



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS - CCSAH
CURSO DE DIREITO

CÍNTIA CHAVES LOBO

**A VINCULAÇÃO DO JUIZ AO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO**

MOSSORÓ/RN
2020

CÍNTIA CHAVES LOBO

**A VINCULAÇÃO DO JUIZ AO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido.

Orientador: Prof. Ms. Wallton Pereira de Souza Paiva

**MOSSORÓ/RN
2020**

CÍNTIA CHAVES LOBO

**A VINCULAÇÃO DO JUIZ AO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO**

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido.

APROVADO EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Walton Pereira Souza Paiva (UFERSA)
Presidente

Prof. Dr. José Albenes Bezerra Júnior (UFERSA)
Primeiro Membro

Prof. Dr. Rodrigo de Almeida Leite (UFERSA)
Segundo Membro

A VINCULAÇÃO DO JUIZ AO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Cíntia Chaves Lobo

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o art. 385 do Código de Processo Penal, verificar se este foi recepcionado pela CRFB/88, analisar se há limitação para o convencimento do magistrado e se é possível que este profira sentença condenatória ante o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. O trabalho foi dividido em quatro tópicos, sendo utilizado a pesquisa teórica, com análise bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. O primeiro tópico, com caráter expositivo, trata de definir o Brasil como um Estado Democrático de Direito, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 com direitos e garantias, bem como definir a função do Ministério Público - sendo este órgão essencial da justiça e titular da ação penal pública - trazendo conceitos e características do Ministério Público. Em seguida, analisa-se quais são os sistemas processuais penais existentes, bem como suas características e qual o sistema aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. No terceiro tópico, foram demonstradas as espécies de ação penal, detendo-se a explicar as ações penais públicas e os princípios aplicáveis a elas. Por fim, examina-se o art. 385 do Código de Processo Penal, analisando correntes doutrinárias antagônicas e concluindo se existe ou não limite para o convencimento do juiz e se este ao não se vincular a manifestação do Ministério Público estaria violando limites ou princípios constitucionais.

Palavras-chave: Ministério Público. Absolvição. Sistema acusatório.

THE JUDGE'S LINK TO THE MINISTRY'S REQUEST FOR ABSOLVATION

ABSTRACT: This article aims to analyze art. 385 of the Code of Criminal Procedure, check if it was received by the CRFB / 88, analyze if there is limitation to the conviction of the magistrate and if it is possible that this magistrate pronounces the request for acquittal made by the prosecutor. The work was divided into four topics, using theoretical research, with bibliographical, jurisprudential and legislative analysis. The first topic, with an expository character, deals with defining Brazil as a Democratic Rule of Law, after the promulgation of the Federal Constitution of 1988 with rights and guarantees, as well as defining the role of the Public Prosecution Service - which is an essential body of justice and holder. public prosecution - bringing concepts and characteristics of the Public Prosecution Service. Then, we analyze what are the existing criminal procedural systems, as well as their characteristics and which system is applicable to the Brazilian legal system. In the third topic, the types of criminal action were demonstrated, stopping to explain the public criminal actions and the principles applicable to them. Finally, we examine art. 385 of the Code of Criminal Procedure, analyzing opposing doctrinal currents and concluding whether or not there is a limit to the conviction of the judge and whether by not binding the prosecution's manifestation would be violating limits or constitutional principles.

Keywords: Public ministry. Absolution. Accusatory system.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo concluir se o magistrado tem que se vincular ao pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público em ações penais públicas, tendo como problema de pesquisa a seguinte questão: se o Ministério Público pede a absolvição, o Juiz pode proferir sentença condenatória?

O estudo justifica-se tendo em vista existir divergência doutrinária quanto à constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal, bem como pelo fato do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao fundamentar suas decisões, utilizar os mesmos argumentos que os doutrinadores que entendem ser esse dispositivo constitucional, aduzem que o magistrado tem independência funcional e que o *Parquet* não pode dispor da ação penal.

O artigo tem como objetivo geral analisar o art. 385 do Código de Processo Penal e saber se o magistrado se vincula ou não ao pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Para isso tem como objetivos específicos: analisar as espécies de ações penais e sua legitimidade ativa; analisar os sistemas penais, compreender qual sistema é aplicado no sistema penal pátrio e quais princípios são aplicáveis a ele; compreender a função do Ministério Público e a função do Magistrado.

A metodologia utilizada na pesquisa é a teórica, analisando a posição de diferentes doutrinadores com entendimentos contrários, bem como análise de julgados do STJ e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O método utilizado no estudo é o dedutivo, pois parte-se de características gerais do processo penal para então analisar a aplicabilidade do 385 do Código de Processo Penal.

Desta forma, será feito um estudo sobre a aplicabilidade do art. 385 do Código de Processo Penal. Para isso, perpassaremos por uma análise com base na Constituição de 1988, a qual consagrou o Brasil como um Estado Democrático de Direito, e por ser uma Constituição democrática trouxe diversos direitos e garantias. Pretende-se discutir também a relação entre o sistema processual penal aplicável ao ordenamento e os limites que ele traz à função judicante.

2. MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO ESSENCIAL DA JUSTIÇA E TITULAR DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 05 de outubro de 1988, consagrou o Brasil como um Estado Democrático de Direito, positivando diversos direitos e garantias fundamentais, limitando os poderes do Estado e definindo as

atribuições do Ministério Público. A Constituição prevê como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Direitos são normas que declaram a existência de interesse, de um direito, portanto, são normas declaratórias, fazem parte da esfera jurídica de uma pessoa, são condições mínimas necessárias para a existência da vida humana (conforme preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana).

Garantias são normas que asseguram o exercício do interesse, portanto, são normas assecuratórias, tem caráter instrumental, são direitos que asseguram outros direitos, devem ser necessariamente entendidas como meios de defesa, que se posiciona como uma arma para assegurar um direito, mas que com ele não se deve confundir. Os direitos representam por si, certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens.

O legislador constituinte dedicou um capítulo específico dentro do Título IV da CRFB/88, que versa sobre a organização dos Poderes, as funções que considera essenciais à Justiça Pública, sendo essas funções todas as atividades (públicas e privadas) sem as quais o Poder Judiciário não funcionaria, ou funcionaria mal, são “molas propulsoras” para o exercício da jurisdição, que tem como objetivo dinamizar a atividade jurisdicional, possuem um trato de efetividade da tutela jurisdicional, na qual cidadãos e Estado possuem o acesso à justiça, podendo provocar o judiciário, mediante a representação dos profissionais habilitados na área judicial.

As funções essenciais à justiça (Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Advocacia Privada) estão disciplinadas nos artigos 127 a 135 da CRFB/88, estas devem garantir acesso à justiça. Os arts. 127 a 130-A tratam especificamente sobre o papel do Ministério Público, o art. 127, *caput*, define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis.

O Ministério Público tem como princípios: a unidade, na qual os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; a indivisibilidade, em que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros; e a independência funcional, que não chega a ser considerada um quarto poder Estatal, mas a Constituição o coloca a salvo da intervenção de outros Poderes, assegurando aos seus membros independência no exercício de suas funções.

Ao Ministério Público, dentre outras funções, de acordo com o art. 129, I, cabe a titularidade privativa da ação penal pública, sendo-lhe, assim, conferida a função acusatória. De acordo com LIMA (2017, p. 1222):

Além de promover, privativamente, a ação penal pública, também incumbe ao MP fiscalizar a execução da lei (CPP, art. 257, II), o que o faz tanto nos crimes de ação penal pública, quando ocupa o polo ativo, quanto nas infrações penais de ação penal privada, em que sua intervenção também é obrigatória, fiscalizando a instauração e o desenvolvimento do processo, assim como o cumprimento da lei e da Constituição Federal. **Por isso, se presente uma das hipóteses do art. 386 do CPP, é plenamente possível que o próprio Ministério Público pleiteie a absolvição do acusado.** (negrito inovado)

Nas ações penais de natureza pública o Estado figurará como Estado-acusador e será apresentado pelo Ministério Público, neste será um sujeito processual e parte no mesmo, por sustentar uma posição oposta ao imputado e provocar o Judiciário por meio da propositura da ação penal. Após o Ministério Público propor a Ação Penal, o Estado atuará como Estado-Juiz, onde irá exercer a função jurisdicional, irá aplicar os princípios processuais e julgar o fato de maneira imparcial. Quando o Juiz profere a sentença penal nasce para o Estado o dever/direito de exercer o seu papel de agente executor de pena.

O Código de Processo Penal disciplina, em seu art. 385, que o magistrado poderá proferir sentença condenatória mesmo que o Ministério Público tenha-se manifestado pela absolvição. Porém, tal situação se contrapõe ao sistema acusatório, adotado, segundo doutrina majoritária, no ordenamento brasileiro. Nesse sistema há a divisão das funções entre os órgãos jurisdicionais.

Ao magistrado cabe a função judicante, o poder-dever de dizer o direito visando à justiça, porém, deve haver limitações ao seu poder, visando evitar o abuso do mesmo. Sendo assim, nas ações penais de natureza pública, o Estado exerce as funções: acusatória, julgadora e executória, embora sejam desempenhadas por entes diferentes. O Estado detém o *jus puniendi*, tem a capacidade de produzir e fazer cumprir sua norma.

3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

O estudo dos sistemas processuais é essencial para o efetivo entendimento do Direito Processual Penal. Este tópico analisa os sistemas apontados pela doutrina: acusatório, inquisitório (ou inquisitivo) e misto; destina-se também a identificar qual o sistema processual penal é adotado pelo ordenamento pátrio e quais são os princípios aplicáveis ao sistema brasileiro.

Os sistemas processuais refletem a resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época, variando de acordo com a ideologia do período, determinando-se de acordo com a característica da Constituição. De acordo com Arruda (2014) “As regras e garantias processuais penais alteram de acordo com o tipo de processo penal

adotado. Como o Direito é dinâmico, tem-se que cada Estado opta por um sistema processual penal influenciado pela época, transformações sociais e principalmente políticas que ali se passaram”.

Corroborando esse entendimento, Rangel (2015, p.49) aduz que o sistema processual penal é um “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Ainda sobre o tema Houdali (2018) assevera que:

Em linhas gerais, o Sistema Acusatório caracteriza-se por destinar os poderes de acusar, defender e julgar a três órgãos distintos. Já o Sistema Inquisitório reúne na mesma pessoa as funções supracitadas, tornando o réu mero objeto da persecução penal. Por derradeiro, o Sistema Misto detém características de ambos os sistemas citados acima, configurando um novo sistema.

Sobre o assunto, Lopes Júnior (2012) leciona que o sistema acusatório predomina nos países que respeitam a liberdade individual e que se pautam na democracia. Já o sistema inquisitório aparece em países em que essa liberdade não é respeitada, países caracterizados pelo autoritarismo, onde as garantias individuais são reduzidas em face da hegemonia estatal.

Os sistemas penais aplicáveis ao Direito Processual Penal variam de acordo com a realidade fática do momento, identificar qual é o sistema penal aplicável ao ordenamento pátrio é de suma importância para entender a aplicabilidade das regras processuais, bem como para compreender quais são os princípios aplicáveis ao sistema. A doutrina reconhece como sistemas processuais penais o acusatório, o inquisitório e o misto, cada um com suas particularidades a seguir expostas, e aplicáveis de acordo com o seu maior ou menor grau de liberdade individual.

3.1 – Sistema acusatório

A origem do sistema acusatório remonta ao Direito grego, como expressão da democracia direta, esse sistema se desenvolve pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil. (LOPES JÚNIOR, 2012).

Atualmente, por meio do Ministério Público, o Estado assumiu a função de acusador, função essa que antes era exercida pelos particulares. A titularidade do Estado na propositura das ações penais busca evitar acusações injustas.

O sistema acusatório tem como marca característica a clara distinção entre as funções dentro do processo, atividade de acusar, julgar e defender, caracterizando uma função dialética do processo, o que embora limite a competência do julgador garante a sua imparcialidade. Nesse sistema, a produção de provas é poder-dever das partes, configurando assim, um tratamento igualitário entre elas. É um sistema onde há o contraditório, ausência de provas tarifadas e é pautado pela publicidade.

Lopes Júnior (2012, p. 133) explica que “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes”.

José Frederico Marques (2011 apud GUEDES, 2014) afirma que o sistema acusatório é o ideal:

Os atos de colaboração entre os interessados no litígio penal e o juiz, estão subordinados a uma forma procedimental em que não se ponha em risco a imparcialidade do órgão jurisdicional e na qual o jus puniendi do Estado e o direito de liberdade do réu sejam amplamente focalizados e debatidos. Nisto consiste o procedimento acusatório, único *modus procedendi* compatível com o verdadeiro processo penal.

O Sistema Acusatório prevê nulidade dos atos comprovadamente realizados em infringência aos princípios basilares, consagra meios para que a defesa possa realmente se defender, exercendo seus direitos e garantias, e tem o Juiz como um agente imparcial do Estado para julgar os fatos após ser provocado. Quando a Constituição conferiu a órgão distinto do Poder Judiciário a função de promover a persecução penal buscava-se assegurar a integridade do modelo acusatório.

3.2 – Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo predominou entre o século XIV e século XVIII, as principais características do sistema eram: a valorização exacerbada da confissão, existência de provas tarifadas, o procedimento ser escrito e secreto, podia ser iniciado por impulso oficial, e com a colocação do interesse público acima de qualquer direito individual era permitido o uso da tortura em busca da verdade real.

No sistema inquisitivo/inquisitório o juiz que inicia a ação é o mesmo que defende o réu e o mesmo que o julga, não havendo separação de funções, estando todas as funções jurisdicionais concentradas nas mãos de uma só pessoa. Nesse modelo o juiz passa a ser um inquisidor, juiz-ator, é um sistema marcado pelo autoritarismo do Estado.

O sistema inquisitório tem como principal característica a acumulação das funções de acusar, defender e julgar nas mãos do juiz. Essa característica se dá pelo fato de o juiz

poder iniciar a persecução penal, investigando o caso, valorando as provas e posteriormente chegando a um entendimento sobre o fato ocorrido, inexistindo a ampla defesa, nem o contraditório, predominando o segredo e o procedimento escrito, sendo possíveis amplos e irrestritos poderes de investigação aos órgãos judicantes. Assim, restando claro a falta de imparcialidade do juiz diante do caso, conforme preceitua Aury Lopes Júnior (2011, p. 57): O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre o acusador e o acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. (JONHSON, 2019)

Quando a gestão das provas fica nas mãos do juiz há violação ao princípio da inércia, marcado pelo *ne procedat judex ex officio*, nesse sistema o juiz atua independente de qualquer provocação, havendo quebra da sua imparcialidade. Em processos cujo sistema processual é o inquisitivo não há contraditório, pois não é possível o acusado contradizer a acusação, não havendo relação triangular dialética nesse modelo (acusação, defesa e julgador), inexistindo paridade de tratamento entre as partes.

Considerando a temática, Paulo Rangel (2015) aduz que o sistema inquisitivo não é compatível com os direitos constitucionais que devem prevalecer em um Estado Democrático de Direito e, sendo assim, deve ser afastado das legislações contemporâneas que tem o propósito de assegurar ao cidadão as mínimas garantias em apreço à honra da pessoa humana.

Quando o juiz detém as funções de investigar, acusar e julgar, o Sistema Penal aplicável é o Inquisitivo, nesse sistema não há separação de funções, inexistindo assim contraditório e ampla defesa; tal sistema se contrapõe ao Estado Democrático de Direito, tendo como principal característica a concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova.

3.3 – Sistema misto

O sistema misto possui características de sistema acusatório e características de sistema inquisitivo, essas características aparecem em maior ou menor grau de acordo com o país que o adota. A gestão da prova será o ponto determinante para definir se o sistema tende mais para o inquisitivo ou acusatório.

Como assevera Moreira e Camargo (2016):

O Sistema Misto não é sistema processual penal originário, mas, sim, a combinação entre os dois sistemas puros: o Acusatório e o Inquisitivo. É, hoje, na maior parte do mundo o sistema adotado, visto que poucos países conseguem manter uma estrutura processual acusatória pura ou inquisitiva pura. Com todo respeito aos doutrinadores divergentes, se o Sistema Misto é utilizado em quase todo o mundo, deve ser estudado como categoria autônoma, pois negá-lo seria o mesmo que rejeitar a prática forense. E isso em nada contribuiria para o aperfeiçoamento do processo penal. Vale afirmar sua existência, até para criticá-lo.

Classifica-se como misto o sistema que apresente características tanto de um regime democrático, quanto de um regime autoritário.

3.4 – Sistema adotado no ordenamento brasileiro

Esse ainda não é um tema pacífico entre a doutrina, o Código Processual Penal foi decretado em 03 de outubro de 1941, nessa época o sistema adotado era o sistema inquisitório, com foco na busca da verdade absoluta. Porém, a promulgação da CRFB/88 consagrou o Brasil como um Estado Democrático de Direito, tendo positivado garantias individuais, definido as atribuições do Ministério Público e limitado os poderes do Estado, sendo assim, o sistema inquisitorial não se coaduna com a política atual do país.

Sendo assim, no Brasil as atribuições jurisdicionais são divididas, cabendo ao *Parquet* a função acusatória e ao juiz a função de julgar e ante a existência de princípios constitucionais vigentes, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do juiz. Pode-se inferir que o sistema processual penal adotado pelo ordenamento pátrio é o sistema acusatório, apesar de não haver menção expressa a esse sistema processual as regras e princípios trazidos pela Constituição levam a conclusão de ser este o sistema adotado pelo ordenamento pátrio.

De acordo com Paulo Rangel (2015, p.56):

Hodiernamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório (cf art. 129, I, da CRFB/88), pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular. Não temos a figura do juiz instrutor, pois a fase preliminar é informativa que temos antes da propositura da ação penal é a do inquérito policial e este é presidido pela autoridade policial. Durante o inquérito policial, [...] o sigilo e a inquisitividade imperam, porém, uma vez instaurada a ação penal, o processo torna-se público, contraditório, e são assegurados aos acusados todas garantias constitucionais.

Para Távora e Alencar (2016, p.26-27) o fato de no Inquérito Policial não haver contraditório e ampla defesa não descaracteriza o sistema adotado pelo Brasil ser o acusatório.

De outro lado, a existência do inquérito policial não descaracteriza o sistema acusatório, pois se trata de uma fase pré-processual, que visa dar embasamento à formação da *opinio delicti* pelo titular da ação penal, onde não há partes, contraditório ou ampla defesa. Contudo, essa regra de ser o inquérito puramente inquisitivo deve ser aplicada com cautela, máxime quando se está diante de produção de prova que não seja passível de repetição em juízo.

Validando esse entendimento Polastri (2012) assevera que após a CRFB/88 o Brasil adotou o sistema processual acusatório, mesmo que ainda estejam presentes resquícios do sistema inquisitório, pois o poder estatal foi limitado pelas garantias trazidas pela Constituição.

Prado (2006, p.195) afirma que:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou.

Ao analisar o Código de Processo Penal em uma interpretação constitucional conclui-se que a Constituição vigente trouxe direitos e garantias que se fazem aplicáveis a um sistema penal acusatório.

3.4.1 – Princípios aplicáveis ao sistema acusatório

No Brasil, após a promulgação da CRFB/88 foi adotado o sistema acusatório, sendo assim as funções de acusar e julgar ficaram a cargo de órgãos distintos. São inúmeros os princípios e garantias previstos na Constituição, entre eles o juiz natural (art. 5º, LIII); o devido processo legal (art. 5º, LIV); a presunção de inocência (art. 5º, LVII); o contraditório (art. 5º, LV).

Sobre esse tema, Afrânio Silva Jardim (apud ARRUDA, 2014) aduz:

A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada. Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes.

Corroborando esse entendimento Capez (2011, p. 82) leciona que:

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII).

Os princípios são instrumentos para concretizar um Estado Democrático de Direito, são limites para a atuação das pessoas que atuam nos Poderes do Estado. Os princípios expressos na CRFB/88 servem para interpretar os artigos do Código de Processo Penal, por meio da análise com base nos princípios constitucionais alguns artigos podem não ser aplicados, pois não são compatíveis com a CRFB/88.

3.4.1.1 O juiz natural (art. 5º, LIII) ¹;

O Princípio do juiz natural, previsto no art. 5º, LIII da Constituição Federal/88, o juiz natural é aquele com competência fixada em lei para processar e julgar a controvérsia levada ao Poder Judiciário. O juiz deve ser previamente designado por lei para atuar em determinadas situações.

Busca-se com esse princípio que o Juiz seja imparcial e evitar que possa haver manipulação para escolher determinado juiz para julgar determinadas causas ou réus, a imparcialidade do juiz é elemento integrante do devido processo legal. O art. 5º, XXXVII proíbe a existência de tribunal de exceção, sendo assim previamente sabido quem tem competência para o julgamento do fato. De acordo com Távora e Alencar (2016, p. 62): “tal princípio impede a criação casuística de tribunais pós-fato, para apreciar um determinado caso”.

O juiz natural também é previsto em âmbito internacional, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10) ² e do Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, n. 1) ³.

3.4.1.2 O devido processo legal (art. 5º, LIV) ⁴

O devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/88, é o princípio que garante a todos o direito a ter um processo que siga todas as etapas previstas em lei, com todas as garantias constitucionais. Esse princípio coloca a formalidade prevista na lei como um limite para a atuação estatal frente ao cidadão.

De acordo Guedes (2014, p. 14):

(...) para entender o Devido Processo Legal basta imaginar como se todos nós estivéssemos sujeitos a participar de um jogo (o processo) no qual todas as regras já viessem pré-estabelecidas no manual de instruções/regras (as normas), sendo a invalidação do jogo (processo), a sanção decorrente da não aplicação, ou ainda aplicação incorreta das regras (normas)

O princípio do devido processo legal é de suma importância estando presente em grande parte das constituições dos países soberanos, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos.

¹ Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

² Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

³ 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.

⁴ art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

3.4.1.3 Presunção de inocência (art. 5º, LVII)⁵

O princípio da presunção de inocência (expressão advinda do Pacto de São José da Costa Rica⁶) ou da não culpabilidade (expressão prevista na Constituição) garante que o acusado de ter praticado algum crime seja considerado inocente até que seja proferida uma sentença judicial transitada em julgado. Esse princípio foi positivado no ordenamento pátrio com a promulgação da CRFB/88.

De acordo com Tolentino (2019, p. 55) existem quatro aplicações da presunção de inocência apontadas pela doutrina:

Na primeira delas, ele é entendido como o princípio informador geral do processo penal; na segunda acepção, a presunção de inocência determina o tratamento que o imputado deve receber durante o procedimento persecutório; em terceiro, ela exige requisitos da atividade probatória para que ela seja válida a embasar uma sentença condenatória (regra probatória); e, por último, ela atua como critério decisório em casos de dúvida sobre os fatos sub judice (regra de juízo).

Desse princípio extrai-se que o ônus probatório é inteiramente de quem acusa, no caso da ação penal pública esse ônus é do Ministério Público, este deve demonstrar que o réu é culpado; caso não consiga ser demonstrada a culpabilidade do réu o juiz deve absolvê-lo pois o réu é presumidamente inocente.

3.4.1.4 Contraditório (art. 5º, LV)⁷

O princípio do contraditório garante que as partes tenham direito a se pronunciarem e serem ouvidas sempre que uma delas se manifestar. A aplicação desse princípio é essencial para o sistema acusatório, pois oportuniza que todas as partes do processo se manifestem.

De acordo com Pacelli (2012):

Aquele em face de quem se pede deverá, então, ser ouvido, em contraditório. E por uma série de motivos, que vão desde a incerteza quanto a pertinência, veracidade e existência concreta do conjunto de elementos fáticos e jurídicos que sustentariam a pretensão levada pelo autor ao Judiciário, até a definição e delimitação dos direitos subjetivos que eventualmente estejam em oposição – contradição de pretensões –, passando pela necessidade de observância do princípio da igualdade, pressuposto de legitimidade da arbitragem do conflito, na medida em que a imparcialidade (do árbitro ou daquele que decide) dependerá, objetivamente, da paridade simétrica da posição processual dos envolvidos.

Machado (2016, p. 28) aduz que:

⁵ Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁶ Art. 8º n.2 - Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

⁷ Art. 5º, 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;

O contraditório como via de se democratizar o processo penal é destacado por Felipe Martins Pinto quando assevera que “a decisão jurisdicional deixa de ser um ato isolado do juiz e passa a ser construída coletivamente, pois o conjunto instrutório a partir do qual será prolatada a decisão será exclusivamente construído pelas partes”. A sentença não mais deriva do saber solitário do magistrado. Ela é produto ou resultado de diversas abordagens e dos plurais argumentos desenvolvidos pelo Ministério Público/querelante e pelo réu em sua autodefesa e através de sua defesa técnica.

De acordo com esse princípio o acusado terá a oportunidade de se defender do fato que lhe é imputado, ele irá contradizer a acusação que lhe foi feita, o que se perfaz característica de um sistema processual penal acusatório.

4. ESPÉCIES DE AÇÃO PENAL

A inafastabilidade do Judiciário encontra-se expressamente prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse dispositivo transforma o direito de ação penal em um direito público subjetivo que a parte acusadora dispõe para exigir do Estado o exercício da jurisdição mediante o devido processo legal.

O devido processo legal garante a todos os indivíduos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei, dotado de todas as garantias constitucionais; coloca a formalidade descrita na lei como um limite para a atuação estatal, confere a todo indivíduo, o direito fundamental a um processo justo, devido.

Já a ação é um ato jurídico, é a efetiva provocação do Estado, para que este preste a tutela jurisdicional. (LIMA, 2017) Para o regular exercício do direito de ação, segundo a teoria eclética de Liebman, é necessário o preenchimento de alguns requisitos (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido).

A legitimidade das partes (legitimidade *ad causam*) pode ser compreendida como sendo a pertinência subjetiva da ação, devendo haver a identidade entre os titulares da relação jurídica material levada à análise do Judiciário e os sujeitos integrantes da relação jurídica processual, a parte autora da ação deve ser a titular do direito que está a exigir. O interesse de agir baseia-se na necessidade da tutela jurisdicional solicitada ao Estado-juiz para trazer alguma vantagem à situação jurídica do autor, é a utilidade da atuação do Judiciário no caso concreto. A possibilidade jurídica do pedido, que é a não vedação do Direito ao pleito deduzido em juízo,

tornou-se matéria na análise de mérito, de acordo com o CPC/2015⁸, não mais sendo elemento das condições da ação, pois quando há impossibilidade jurídica, há uma verdadeira improcedência do pedido, resolvendo-se, assim, o mérito.

É necessário haver também justa causa para o oferecimento de uma denúncia (ação penal pública) ou queixa-crime (ação penal de iniciativa privada), justa causa pode ser entendida como lastro probatório mínimo o que se configura com a prova de existência da infração penal e com indícios suficientes de autoria. Sobre a matéria, discorre Mirabete (2005, p. 108):

A ação é um direito subjetivo processual que surge em razão da existência de um litígio, seja ele civil ou penal. Ante a pretensão satisfeita de que o litígio provém, aquele cuja exigência ficou desatendida propõe a ação, a fim de que o Estado, no exercício da jurisdição, faça justiça, compondo, segundo o direito objetivo, o conflito intersubjetivo de interesses em que a lide se consubstancia. O *jus puniendi*, ou poder de punir, que é de natureza administrativa, mas de coação indireta diante da limitação da autodefesa estatal, obriga o Estado-Administração, a comparecer perante o Estado-Juiz propondo a ação penal para que seja ele realizado. A ação é, pois, um direito de natureza pública, que pertence ao indivíduo, como pessoa, e ao próprio Estado, enquanto administração, perante os órgãos destinados a tal fim.

Corroborando esse entendimento, Rogério Sanches (2018, p. 597) leciona: “A ação penal pode ser conceituada como o direito de pedir (ou exigir) a tutela jurisdicional do Estado, visando a resolução de um conflito advindo de um fato concreto”.

No processo penal a classificação da ação penal de natureza condenatória é feita a partir de quem detém a legitimidade ativa para sua propositura. A princípio, as ações penais são divididas em pública e de iniciativa privada, porém essas ainda se subdividem em: ação penal pública incondicionada, ação penal pública condicionada a representação ou a requerimento do Ministro da Justiça, ação penal privada, este se subdivide em ação penal exclusivamente privada, ação penal privada personalíssima e ação penal privada subsidiária da pública.

O art. 100 do Código Penal⁹ colocou o Ministério Público como parte legítima para conduzir a ação penal e apenas em casos especiais, definidos em lei, a iniciativa é privada, em alguns casos é necessária a representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça para que o *Parquet* promova a ação penal e ocorre também a possibilidade de ação penal subsidiária

⁸ A possibilidade jurídica com o advento do CPC/2015 passou a integrar a questão de mérito, o interesse de agir e a legitimidade são tratados como pressupostos processuais.

⁹ Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

da pública. Como este artigo visa analisar o art. 385 do Código de Processo Penal o foco será na ação penal de natureza pública.

Quanto aos princípios próprios que regem as ações penais, os princípios reitores da ação penal pública são obrigatoriedade/legalidade (havendo constatação de fato típico, ilícito e culpável realizado pelo agente, lastro probatório suficiente e condições legais deve-se ajuizar a ação) e indisponibilidade (no sentido de que, após propositura, não é mais possível dispor dessa ação). O princípio da indisponibilidade que rege as ações penais de iniciativa pública está expresso no art. 42 do Código de Processo Penal¹⁰.

4.1 – Ação penal pública incondicionada

A ação penal pública incondicionada é aquela que o Ministério Público é o legitimado ativo para sua propositura, não necessitando de nenhuma representação ou requisição para tanto, o fato atinge o interesse geral e, desse modo, o Estado, apresentado pelo Ministério Público, é obrigado a agir. Será a ação cabível sempre que houver silêncio da lei, a ação só será pública condicionada ou privada quando estiver expressamente previsto em lei.

Ante a ocorrência de infração penal, seja ela crime de ação penal pública incondicionada ou contravenção penal – todas as contravenções penais são de natureza pública incondicionada, o Ministério Público deve propor a ação penal em desfavor do acusado, sendo o *Parquet*, por apresentar o Estado, o legitimado ordinário para o exercício do direito da ação penal.

De acordo com Távora e Alencar (2016, p. 299) a ação penal pública incondicional é: “(...) aquela titularizada pelo Ministério Público e que prescinde de manifestação de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida. Ela constitui a regra em nosso ordenamento e será a ação cabível quando do silêncio da lei acerca da ação penal cabível”.

Existem alguns princípios aplicáveis às ações penais públicas incondicionadas: oficialidade (o Ministério Público é o órgão oficial para oferecer a denúncia), obrigatoriedade/legalidade processual (presente as condições da ação o *Parquet* é obrigado a ingressar com a ação penal, excetuando-se os casos expressamente previstos em lei, como é o caso da possibilidade de transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo), intranscendência (a ação só pode ser proposta contra o autor do fato, esse princípio decorre do princípio da personalidade da pena, a pena não pode passar da pessoa do condenado, o que se

¹⁰ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

extrai do inciso XLV do art. 5º da CRFB/88¹¹), indisponibilidade (o Ministério Público não pode desistir da ação penal proposta e nem do recurso interposto) e divisibilidade (a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros entende que a ação penal pública é divisível, por ser possível o seu aditamento para incluir novo réu pelo Ministério Público).

4.2 – Ação penal pública condicionada

De acordo com o § 1º do art. 100 do Código Penal e do art. 24 do Código de Processo Penal¹² algumas ações para serem promovidas pelo Ministério Público necessitam da representação do ofendido ou da requisição do Ministro da Justiça.

A representação é a manifestação de vontade da vítima ou do seu representante legal que autoriza o desencadeamento da persecução penal em juízo. Tanto a representação quanto a requisição são *conditio sine qua non* para a propositura da ação, possuem a natureza jurídica de condição de procedibilidade. Caso não haja representação ou requisição nos casos previsto em lei o *Parquet* não pode agir de ofício. Ante a ausência dessa condição exigida pela lei para o exercício da ação penal, não deve ser possível nem mesmo a instauração do Inquérito Policial.

Nessa espécie de ação há um misto do princípio da oportunidade e do princípio da obrigatoriedade, visto que é dada à vítima e ao Ministro da Justiça a possibilidade destes, levando em conta a conveniência, provocar o Ministério Público para propor a ação; porém, caso haja a representação/requisição o Ministério Público formará a *opinio delicti* em razão da presença ou da ausência das condições da ação.

4.2.1 – Da representação

Nesse caso, a titularidade da ação continua sendo do Ministério Público. Porém, este apenas irá atuar quando a vítima ou seu representante legal autorizarem, uma vez autorizado, o Ministério Público assume a ação incondicionalmente. A representação é a manifestação de consentimento do ofendido. A doutrina e jurisprudência são pacíficas quanto a falta de necessidade de se observar uma forma específica na representação, basta que exista por parte do ofendido ou de seu representante legal a manifestação de vontade de querer ver o autor do

¹¹ XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

¹² Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

fato ser processado pelo Estado. Nessa espécie de ação ausente a permissão da vítima, nem se quer poderá ser instaurado inquérito policial (CPP, art. 5º, § 4º)¹³.

O prazo para representação é de 06 (seis) meses e começa a ser contabilizado no dia em que o ofendido toma conhecimento de quem é o autor do fato; trata-se de prazo decadencial, sendo assim, não se prorroga, nem se interrompe e nem se suspende. O ofendido pode se retratar da representação até o oferecimento da denúncia, conforme art. 102, do Código Penal¹⁴ e art. 25, do Código de Processo Penal¹⁵. O ofendido pode ainda reconsiderar a retratação e manifestar novamente o desejo de ver o agente processado, porém deve fazer isso dentro do prazo decadencial.

4.2.2 – Da requisição do Ministro da Justiça

Em algumas hipóteses a lei exige, para a propositura da ação penal, manifestação formal do Ministro da Justiça, à requisição do Ministro da Justiça ocorre nas hipóteses de: crime cometido por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil (art. 7º, §3º, b, do CP) quando reunidas as condições previstas no parágrafo anterior; crimes contra a honra cometidos contra Chefe do governo estrangeiro (art. 141, I, c/c art. 145, do CP); crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República (art. 141, I, c/c art. 145, do CP).

Na hipótese de crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República, Rogério Sanches (2018, p.605) leciona que: “Neste caso, se presentes os elementos descritos nos artigos 1º e 2º da lei 7.170/83 (segurança nacional), a calúnia e a difamação independem de requisição, pois que tipificadas no art. 26 daquela Lei¹⁶, que não traz condição de procedibilidade”.

A requisição diferente da representação não se submete a prazo decadencial, por isso pode ser feita a qualquer momento, desde que seja respeitado o prazo prescricional.

5. ANÁLISE DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

¹³ § 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

¹⁴ Art. 102 - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.

¹⁵ Art. 25 - A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.

¹⁶ Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.

A primeira parte do art. 385 do Código de Processo Penal dispõem que nas ações penais públicas o juiz poderá proferir sentença condenatória mesmo quando o Ministério Público pugnar pela absolvição do réu. Porém, é sabido que todo ordenamento jurídico pátrio deve ser interpretado em consonância com a Lei Maior (CRFB/88 – a qual traz princípios democráticos, direitos e garantias fundamentais), em respeito à hierarquia das normas.

Visto que o Código de Processo Penal é do ano de 1941 e que a exposição de motivos do Código deixa claro que: “os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva”, alguns dispositivos encontrados nele merecem especial atenção na sua interpretação para não divergirem dos princípios previstos na Carta Política de 1988, princípios esses que consagraram o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

De acordo com o art. 5º da LINDB (Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro): Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Ulpiano, jurista romano (150/223 d.C) define que a função do juiz é “dar a cada um o que é seu”.

Como assevera CAPEZ (2018, p. 74):

A Constituição Federal de 1988 vedou ao juiz a prática de atos típicos de parte, procurando preservar a sua imparcialidade e necessária equidistância, prevendo distintamente as figuras do investigador, acusador e julgador (CF, arts. 129, caput, 144, §§ 1º, IV e § 4º). O princípio do *ne procedat iudex ex officio* preserva o juiz e, ao mesmo tempo, constitui garantia fundamental do acusado, em perfeita sintonia com o processo acusatório.

O art. 127, da CRFB/88 leciona que: “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”, diante dessa redação a instituição alcançou patamar inédito. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Mello em seu voto na Questão de Ordem na Petição 7.074 –DF, o Ministério Público: (...) representa o órgão especialmente incumbido, pela própria Constituição, de impedir que o abuso de poder, que a prepotência dos governantes, que o desrespeito às liberdades públicas, que a transgressão ao princípio da moralidade administrativa e que a ofensa aos postulados estruturadores do Estado Democrático de Direito culminem por gerar inadmissíveis retrocessos, incompatíveis com o espírito republicano e com a prática legítima do regime democrático. (MELLO, 2017, p.3)

Eugenio Pacelli (2012, p.452) entende que:

Ao contrário de certos posicionamentos que ainda se encontram na prática judiciária, o Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão legitimado para a acusação, nas ações penais públicas. A distinção é significativa: **não é por ser titular da ação penal pública, nem por estar a ela obrigado, que o parquet deve necessariamente oferecer a denúncia, nem, estando esta já oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias.** (negritos inovados)

Corroborando esse entendimento, Távora e Alencar (2016, p.1152) asseveram que o “Ministério Público, no âmbito da ação penal condenatória, não está obrigado a oferecer denúncia ou a pedir a condenação do acusado, quando não existam elementos legais para tanto”.

Ante o acima exposto resta analisar se o juiz fica vinculado a opinião do *Parquet* quando este pede pela absolvição do réu ou se pode proferir sentença condenatória como disciplina o art. 385 do Código de Processo Penal.

Entre os doutrinadores esse tema é controverso, parte da doutrina admite ser constitucional a regra prevista no art. 385, amparando seu posicionamento no princípio da indisponibilidade da ação penal (art. 42, do CPP). Nucci e Tourinho Filho dizem ser constitucional o magistrado poder condenar o réu mesmo com o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, eles aduzem que o juiz possui independência para julgar, sendo assim não há no entendimento deles qualquer restrição à condenação nessa hipótese.

No entendimento do STJ a regra do art. 385, do Código de Processo Penal, foi recepcionada pela Constituição da República de 1988.

PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. CONDENAÇÃO. INFRAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA. ART. 385 DO CPP . PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. "O sistema processual pátrio não adota o sistema acusatório puro. Daí, não há nulidade quando, diversamente do quanto requerido pelo Ministério Público, em alegações finais, o magistrado reconhece a responsabilidade do réu, ou o faz por infração penal mais grave do que aquela que, ao cabo da instrução, entendeu o Parquet por ser a adequada ao comportamento do acusado (HC n. 196.421/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/2/2014). Assim, no caso, não há falar-se em nulidade da condenação do paciente pelo simples fato de o Parquet ter requerido sua absolvição.(HC 407.021/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 25/09/2017)". 3. Habeas corpus não conhecido.

De acordo Guedes (2014, p. 19/20):

O Superior Tribunal de Justiça pouco aplica o mencionado artigo na prática, mas quando o faz, fundamenta suas decisões nos mesmos argumentos apresentados pelos doutrinadores que entendem pela constitucionalidade do art. 385 do CPP: Independência Funcional do magistrado e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, ou seja, ausência de disponibilidade (mesmo que o Parquet entenda que o réu é inocente ao longo da instrução probatória não pode desistir da ação após a denúncia).

Corroborando essa ideia Bonfim (2017, p. 36/38) afirma que:

“(...) a matéria é pouco levada à efetiva discussão, pelos tribunais pátrios, e, quando o é, não raro continua a se aplicar o art. 385 por força do hábito, sem maiores reflexões (...) as decisões limitam-se a citar, como fundamentação, o livre convencimento do julgador ao proferir decisão condenatória e os inúmeros precedentes da Corte sobre o tema (os quais tampouco são fundamentados em outros argumentos)”.

Em contraponto a esse entendimento Aury Lopes Júnior é um dos doutrinadores que entende que o art. 385 do Código de Processo Penal é inconstitucional, pois aduz que o exercício do poder punitivo Estatal está condicionado à provocação do Ministério Público, concluindo que se o juiz proferir sentença condenatória quando o *Parquet* pugnar pela absolvição do réu o magistrado estaria exercendo o poder punitivo sem a devida provocação. Para ele quando o Ministério Público se manifesta pela absolvição do réu esvazia-se a pretensão acusatória que é o objeto do processo penal.

O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, sem o seu pleno exercício, não se abre a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo está condicionado à inovação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo o pedido de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, **não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo.** (LOPES JUNIOR, 2014, p. 1.143) (negritos inovados).

Nessa mesma linha de raciocínio Geraldo Prado leciona que o art. 385 do Código de Processo Penal é incompatível com a Constituição de 1988, afirmando que:

“isso não significa dizer que o juiz está autorizado a condenar naqueles processos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal Brasileiro. Pelo contrário. **Como o contraditório é imperativo para validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. O fundamento da nulidade é a violação do contraditório** (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República).” (PRADO, 2006, p. 116/117) (negritos inovados)

Para ele quando o Ministério Público pugna pela absolvição, embora este não desista da ação penal - visto que a ação penal pública é indisponível - ocorre o fim da acusação. Nesse caso o magistrado estaria impedido de condenar o réu, já que este foi declarado inocente pelo seu acusador.

Paulo Rangel aduz que ante o princípio da indisponibilidade da ação penal pública o Ministério Público não pode desistir da ação, mas que isso não o impede de pugnar pela absolvição do réu, nesse caso o *Parquet* estaria deixando apenas de exercer a pretensão acusatória.

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. (RANGEL, 2015, p. 65)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em alguns julgados divergiu do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e inovou ao tratar sobre a inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal, trazendo como fundamentação para tais decisões que o magistrado ao proferir sentença condenatória ante o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público estaria violando o sistema acusatório.

APELAÇÃO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CÁLCULO FÍSICO-MATEMÁTICO DA PROVÁVEL VELOCIDADE DO RÉU NO MOMENTO DO FATO ELABORADO, DE OFÍCIO, PELO JUIZ, COM BASE NA EQUAÇÃO DE TORRICELLI, BEM COMO DE INFORMAÇÕES NO GOOGLE EARTH E EM UM CROQUI UNILATERAL ELABORADO PELA POLÍCIA EM SEDE EXTRAJUDICIAL. NECESSIDADE DE CONHECIMENTO TÉCNICO CIENTÍFICO ESPECÍFICO. 1. A fundamentação do Estado de Direito sob o pilar da dignidade da pessoa humana produz importantes efeitos jurídicos, inclusive no âmbito criminal, material e instrumental. Extrai-se, daí, a fundamentação do **princípio acusatório, a exigir a separação das atividades de acusar e julgar no processo penal, de forma a viabilizar que o juiz atue com a imparcialidade necessária à garantia dos direitos e liberdades individuais. É consequência do princípio acusatório a atribuição exclusiva do Ministério Público para a propositura da ação penal pública, competindo ao juiz o julgamento nos exatos limites da acusação, considerada essa tal como definida em alegações finais, e não apenas na denúncia. Assim, a prolação de sentença condenatória quando o Ministério Público postula a absolvição, viola o princípio da correlação entre acusação e sentença. (...)** [APELO PROVIDO.(Apelação Crime, Nº 70055727986, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em: 29-05-2014)] (negritos inovados)

APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE ORAL. CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA. 1. Não há suporte constitucional para a emissão de um juízo condenatório quando o Estado-acusador pediu a absolvição, e mesmo o reconhecimento de uma situação mais gravosa ao acusado, daquela esposada pelo Ministério Público. **Havendo provimento ministerial no sentido absolutório ou desclassificatório, é defeso ao magistrado afastar a situação mais favorável ao réu, postulada pelo órgão acusador, sob pena de violação do contraditório e da correlação entre acusação e sentença.** O que vale é a última delimitação acusatória e não a existente quando da formulação da acusação, para esses efeitos. 2. Assim, no caso concreto, a prolação de um juízo condenatório pelo delito de lesão corporal no âmbito doméstico quando o próprio titular da pretensão acusatória, ou seja, o Ministério Público pleiteia a absolvição, viola o princípio da correlação. **Gera, ao fim e ao cabo, uma sentença penal condenatória desprovida de pedido nesse sentido, em uma nítida aproximação ao perfil inquisitorial que orientou o processo penal concebido na década de 1940.** APELO PROVIDO. (Apelação Crime, Nº 70055944359, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em: 17-10-2013) (negritos inovados).

APELAÇÃO CRIME. FURTO SIMPLES TENTADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NESTE 2º GRAU DE JURISDIÇÃO. Diante do pedido absolutório deduzido pelo representante do Ministério Público que atua neste grau de jurisdição, resta esvaziada a controvérsia quanto ao ponto. Considerando, no caso, a ausência do contraditório e tendo por norte o princípio da imparcialidade do juiz, a absolvição se impõe. POR MAIORIA, APELO DEFENSIVO PROVIDO. (Apelação Crime, Nº 70053252201, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em: 24-04-2013) (negritos inovados)

Face ao exposto entende-se que o art. 385 é inconstitucional, visto que o Estado nas ações penais públicas tem dupla função, acusatória e julgadora, porém essas funções devem ser desempenhadas por Órgãos diferentes, e ao magistrado proferir sentença penal condenatória ante o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público ele viola o sistema acusatório, o qual é o sistema processual penal adotado no ordenamento pátrio.

6. CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, após intenso debate no curso dos trabalhos da Assembleia Constituinte, iniciou uma nova etapa no processo de redemocratização do país, tendo consagrado o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Diante disso, a nova Carta Magna conferiu direitos e garantias, e conferiu ao Ministério Público um patamar inédito, a partir daquele momento, passava a ser uma instituição permanente e independente, bem como um instrumento de defesa dos interesses sociais e titular da ação penal pública.

O Código de Processo Penal é de 1941, então seus dispositivos devem ser analisados de acordo com os princípios previstos na Constituição. De acordo com a pirâmide de Kelsen, as normas jurídicas inferiores retiram seus fundamentos de validade das normas jurídicas superiores. A Constituição está no topo da pirâmide e esta deve ser o fundamento de validade de todas as demais normas do sistema, não podendo nenhuma norma do ordenamento jurídico se opor à Constituição.

Embora não previsto expressamente¹⁷, o sistema processual penal adotado pelo ordenamento pátrio é o sistema acusatório, pois de acordo com os princípios previstos na Constituição esse é o sistema penal que assegura a aplicabilidade dos princípios que o Constituinte visa resguardar. O sistema acusatório confere ao órgão distinto do poder judiciário, a legitimidade de promover a persecução penal, e em caso de ação penal pública o Estado desempenha a função de acusação e de julgamento, porém apresentados pelo magistrado na função julgadora e pelo *Parquet* na acusação.

O sistema acusatório tem como princípios a inércia da jurisdição, então condenar sem pedido é violar, inequivocamente, a regra do fundante do sistema acusatório que é o *ne procedat*

¹⁷ Após o término da pesquisa foi sancionada a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (conhecida como pacote anticrime) a qual visa aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. O art. 3º - A prevê expressamente que o sistema processual penal aplicável no ordenamento pátrio é o sistema acusatório “Art. 3º-A. 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.” Essa lei hoje encontra-se no período de *vacatio legis*.

iudex ex officio. Outro princípio do sistema acusatório é o princípio do contraditório, no caso do Ministério Público pugnar pela absolvição do réu, passa a inexistir resistência entre acusação e defesa, ocorrendo violação ao contraditório, visto que o réu não terá do que se defender, o que leva ao esvaziamento do conteúdo acusatório. Sendo assim, ao condenar o réu mesmo diante da manifestação do Ministério Público pela absolvição o magistrado estaria ferindo alguns princípios constitucionais.

Portanto, pelo fato de o Brasil ser um Estado Democrático e que adota o sistema processual penal acusatório, o art. 385 do Código de Processo Penal é materialmente inconstitucional e então não é possível que o magistrado profira sentença penal condenatória quando o *Parquet* pugnar pela absolvição do réu.

7. REFERÊNCIAS

ARRUDA, Wesley Rodrigues. **Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?** Conteudo Juridico, Brasilia-DF, 2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42516/sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto>>. Acesso em 17 de outubro de 2019.

BONFIM, Thiago. **A análise do artigo 385 do código de processo penal à luz do sistema acusatório**. Monografia. UFPR. Curitiba. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2019.

_____. **Código de Processo Penal. Decreto Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

_____. **Código Penal. Decreto Lei 2.848, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2019.

_____. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto Lei 4.657, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 407.021/SC**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/09/2017. Disponível em: www.stj.gov.br Acesso em 03 de janeiro de 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime, Nº 70055727986**, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em: 29-05-2014. Disponível em: <www.tjrs.gov.br> Acesso em: 03 de janeiro de 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime, Nº 70053252201**, Relator: Francesco Conti, Julgado em: 24-04-2013. Disponível em: <www.tjrs.gov.br> Acesso em: 03 de janeiro de 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime, Nº 70055944359**, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em: 17-10-2013. Disponível em: <www.tjrs.gov.br> Acesso em: 03 de janeiro de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUEDES, JÚLIA, **Pode o magistrado proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição do acusado? Uma análise crítica do art. 385 do CPP**. 2014, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/JuliaGuedes.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2019.

HOUDALI, Mohamad. **Breves considerações sobre os sistemas processuais penais**. Canal ciências criminais, Porto Alegre-RS, 2018. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/sistemas-processuais-penais>>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

JONHSON, Endy. **O juiz inquisidor em busca da verdade real no processo penal**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74618>>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª Edição. Salvador: JusPodivm. 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Francisco Nogueira. **Interpretação constitucionalmente adequada do ônus probatório no processo penal à luz da presunção de inocência**. Dissertação de Mestrado. UFMG. 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASJGTV/1/binder1.pdf>>. Acesso em 20 de dezembro de 2019.

MELLO, Celso de. **Voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, questão de ordem na petição 7.074**. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet7.074QOvotoMCM.pdf>>. Acesso em 16 de setembro de 2019.

MIRABETE, Julio Fabrinini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. **Sistemas processuais penais à luz da Constituição**. Revista de Direito Constitucional e Internacional 2016. RDCI VOL.97 (Setembro-Outubro 2016). Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.05_1.PDF>. Acesso em 18 de setembro de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **O processo penal como dialética da incerteza**. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194932/000871244.pdf?sequence=3>>.

Acesso em 15 de outubro de 2019.

POLASTRI, Marcellus. **Manual de Processo Penal**. 6ª Edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

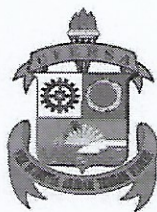
RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal**. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

SANCHES, Rogério. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 6ª Edição. Salvador. Juspodivm, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

TOLENTINO, Lorena Souto. **Do ônus da prova à luz do processo penal democrático**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/DIRS-BC6V39>.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

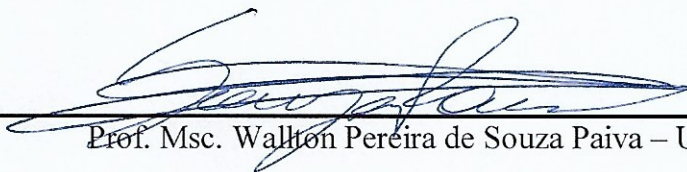


**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO – UFERSA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS – CCSAH
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – DCSA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos vinte e um (21) dias do mês de janeiro do ano de dois mil e vinte (2020), às dezessete (17:00) horas, na sala de Reuniões do Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas, localizada no Campus Leste da UFERSA, o Professor Mestre Wallton Pereira de Souza Paiva, na qualidade de Orientador, instalou a Banca Examinadora responsável pela avaliação da defesa do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **A VINCULAÇÃO DO JUIZ AO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, apresentado pela discente CÍNTIA CHAVES LOBO ao Curso de Graduação em Direito como parte dos requisitos para a obtenção do título de Bacharel em Direito. A banca examinadora, composta por três membros, foi presidida pelo Professor Mestre Wallton Pereira de Souza Paiva, na qualidade de Orientador, e contou com a participação do Professor Doutor Rodrigo de Almeida Leite e do Professor Doutor José Albenes Bezerra Júnior. Após a apresentação do trabalho pela discente, sucederam-se as arguições pelos professores examinadores. Concluída a defesa, procedeu-se o julgamento pelos membros da banca examinadora, tendo o discente obtido a nota: 7.0. Apurada a nota, verificou-se que o discente foi ☒ Aprovado / () Reprovado. Nada mais havendo, eu, Wallton Pereira de Souza Paiva, lavrei a presente ata, que foi assinada por mim e pelos demais membros da banca examinadora.

Mossoró/RN, 21 de janeiro de 2020.



Prof. Msc. Wallton Pereira de Souza Paiva – UFERSA



Prof. Dr. Rodrigo, de Almeida Leite– UFERSA



Prof. Dr. José Albenes Bezerra Júnior – UFERSA