicação de circunstâncias agravantes de ofício.

4.3 Da (não) aplicação das agravantes de ofício

A segunda parte do art. 385 do CPP permite ao juízo sentenciante reconhecer agravantes, embora nenhuma seja arguida pelo órgão acusador na exordial acusatória. Também aqui predomina na jurisprudência e na doutrina a compatibilidade dessa previsão com o sistema jurídico pátrio.

Consoante obtempera Nucci (2020, p. 1.110 do *e-book*):

Há possibilidade legal do reconhecimento de agravantes pelo juiz, ainda que atue de ofício, uma vez que elas são causas legais e genéricas de aumento da pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação. São de conhecimento das partes, que, desejando, podem, de antemão, sustentar a existência de alguma delas ou rechaçá-las todas. O fato é que o magistrado não está vinculado a um pedido da acusação para reconhecê-las.

Percebe-se que o entendimento para aplicação das circunstâncias agravantes de ofício ampara-se na sua previsão legal, sendo sua consideração nos casos concretos algo inerente ao exercício da pretensão punitiva estatal. Consequentemente, não se exige que o órgão ministerial as inclua ao veicular a pretensão acusatória, visto que a aplicação da circunstância é próprio da função do julgador durante a dosimetria da sanção penal.

Argumenta-se ainda que, se o juiz pode aplicar circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do Código Penal,²⁹ as quais exigem ampla discricionariedade, também podem

²⁹ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)

aplicar as agravantes, cuja previsão legal é bem descrita na lei. Inclusive, não é comum o contraditório e ampla defesa acerca das circunstâncias agravantes, assim como ocorre com as judiciais (NUCCI, 2020, p. 1.111 do *e-book*).

Pondera-se ainda que, nos crimes de ação pública, do mesmo modo que o art. 385 permite o reconhecimento de agravantes não articuladas na denúncia, tal faculdade se estende para as atenuantes, o que valeria também para os delitos de ação penal privada, mesmo que não alegadas pela defesa técnica no curso do processo (AVENA, 2020, p. 2.223 do *e-book*).

Mais uma vez, os tribunais pátrios, segundo as observações acima expostas, também entendem pela validade da previsão normativa do referido artigo, acerca da aplicação das agravantes de ofício:

Quanto à alegada ofensa ao princípio da correlação, a decisão agravada está pautada no entendimento majoritário desta Corte de que a condenação por agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia não viola o referido princípio. (STJ. AgRg no AREsp 1.507.464/SP. Quinta Turma. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. j. 10/03/2020. DJe 24/03/2020).

“Não se há falar em violação ao denominado princípio da correlação, nos casos em que se reconhece a ocorrência de agravantes não descritas na denúncia, pois, nos termos do que preceitua o art. 385, do Código de Processo Penal, ‘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’ (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.495.611/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 31/8/2017)” (AgRg no REsp 1.770.254/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/4/2019, DJe 30/4/2019) (...). (STJ. AgRg no HC 504.043/SP. Quinta Turma. Rel. Min. Ribeiro Dantas. j. 15/08/2019. DJe 20/08/2019).

Não fere o princípio da correlação a inclusão na sentença de agravante legal não descrita na denúncia, mormente se suscitada em sede de alegações finais da Acusação Pública. Inteligência do artigo 385 do Código de Processo Penal. [...] Recurso parcialmente conhecido e improvido. Habeas corpus de ofício (STJ, REsp nº 857.066/RJ. Sexta turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. j. 27.11.2007. DJe em 14.4.2008). (Grifou-se).

Ressalte-se que, com base neste último julgado, o STJ entendeu também não haver violação ao princípio da correlação, caso a sentença aplique uma agravante não mencionada na denúncia.

Sabe-se que o princípio da correlação entre acusação e sentença ou da congruência prevê que a sentença deve guardar consonância em relação ao fato delituoso descrito na peça acusatória, sendo vedada a decisão *extra petita* (diferente do que foi pedido) e *ultra petita* (além do que foi pedido), sob pena de violação ao contraditório, ampla defesa e do próprio sistema acusatório (LIMA, 2020, p. 1.656).

A acusação determina a amplitude e conteúdo da prestação jurisdicional, pelo que o juiz criminal não pode decidir além e fora do pedido com que o órgão da acusação deduz a pretensão punitiva. Os fatos descritos na denúncia ou queixa delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional (MARQUES, 1997, p. 181).

Isso significa que “O objeto do processo, veiculado já no momento inicial, com a acusação, deve estar presente de forma inalterada na sentença” (BADARÓ, 2019).

Sustenta-se que, diversamente do que ocorre no processo civil, a correlação entre acusação e sentença não se prende ao pedido formulado pela parte acusadora, o qual é sempre genérico no sentido da condenação do acusado, interessando apenas a causa de pedir, isto é, a imputação de determinada conduta criminosa (LIMA, 2020, p. 1.656).

Apesar da permissão da jurisprudência para aplicação de circunstâncias agravantes de ofício, respaldada por parte da doutrina, sustenta-se o entendimento de não ser possível tal postura por parte do magistrado.

As circunstâncias do crime são relevantes para determinação da pretensão acusatória, de modo que sua presença na acusatória é fundamental para observância o princípio da correlação, bem como do contraditório e ampla defesa.

Nessa seara:

A finalidade de se exigir que na imputação venham expostas todas as circunstâncias do delito é, justamente, permitir que o réu possa se defender de tais circunstâncias; argumentar e provar que as mesmas não ocorreram; influenciar o convencimento do juiz no sentido de sua inexistência. Admitir a aplicação pura e simples do art. 385, segunda parte, é fazer tabula rasa dos princípios do contraditório e da ampla defesa (BADARÓ, 2019).

A falta de alegação da circunstância agravante acarreta a sua não discussão no processo. Aplicar as agravantes de ofício configura violação ao sistema acusatório e ao contraditório, de modo que se o juiz verificar que alguma agravante não foi debatida nos autos ou não consta na peça acusatória, deve instar as partes a se manifestarem sobre ela (DEZEM, 2016).

Logo, é possível apontar a inaplicabilidade do art. 385 do CPP, por manifesta violação ao contraditório e ampla defesa, ressalvando-se que se a circunstância for debatida, ainda que não descrita na denúncia, pode-se reconhecê-la se for de caráter

subjetivo, pois, caso se refira à questão de fato, é necessário sua efetiva imputação na peça acusatória³⁰ (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 1.663 do *e-book*).

Deve-se, assim, entender que o juiz não pode, sem pedido do promotor, aplicar as circunstâncias agravantes típicas, interpretando-se o art. 385, do Código de Processo Penal, de maneira condizente com as regras do devido processo legal. O juiz poderia, com base nesse dispositivo, aplicar as circunstâncias judiciais, não as legais, sem pedido do promotor. Com essa leitura do art. 385, seria necessário debate contraditório prévio sobre as circunstâncias agravantes para serem levadas em conta pelo juiz (FERNANDES, 2005, p. 313).

Na jurisprudência, vale mencionar o trecho do voto vencido da Ministra do STJ, Maria Thereza de Assis Moura, segundo o qual:

O reconhecimento das agravantes genéricas, concernentes ao fato imputado, pelo Juízo sentenciante ou pelo Tribunal de origem, sem que tal matéria tenha constado da peça acusatória, sequer de forma implícita, revela afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Posição contrária implicaria violação “da garantia do contraditório: se a circunstância agravante não foi imputada na denúncia ou queixa, o acusado não teve oportunidade de se manifestar ou produzir provas sobre ela. Aliás, o art. 41 do CPP exige que a denúncia ou queixa contenham a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias (STJ. HC 59.416/MS. Sexta Turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. j. 06/11/2014. DJe 19/11/2014).

O que se percebe aqui é a preocupação dos juristas no sentido de que circunstâncias agravantes que decorram diretamente do fato delituoso devem ser expressamente veiculadas na denúncia, para fins de confrontação na seara processual. Já as circunstâncias que não se refiram primariamente ao fato, podendo ser aferidas independente dele, tal qual a reincidência (art. 61, inciso I, do CPB), poderiam ser aplicadas apesar de não discutidas ao longo da persecução penal.

De fato, quanto às circunstâncias agravantes que não decorram do delito em si, parece não haver maiores prejuízos por sua ausência na pretensão acusatória. Basta considerar que, durante a dosimetria, o juiz poderá, embora não arguida ou debatida, proceder o aumento de pena decorrente da reincidência do réu, bem como outras consequências legais, com base na folha de antecedentes acostada aos autos.

Situação bem diferente é a que o juiz agrava a pena por motivo fútil ou torpe, prevista no art. 61, inciso II, alínea ‘a’, do CPB, sem permitir que as partes discutam a ocorrência de tal circunstância na estrutura dialética processual.

³⁰ Também nesse sentido: “ressaltando-se que, tratando-se de agravante de natureza objetiva, isto é, relativa aos fatos, torna-se imprescindível esteja descrita, ainda que implicitamente, na denúncia ou queixa subsidiária, sob pena de quebra do princípio da correlação” (CAPEZ, 2020, p. 2.581 do *e-book*).

Por isso, no caso das circunstâncias agravantes de base fática, é nítida a necessidade de sua consignação na peça acusatória, ainda que implicitamente, permitindo, ao menos, sua discussão em sede de alegações finais orais ou em forma de memoriais, passando, portanto, pelo crivo do contraditório e ampla defesa. Se a circunstância agravante sequer foi discutida ao longo do processo, para que conste na sentença, faz-se necessário observar o procedimento do art. 384 do CPP,³¹ respeitando o já aludido princípio da congruência.

É válido assinalar ainda que, quanto às circunstâncias atenuantes, não se exige que todas sejam alegadas pela defesa. Pode o juiz aplicá-las normalmente diante do claro comando legal do art. 65, *caput*, do CPB, o qual assevera que se tratam de circunstâncias que sempre atenuam a pena. Logo: “Nenhuma circunstância atenuante pode deixar de ser valorada, ainda que não seja invocada expressamente pela defesa, bastando que se encontre provada nos autos” (BITENCOURT, 2012, p. 1.706 do *e-book*).

De qualquer forma, aduz-se que o recomendável é que o órgão acusador insira todas as circunstâncias na peça acusatória, por uma questão de isonomia, bem como em observância ao art. 41 do CPP,³² que prevê a necessidade de inclusão de todas as circunstâncias do crime na denúncia ou queixa (BADARÓ, 2019). Desse modo, o processo estará, desde o início, adequado à sistemática penal, permitindo o funcionamento eficiente da marcha processual, sem maiores transtornos de qualquer ordem.

³¹ Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. § 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. § 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo. § 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. § 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

³² Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num sistema acusatório, as funções de cada parte são hialinas, devendo estar rigorosamente separadas: o órgão acusador (Ministério Público) ou titular da acusação acusa, o réu (defesa) se defende, o órgão julgador (juiz) julga. Se o magistrado exerce qualquer ato próprio das partes, há um desvirtuamento do modelo, retirando a confiança de um julgamento justo e alinhado aos valores caros ao Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, o presente trabalho teve por premissa teórica, a busca do equilíbrio entre o modelo garantista, também chamado por Ferrajoli (2002, p. 75) de modelo de responsabilidade penal, e a eficiência sistêmica do modelo acusatório.

Neste sentido, quem quiser construir um modelo processual deve responder ao duplo problema da eficiência e da garantia. Portanto, na construção desse modelo aparecerá um ponto de equilíbrio ou perfeição que se converte no ideal de sua construção e que consiste (em termos puramente formais) em uma máxima eficiência na aplicação da coerção penal, embora com respeito absoluto pela dignidade humana. Este é o ideal de que nos falava Mittermayer e para onde devem pender todos os sistemas processuais, independentemente de, historicamente, a humanidade não ter conseguido ainda construir um sistema com estas características (BINDER, 2003, p. 32).

Se de um lado o garantismo ao extremo pode acarretar na isenção de responsabilidade penal e conseqüente impunidade do infrator, um eficientismo cego não cumprirá com os direitos básicos assegurados na Constituição. O equilíbrio entre garantia e eficiência, apesar da dificuldade, não é impossível e exige do jurista uma complexa compreensão do fenômeno jurídico para promover a resolução dos conflitos e aplicação da justiça, pois não há antítese entre ambos, a qual apenas é aparente, devendo a meta ser atingir o máximo de eficácia com o máximo de garantias (DEZEM, 2016).

O Ministério Público é responsável por promover privativamente a ação penal pública, mas, enquanto *custos legis*, pode pugnar pela absolvição do acusado, diante de um acervo probatório insuficiente ou quando devidamente comprovada a não culpabilidade. Enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, é evidente que não interessa ao *Parquet* (e a ninguém) a condenação de um inocente, não restando a tese de acusação provada além de qualquer dúvida razoável (LIMA, 2020, p. 1.323).

Esse foi o modelo processual penal acusatório adotado pelo ordenamento pátrio, conforme se depreende dos arts. 129 inciso I, e 127, ambos da CRFB c/c art. 3º-A do CPP. Como bem aponta Rangel (2019, p. 128 do *e-book*):

Os sistemas processuais vistos acima são frutos do período político de cada época, pois, à medida que o estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado. Porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são-lhe entregues.

Sustenta-se que a condenação e aplicação de agravantes de ofício por parte do julgador, trata-se de previsão ineficiente, por implicar na usurpação das funções do titular da acusação, além de causar as eventuais dificuldades práticas já abordadas. Ademais, há evidente incompatibilidade com o sistema constitucional acusatório, restando este corrompido em razão da violação à garantia fundamental da imparcialidade do juiz, além da possibilidade de transgressão aos princípios do contraditório, ampla defesa e correlação entre acusação e sentença.

Com o poder de condenar de ofício, o magistrado está

retirando a sua toga de terceiro e vestindo a da acusação, sepultando o *in dubio pro reo* e a prestação da tutela jurisdicional criminal efetiva, com a observância do devido processo penal, pela contaminação da parcialidade (GIACOMOLLI, 2016, p. 285).

Outrossim, exercer o poder punitivo sem a necessária invocação do órgão acusador, configura evidente retrocesso ao sistema inquisitório (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1.436 do *e-book*). Não se trata de transformar o julgador em alguém que apenas chancela o pedido das partes, mas sim, de garantir que cada sujeito processual cumpra sua função prevista no sistema, a fim de viabilizar o eficiente funcionamento do processo acusatório brasileiro, assegurando-se as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito.

O fenômeno da recepção constitucional consiste na revalidação de normas que não violam, materialmente, a nova ordem constitucional, o que se dá quando a lei antiga não destoia da nova Constituição (MENDES; BRANCO, 2019, p. 162 do *e-book*). Por todo o exposto, advoga-se a conclusão de que o art. 385 do CPP, não foi recepcionado com o advento da Constituição de 1988, a qual estabeleceu o sistema processual penal brasileiro como acusatório.

Ainda que se considere que houve recepção constitucional do referido dispositivo, com base nos argumentos que ainda predominam na jurisprudência e parte da doutrina, é possível apontar que o art. 3º-A do CPP revogou tacitamente o art. 385 do CPP. A

revogação tácita consiste em retirar a validade de uma norma por meio de outra, em razão da incompatibilidade das disposições antes vigentes e a nova regulação (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 198 do *e-book*). Aduz-se que, ao condenar ou aplicar agravantes de ofício, o magistrado estaria atuando como órgão acusador, transgredindo as previsões do Pacote Anticrime, enquanto *lex posterior*.³³

A Lei nº 13.964/19, bem como os recentes julgados dos tribunais superiores encampando os entendimentos de muitos juristas sobre o tema, deixou ainda mais evidente a incompatibilidade do art. 385 do CPP com o sistema acusatório brasileiro. A retirada dessa norma do ordenamento pátrio implica em extirpar a possibilidade de atuação acusatória do juiz, evitando a usurpação das funções do órgão acusatório, que acabaria por fulminar a imparcialidade do órgão julgador.

³³ A *lex posterior* trata-se de regra, segundo a qual, a lei que vem por último, no tempo, revoga a anterior (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 198 do *e-book*).

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12 ed. [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4 ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer. **Sistema acusatório: limites aos poderes instrutórios do juiz e a impossibilidade de condenação, ante pedido de absolvição do Ministério Público**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-badaro.pdf>. Acesso em: 03 set. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. [livro eletrônico]. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27 ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set., 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/183/ril_v46_n183_p103.pdf. Acesso em: 19 jul. 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2 ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodvim, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica,**

decisão, dominação. 4 ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. 1 ed. Coimbra: Imprensa, 2004.

FRAZÃO, Dilva. **Platão**: Filósofo grego da antiguidade. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/platao/>. Acesso em: 21 jan. 2023.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de processo penal comentado**. 4. ed. [livro eletrônico] São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Limite Penal. Ministro Noronha falou: é vedado condenar sem pedido exposto do acusador. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-07/limite-penal-ministro-noronha-falou-vedado-condenar-pedido-exposto-acusador>. Acesso em: 08 out. 2022.

MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. 1. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Bookseller, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. Sistema acusatório: tem no ordenamento jurídico, mas falta na jurisprudência. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2021-out-22/muniz-sistema-acusatorio-ordenamento-juridico-jurisprudencia#_edn6. Acesso em: 07 set. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17 ed. [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24 ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25 ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 13 ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27 ed. [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2019.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Drama: o que fazer quando se sabe que se sabe tudo sobre a “lava jato”? **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/senso-incomum-drama-quando-sabe-sabe-tudo-lava-jato>. Acesso em: 03 set. 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2017.