



M·AGRIPPA

IMP·CAES·SEPT·IMVS·SE
M·AGRIPPA·P·AVRELIVS·SANTONIVS

SISTEMA ACUSATÓRIO, PACOTE ANTICRIME E O ANACRÔNICO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ANOTAÇÕES SOBRE A (IM) POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO NO PROCES- SO PENAL SEM PRÉVIO PEDIDO PELO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ACUSATORY SYSTEM, ANTI-CRIME PACKAGE AND THE ANACRONIC ARTICLE 385 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE: NOTES OF THE (IM) POSSIBILITY OF CONVICTION IN CRIMI- NAL PROCEEDINGS WITHOUT PRIOR REQUEST BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

Flávio Eduardo Turessi¹

¹Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direito Penal pela PUCSP. Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

RESUMO

A partir de uma pesquisa jurídico-teórica da legislação, pelo método indutivo, o presente ensaio tem o objetivo de analisar a compatibilidade constitucional entre o artigo 385 do Código de Processo Penal, que permite ao juiz proferir sentença penal condenatória mesmo diante de pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, e o modelo acusatório instituído pela Constituição Federal de 1988, agora reafirmado pela Lei nº 13.964/2019, apelidada "Pacote Anticrime".

Palavras-Chave: sistema acusatório; pacote anticrime; regra da correlação; artigo 385 do Código de Processo Penal.

ABSTRACT

Based on a legal-theoretical research of the legislation, using the inductive method, this essay aims to analyze the constitutional compatibility between article 385 of the Code of Criminal Procedure, which allows the judge to pass a condemnatory criminal sentence even in the face of a request for acquittal formulated by the Public Ministry, and the accusatory model instituted by the Federal Constitution of 1988, now reaffirmed by Law nº 13.964/2019, nicknamed "Anti-crime Package".

Keywords: accusatory system; anti-crime package; correlation rule; article 385 of the Criminal Procedure Code.

SUMÁRIO

Introdução. 1. sistema acusatório, estado de direito e democracia. 1.1 processo penal acusatório no brasil. 2. pacote anticrime. 2.1 principais inovações na (re)afirmação do sistema acusatório. 3. correlação entre acusação e sentença. 3.1 emendatio libelli e mutatio libelli. 4. pode o juiz condenar sem pedido expresso de condenação? conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Malgrado o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, na relatoria das ADI's nºs 6.298, 6.299, 6.300, e 6.305, em decisão de 22 de janeiro de 2020, tenha suspenso *sine die* a eficácia da implementação do juiz de garantias e de suas disposições correlatas (*ad referendum* do Plenário do STF), sabe-se que a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL), apelidada “Pacote Anticrime”, ao entrar em vigor 30 dias após a sua publicação, no dia 23 de janeiro de 2020, já promoveu sensíveis mudanças no sistema de aplicação da lei penal no Brasil.

Sem prejuízo da futura aferição da constitucionalidade das disposições liminarmente suspensas pela Corte Constitucional, nos aspectos formal e material, para os fins e nos estreitos limites do presente estudo, justifica-se a análise destacada do novo artigo 3º-A do Código de Processo Penal, que, de forma indelével, aponta para um processo penal de natureza acusatória, vedando a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação pelo próprio magistrado.

Como se sabe, o Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, em pleno Estado Novo (que perdurou até 1945), claramente influenciado pelo Código de Processo Penal italiano (Código Rocco) da década de 30 do século XX, carrega em vários de seus dispositivos a ideologia própria que marcou aquele período político no Brasil, deixando de lado uma pretensa neutralidade diante dos influxos decorrentes da ampliação da intervenção do Estado na esfera privada.

Aliás, verifica-se que há verdadeira e indisfarçável simbiose entre o modelo político de Estado adotado em um determinado período histórico e o seu sistema de aplicação de Justiça Penal, que, no limite, também cumpre o papel de estabilizador daquela organização política e dos valores que ela representa.

Não por acaso, a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 deixa claro que:

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.

Ocorre que, com a promulgação da Constituição-cidadã, no dia 5 de outubro de 1988, e a abertura democrática instituída no país a partir de então, a necessária compatibilidade entre a legislação infraconstitucional e o texto da Lei Maior desnudou a existência de diplomas que não poderiam ser recepcionados pela nova ordem constitucional, como de fato não foram, e a necessidade de serem promovidas adequações hermenêuticas para que muitas disposições legais pudessem permanecer vivas no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma nova e reformulada leitura conforme a Constituição.

Toma-se como exemplo, ainda nestas linhas introdutórias, o procedimento judicializante, então regido pela Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965, que, de forma expressa, admitia a iniciativa da ação penal pública *ex officio* pela autoridade policial ou judicial, por meio de simples portaria, para processamento, pelo rito comum sumário, das contravenções penais e dos delitos de lesão corporal culposa e homicídio culposo previstos no Código Penal que, dada a

disposição contida no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, evidentemente não foi recepcionado.

Entretanto, mesmo com os devidos ajustes hermenêuticos no campo processual penal, o desconforto visto entre o Código de Processo de 1941 e a Constituição Federal de 1988, fruto da divergência ideológica que marcou a gestação e o nascedouro de cada um dos seus textos, ao invés de levar ao nascimento de um novo Código, impulsionou a eclosão, por vezes descoordenada, de pontuais alterações e até de minirreformas na legislação processual adjetiva, como o visto, por exemplo, com a edição das Leis nºs 11.689², 11.690³ e 11.719⁴, no ano de 2008, e com a Lei nº 12.403⁵, no ano de 2011.

Agora, a multidisciplinar Lei nº 13.964/2019, ao reformular disposições contidas no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execuções Penais, e na Lei de Crimes Hediondos, dentre outros diplomas legais, promove um verdadeiro giro conceitual em boa parte do sistema de aplicação de Justiça Criminal no Brasil, ampliando sensivelmente os modelos de aplicação consensual da lei penal e reafirmando a instituição e a adoção de um processo penal de viés acusatório, com todos os seus consectários.

Curiosamente, ao editar o “Pacote Anticrime”, o legislador ordinário olvidou-se do artigo 385 do Código de Processo Penal, que, afinado com um modelo de viés inquisitivo, permite ao julgador proferir sentença penal condenatória mesmo inexistindo pedido do órgão acusador nessa direção.

Assim, cabe perguntar: num modelo acusatório de viés democrático, pode o julgador condenar sem pedido expresso do Ministério Público? O artigo 385 do Código de Processo Penal é compatível com o sistema acusatório constitucionalmente instituído e expressamente adotado pela lei reformadora? Diante do pedido de absolvição deduzido pelo Ministério Público, a decisão condenatória que o contraria afronta a regra da correlação ou congruência entre acusação e sentença?

Em linhas gerais, são esses os questionamentos que, a partir de uma pesquisa jurídico-teórica da legislação, pelo método indutivo, o presente ensaio tem o objetivo de enfrentar.

2 SISTEMA ACUSATÓRIO, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

Por força da natureza predominantemente privada das relações intersubjetivas que se apresentam na seara processual civil, tem-se que o processo civil é regido, dentre outros vetores, pelo princípio dispositivo, que traduz o poder de disposição da parte sobre o seu próprio direito material e sobre a pretensão de ver aplicada a lei ao caso concreto.

Na seara processual civil, em linhas gerais, os conflitos de interesses se resolvem, ordinariamente, pela subordinação das partes às ordens abstratas das leis que os regulam, podendo-se falar, dessa forma, na visão carneluttiana de lide, isto é, no conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (SANTOS, 1998, p. 9).

Daí porque, nessa quadra de regulação, o “objeto do processo é a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, tal qual o próprio poder de reclamar-se a atuação, isto é, a ação” (CHIOVENDA, 1969, p. 50).

Já no processo penal, como se sabe, não é exatamente isso o que acontece.

Em que pese o objeto do processo penal seja a pretensão condenatória, com a indisfar

² Tribunal do Júri.

³ Provas.

⁴ Suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos.

⁵ Prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

çável conformação de espaços de conflito entre acusação e defesa, numa clara oposição dialética entre as partes, não se há de falar em lide penal, nos moldes carneluttianos.

O conflito existente entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis* do indivíduo não pode ser concebido como se concebem os conflitos privados, regidos, em regra, pela disponibilidade.

Como afirma Lopes Jr., o processo penal é orientado pelo princípio da necessidade; trata-se de um caminho necessário para se chegar a uma pena. Na assertiva do processualista, não pode haver pena sem sentença, pela simples e voluntária submissão do réu (LOPES JR., 2014, p. 125-126).

Por tais razões, não há processo penal sem contraditório.

Contudo, nem sempre o processo penal trilhou esse caminho e seguiu essa direção.

Passando em revista a história dos sistemas processuais penais ocidentais, desde a Antiguidade até os dias de hoje, desvenda-se um movimento contínuo de superação e aprimoramento de dois modelos de Justiça Penal: o sistema *inquisitivo* e o sistema *acusatório*.

Na Grécia antiga dos séculos VI a IV a.C., o processo penal correspondia ao modelo acusatório puro, sendo permitido a qualquer cidadão, numa verdadeira acusação popular, deduzir a sua pretensão acusatória perante a autoridade competente (AMBOS; LIMA, 2009, p. 10).

Já na Roma antiga, no período que remonta à fundação da República, no ano de 510 a.C., o sistema vigente distinguia os delitos capitais (*percidium* e *perduellio*) dos demais delitos ordinários.

Para os delitos capitais, diante do interesse público na persecução, promovia-se um processo de instrução oficial, intitulada *inquisitio*, que era deflagrado pelo questor, um funcionário nomeado pelo cônsul para determinado caso concreto; já para os delitos ordinários, a acusação era privada (*accusatio*), formulada por um cidadão e julgada por uma assembleia popular (*iudicium populum*) (AMBOS; LIMA, 2009, p. 11-12).

Entretanto, a faculdade conferida a particulares para perseguir criminalmente o agente violador da lei penal trouxe consigo o extraordinário crescimento de acusações infundadas, motivadas exclusivamente pelo sentimento de vingança privada, o que provocou uma nova mudança paradigmática no sistema penal daquela época.

Com a queda do Império Romano e a invasão dos povos germânicos no século V, tem início a Idade Média e o cristianismo se consolida como doutrina hegemônica.

Durante a chamada Alta Idade Média (séculos V a XI), por força do imbricamento existente entre o Direito Germânico e o Direito Romano, cada feudo era regido por suas próprias regras, não sendo possível distinguir, *prima facie*, causas cíveis e criminais (ANDRADE, 2015, p. 18).

A Baixa Idade Média (séculos XII e XIII) trouxe com ela o fortalecimento do poder da Igreja e da Inquisição na organização do poder político daquele período. Nesse momento histórico, o recurso à tortura para se obter a confissão contra atos de bruxaria, devidamente autorizado pela Bula do Papa Inocêncio IV, em 1252, desponta como método indispensável para a recondução do herege à verdadeira fé.

E, como não poderia deixar de ser, a expansão da jurisdição eclesiástica vivida nesse momento impactou no exercício da jurisdição penal que, até então, se encontrava repartida em pequenas circunscrições feudais, de maneira desordenada e absolutamente desprovida de segurança jurídica e proporcionalidade.

Substitui-se o processo penal acusatório pelo inquisitório e, conseqüentemente, a solução dos conflitos assume caráter predominantemente público, apoiado na busca da verdade material, a partir da racionalidade dos meios de prova.

Aqui, a confissão do acusado desponta como o principal meio de prova: *confessio est regina probationum*; a tortura, como a principal forma de obtenção dessa prova.

Na lição de Maier,

Es claro que, con la introducción de la tortura, de la aplicación del tormento como método ordinario para conocer la verdad, la situación del imputado varió por completo. Esta meta absoluta de la persecución penal – averiguar la verdad – no reparó em razones o humanitarias o atinentes a la dignidad humana, ni las entendió, por lo que el papel del acusado se transformó: de sujeto procesal se convirtió en objeto de investigación y órgano de prueba. (MAIER, 2004, p. 286).

Os séculos XVI e XVII marcam o apogeu da Inquisição, até que, rompido o século XVIII, inaugura-se um movimento de renovação intelectual e cultural contrário aos dogmas instituídos pelo *ancien régime* do qual seu modelo de aplicação da lei penal não passou ileso.

Em solo francês, sentindo os influxos desse movimento humanista, o rei Luís XVI, antes mesmo da sua derrocada, reconhece a necessidade de reforma das leis penais e processuais penais vigentes.

Dessa forma, já no período da Ilustração, credita-se ao Code d’instruction criminelle, de 1808, a pedra fundamental da reforma penal que se seguiu em toda a Europa continental (MAIER, 2004, p. 350).

O Code d’instruction criminelle, de 1808, é o texto legal que, partindo de um sistema de organização judicial, estrutura o Ministério Público e lhe confere o monopólio exclusivo da persecução penal, conferindo-lhe a titularidade para promover e sustentar a ação penal pública.

Como não poderia deixar de ser, o sistema acusatório, superando o inquisitivo, promove a devida separação entre quem acusa e quem julga, conferindo ao Ministério Público o necessário controle sobre a persecução penal e preservando a (devida) imparcialidade do julgador.

Para Hassemer (2003, p. 91),

La superación del procedimiento inquisitivo en el actual proceso penal constituye una piedra angular en el desarrollo hacia el estado de derecho. El juez inquisidor reunía en sus manos prácticamente todas las funciones del estado penante y se encontraba ampliamente a cubierto de controles y correcciones. El principio acusatorio, por el contrario, prohíbe a aquel que debe juzgar una causa el atraerla para sí, y a aquel que la trae a decisión, el decidirla. La separación entre tribunales y fiscalías, la atribución de diferentes funciones, el equilibramiento práctico en el proceso de las diferentes competencias y derechos de intervención concretan un momento importante de la división de poderes en el proceso penal.

Assim, resta claro que o sistema inquisitório não se coaduna com modelos democráticos, devendo ser reafirmada, nessa quadra de regulação, a distinção entre as funções de acusar, defender e julgar.

2.1 Processo penal acusatório no Brasil

No Brasil, conferindo ao Ministério Público, no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, a legitimidade privativa para a propositura da ação penal pública, e garantindo ao acusado, dentre outros direitos, o contraditório e a ampla defesa, nosso ordenamento jurídico adotou claramente o sistema acusatório, um processo penal de partes, com indiscutível separação entre as funções de acusar, defender e julgar.

Consequentemente, parece não haver dúvidas acerca do necessário distanciamento do

órgão julgador das atividades de investigação pré-processuais, delas participando, apenas, quando for necessário apreciar medidas que resvalam na chamada “reserva de jurisdição”, isto é, medidas investigatórias restritivas aos direitos e à liberdade da pessoa investigada.

Aliás, vale a pena registrar que a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa, ao cuidar da investigação e dos meios de obtenção de prova, afirma textualmente, em seu artigo 4º, § 6º, que, em sede de colaboração premiada, o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo, ficando adstrito ao papel de fiscal da legalidade e voluntariedade do negócio.

Em nosso ordenamento jurídico, a adoção do princípio acusatório já foi reconhecida, inclusive, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em diversos de seus julgados, com especial destaque para o quanto decidido pela Corte (Pleno) nos autos da ADI nº 5.104, relator o Ministro Roberto Barroso, que, com apoio nesse postulado, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 8º da Resolução nº 23.396, de 17 de dezembro de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral, que, ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização judicial, instituiu modalidade peculiar de controle judicial prévio sobre investigações de natureza criminal.

Além disso, como lembra Fonseca, ao lado do respaldo constitucional, a reverência ao sistema acusatório encontra acolhida, também, em inúmeros documentos internacionais, como, por exemplo, as Regras de Havana (Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público), de 1990, adotadas no 8º Congresso das Nações Unidas para a prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, nos seus artigos 10 e 11, e no projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 e Projeto de Lei na Câmara nº 8.045/2010, em seu artigo 4º (FONSECA, 2017, p. 120-121).

3 PACOTE ANTICRIME

Foi por meio da Mensagem nº 50, de 19 de fevereiro de 2019, que o Poder Executivo Federal encaminhou à Câmara dos Deputados propostas de enfrentamento à corrupção, ao crime organizado e aos crimes praticados com grave violência à pessoa, materializadas no Projeto de Lei (PL) nº 882, de 2019 (BRASIL).

O Senado Federal replicou as propostas originais formuladas pela Presidência da República, em 28 de março de 2019, que passaram a tramitar naquela Casa Legislativa na forma do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 1.854/2019.

Paralelamente, outros dois Projetos de Lei também passaram a tramitar nas duas Casas do Congresso Nacional, com idênticas redações: o PL 881/2019 (Câmara) e o PLS 1.865/2019 (Senado), para discutir a criminalização do uso de caixa dois em eleições, e o PLP 34/2019 (Câmara) e PLP 89/2019 (Senado), estabelecendo regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral.

Ao ser debatido no Parlamento, o texto original, apresentado em fevereiro de 2019, foi modificado com trechos de outra proposta, elaborada no ano de 2018 por uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes.

Ao final, sancionada a Lei nº 13.964/2019, foram retirados do texto original proposições consideradas de suma importância pelo Poder Executivo Federal e seu Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Moro, como, por exemplo, a prisão após condenação em segunda instância.

De toda a sorte, as proposições aprovadas pelo Parlamento brasileiro impactaram sensivelmente no sistema de aplicação da lei penal vigente, com especial destaque para as alterações abaixo indicadas, que reforçam a opção pelo modelo acusatório, com nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar.

3.1 Principais inovações na (re)afirmação do sistema acusatório

Dentre as várias mudanças promovidas pelo legislador ordinário de 2019, dado que não é objeto deste estudo a análise pontual de cada uma delas, algumas merecem especial destaque para a consolidação do modelo acusatório constitucionalmente delineado.

Assim, sem embargo da observação inicial contida logo no primeiro parágrafo deste ensaio, vale a pena repisar que a Lei nº 13.964/2019 introduz no Código de Processo Penal o artigo 3º-A, afirmando 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.

Aliás, cabe aqui registrar a observação de Lima, no sentido de que a eficácia do artigo 3º-A do Código de Processo Penal não deveria ter sido liminarmente suspensa pelo Ministro Luiz Fux, em sua decisão de 22 de janeiro de 2020, pois, ao reafirmar um postulado fundamental do sistema processual penal brasileiro, não guarda correlação com a estrutura prevista para a implementação do denominado juiz de garantias, este sim um tópico inovador do “Pacote Anticrime”, com disciplina instituída pelos novos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, e 3º-F do Código (LIMA, 2020, p. 105).

Seja como for, afinado com o modelo expressamente consagrado, a Lei reformadora confere nova roupagem aos artigos 282, § 2º, e 311, do Código de Processo Penal, proibindo a decretação de medidas cautelares *ex officio* pelo juiz, inclusive a prisão preventiva.

Sabe-se que, pela sistemática anterior, malgrado a Lei nº 12.403/2011 já tivesse restringido a possibilidade de decretação da prisão preventiva *ex officio* pelo juiz durante a fase administrativa da persecução penal, o Código de Processo Penal ainda permitia a medida, sem provocação, após o oferecimento da denúncia ou da queixa.

Crítico, Nucci já acenava para a incongruência sistêmica vista no âmbito das cautelares, afirmando que:

O processo penal brasileiro ainda possui um juiz atuante, durante a instrução, a ponto de lhe ser possível a decretação da prisão cautelar de ofício. Essas distorções presentes no sistema legislativo ordinário precisam ser superadas pela própria consciência do magistrado, encarando sua função com o máximo de rigor no tocante à imparcialidade. Por isso, sem provocação, deve abster-se de tomar qualquer medida coercitiva contra o acusado. (NUCCI, 2012, p. 334).

Agora, fica vedado ao juiz decretar medidas cautelares, reais ou pessoais, sem que haja provocação do órgão do Ministério Público, do querelante nas hipóteses de ação penal privada, e da Autoridade Policial no curso do inquérito, inclusive a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, em qualquer fase da persecução penal.

A vedação, além de adequada, é necessária para se garantir a imparcialidade do julgador ao longo de toda a persecução criminal, distinguindo-se uma vez mais as funções de acusar, defender e julgar.

Como afirma Giacomolli (2016, p. 279), um Estado democrático exige a prestação jurisdicional efetiva, um processo judicial justo com todas as garantias, fazendo-se necessário afastar qualquer dúvida ou temor acerca da imparcialidade dos julgadores, em todos os níveis: administrativo (regimentos internos dos Tribunais), legislativo (regras de distribuição de competência) e jurisdicional.

Consequentemente, também é defeso ao magistrado, diante do descumprimento de cautelares alternativas à prisão, *ex officio*, revogar a medida mais branda e, sem requerimento do órgão acusador, fixar medidas mais severas e até mesmo decretar a prisão preventiva.

É forçoso reconhecer que a oportuna restrição aqui debatida já deveria ter sido instituída

ida no Código de Processo Penal no ano de 2011, com a reforma promovida pela Lei nº 12.403, o que demonstra, mais uma vez, falhas no processo legislativo brasileiro.

Ainda alinhada com o modelo acusatório constitucionalmente instituído, a Lei nº 13.964/2019 confere nova redação ao artigo 28 do Código de Processo Penal, suprimindo, em boa hora, o controle judicial sobre a promoção de arquivamento do inquérito policial, procedimento investigatório criminal, ou peças de informação, reservando ao próprio Ministério Público o controle interno dessa decisão.

De acordo com o revogado art. 28 do Código de Processo Penal, caso o órgão do Ministério Público, ao invés de oferecer a denúncia, requeresse o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, discordando das razões invocadas, faria a remessa dos autos ao Procurador-Geral e este, analisando o caso concreto, poderia oferecer denúncia, designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo, ou insistir no pedido de arquivamento, ao qual estaria o juiz obrigado a atender.

Ora, mesmo pelo regramento anterior, indiscutivelmente a *opinio delicti* sempre esteve com o Ministério Público.

Na lição de Mazzilli (1997, p. 153),

Quando o Ministério Público formula ou deixa de formular a acusação penal, está exercendo parcela da soberania estatal; nem por isso exercita funções jurisdicionais. A decisão de não acusar, se bem que ato final e só contrastado pelo próprio Ministério Público, insere-se no campo da atividade administrativa do Estado. [...]. Ora, o arquivamento do inquérito policial, decidido pelo Ministério Público, não subtrai do Poder Judiciário o conhecimento de lesão alguma de direito individual. É o Estado o titular do *ius puniendi*, não o cidadão individualmente considerado. Se o Estado resolve não acusar, pelo seu órgão competente, não se gera conflito de interesses a justificar a apreciação do Judiciário (ao contrário, quando resolve acusar, aí sim não se pode subtrair a questão do conhecimento do Judiciário).

Agora, pela nova redação conferida ao artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), não se fala mais em controle judicial sobre a promoção de arquivamento apresentada de maneira fundamentada pelo órgão do Ministério Público:

Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

É certo que, como afirmado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP -, nos autos da ADI nº 6.305, a implementação da revisão interna das promoções de arquivamento, dada a dimensão da alteração legislativa, deve necessariamente passar em revista a readequação administrativa e orçamentária do Ministério Público brasileiro para o exercício dessa nova atribuição (BRASIL, 2020).

Contudo, a atividade de fiscalizar o cumprimento e a obediência ao denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal pública mostra-se incompatível com a imparcialidade que se espera do juiz no bojo do sistema acusatório instituído em solo democrático.

Na ponderação de Lima (2020, p. 239),

A sistemática anterior do CPP já não guardava mais nenhuma pertinência com um modelo processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não tem como destinatário o Poder Judiciário. Pelo contrário. Destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivos ou negativos, para o órgão da acusação. Logo, não há razão alguma para que o controle judicial de arquivamento de inquéritos policiais permaneça nas mãos do Judiciário, que só deve intervir na fase investigatória, doravante na pessoa do juiz de garantias, quando provocado, e desde que sua intervenção se revele necessária para a tutela de direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha, inclusive, o verbete do Enunciado nº 8 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) (2020):

A nova redação do art. 28 do CPP, em harmonia com o princípio acusatório, dispõe que o arquivamento do inquérito policial não se reveste mais de um mero pedido, requerimento ou promoção, mas de verdadeira decisão de não acusar, isto é, o promotor natural decide não proceder à ação penal pública, de acordo com critérios de legalidade e oportunidade, tendo em vista o interesse público e as diretrizes de política criminal definidas pelo próprio Ministério Público.

Como se não bastasse, também não se há de falar em obrigatoriedade da ação penal, em termos absolutos, quando se busca fortalecer um processo penal acusatório de cariz democrático. Ao adotar o modelo de acusação pública, confiando ao Ministério Público legitimidade privativa para o exercício da ação penal, o sistema acusatório rechaçou a vingança privada e os excessos que dela decorrem, notadamente chantagens e acusações absolutamente infundadas, revestindo com maior segurança jurídica o sistema de aplicação da lei penal. Em um Estado democrático de Direito, é o princípio da legalidade que instrumentaliza o próprio sistema acusatório, fazendo com que a atuação do Ministério Público fique restrita e adstrita às leis vigentes no ordenamento jurídico.

Ocorre que, não obstante o entendimento de que o sistema acusatório trouxe com ele a obrigatoriedade da acusação pelo Ministério Público, nos dias atuais, a conformação do princípio da obrigatoriedade merece uma releitura com vistas à sua adequação social, conferindo maior liberdade de atuação e respeitando a independência funcional do órgão acusador (TURRESSI, 2019, p. 207).

Com efeito, o artigo 24 do Código de Processo Penal não obriga o Ministério Público a oferecer denúncia, e nem poderia fazê-lo, já que promover a acusação, deduzindo a ação penal em Juízo, não pode ser uma tarefa mecânica, cega, descompromissada com o resultado da demanda e com as expectativas sociais depositadas no sistema de Justiça Penal como um todo.

Nessa linha, Ferrajoli (2006, p. 525) afirma que:

[...] por 'obrigatoriedade' da ação penal não se deve entender, como se tem dito a propósito da 'não derrogação' do juízo, um irrealizável dever de proceder em todo crime 'leve' ou 'oculto', mas só a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda notitia criminis que vier a seu conhecimento – ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade.

Ademais, há indisfarçáveis critérios informais de seleção que, mesmo para aqueles que advogam a rígida obrigatoriedade da ação penal, não é dado desconhecer que limitam o espectro de infrações penais que efetivamente são apuradas pelo sistema de Justiça Penal atual.

Na visão de Vladimir Aras, o princípio da obrigatoriedade jamais foi e jamais poderá ser levado ao extremo, porque há toda uma gama de infrações penais que não chegam a ser conhecidas, outras que, mesmo conhecidas pelas vítimas, não são comunicadas aos órgãos formais de controle do Estado, e outras que, mesmo conhecidas pelo aparelhamento de *enforcement*, não são apuradas ou punidas, constituindo aquilo que se denomina ‘cifra oculta’ (ARAS, 2019, p. 289).

A inflexível obrigatoriedade da ação penal, no plano teórico, pretende ajustar-se a um modelo ideal de aplicação da lei penal assim como as teorias absolutas pretendem justificar, por si sós, a aplicação da pena privativa de liberdade ao criminoso, reduzindo-se a importância da Política Criminal, e, no limite, contribuindo-se para o aumento da crise de validade científica que acomete o próprio Direito Penal (TURESSI, 2019, p. 209).

Como afirma Moraes, a correta Política Criminal pertence ao núcleo das preocupações de um Direito Penal funcional, ainda mais nesse tempo social acelerado pela revolução dos meios de comunicação e por uma dogmática cada vez mais funcionalista (MORAES, 2016, p. 37).

Nessa linha de intelecção, Fernando Fernandes pontua que à Política Criminal não está reservada apenas a missão de determinar como deve ser a reação penal, mas também a tarefa de selecionar aquilo contra o que deverá reagir de modo mais formalizado ou não, e a intensidade dessa formalização (FERNANDES, 2001, p. 50).

Num sistema acusatório de viés democrático, o postulado da obrigatoriedade da ação penal deve conviver e dialogar com seguros espaços de oportunidade e consenso na aplicação da lei penal ao caso concreto, tanto na fase extrajudicial, quanto na fase judicial da persecução penal.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a Constituição da República italiana de 1948 (ITALIA, 1947), não contemplou expressamente a obrigatoriedade da ação penal⁶.

Em nosso ordenamento jurídico, vislumbram-se limitações à obrigatoriedade da ação penal que, validamente incorporadas, permitem a adoção de outros caminhos para a aplicação da lei penal pelos atores do Sistema de Justiça Penal.

No plano constitucional, a mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, com a instituição da via consensual para a solução de controvérsias penais, encontra previsão expressa no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, como a possibilidade de aplicação da transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Abaixo da Constituição Federal, a Lei nº 12.850/2013, de forma expressa em seu artigo 4º, § 4º, permite ao Ministério Público deixar de oferecer denúncia em desfavor do colaborador que não for o líder da organização criminosa e que tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração na causa.

A Lei de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/2011 -, ao tratar do acordo de leniência em seu artigo 87, *caput*, impede o oferecimento de denúncia em desfavor do agente leniente beneficiário do ajuste.

Agora, a Lei nº 13.964/2019, seguindo o caminho aberto pelo artigo 18 da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP - (com a redação que lhe foi conferida pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018), flexibilizou

⁶Artigo 112. II. Il pubblico ministero há l’obbligo di esercitare l’azione penale. (ITALIA, 1947).

ainda mais a obrigatoriedade da ação penal pública, inserindo no texto do Código de Processo Penal o novo artigo 28-A, que trata justamente do *acordo de não persecução penal*.

Pela sistemática recentemente incorporada ao Código de Processo Penal, não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa, punida com pena mínima inferior a quatro anos, permite a lei processual que o Ministério Público proponha acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

E tudo isso sem se falar no chamado princípio da insignificância (ou da bagatela), o qual, funcionando como instrumento de calibração para o *ius puniendi* estatal, é medida de Política Criminal aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que descaracteriza materialmente a tipicidade penal e incide diretamente sobre a conformação da obrigatoriedade da ação penal pública.

Destarte, constata-se que um moderno sistema acusatório de Justiça Penal, que pretenda ser eficiente e eficaz, deve conjugar, a um só tempo, obrigatoriedade e oportunidade, isto é, tanto a via clássica de solução de conflitos quanto medidas de natureza consensual.

Na observação de Aragonese Alonso, a oportunidade tem um duplo fundamento: favorece a política criminal sobre a Justiça Penal e faz preponderar a Justiça material sobre o formalismo legal (ARAGONESES ALONSO, 2006, p. 76).

Nos dias de hoje, em suma, não há mais espaço para reminiscências inquisitoriais.

4 CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

É sabido que a sentença penal condenatória deve guardar total correlação com o objeto da imputação contido na denúncia ou queixa, já que, no processo penal, o réu se defende dos fatos a ele imputados, e não da capitulação contida na inicial.

Em esforço de síntese, a regra da correlação ou congruência indica que deve haver uma plena correspondência entre os fatos descritos na denúncia ou queixa e os fatos pelos quais o réu foi condenado.

A correlação entre a acusação e a sentença decorre do contraditório e da ampla defesa, vetores constitucionais de um processo penal acusatório de fundo democrático.

Como afirma Carvalho, genericamente, contraditório e ampla defesa incluem a possibilidade de contraditar as provas produzidas, contraprovar, tomar conhecimento das alegações da parte contrária, contra-alegar e, finalmente, tomar ciência dos atos e decisões judiciais para, se o caso, impugná-los (CARVALHO, 2014, p. 175).

Consequentemente, o réu não pode ser julgado por fato diverso daquele descrito na denúncia ou queixa, sendo absolutamente nulas as sentenças *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*.

Sentença *extra petita* é aquela que, julgando procedente a ação penal, reconhece a autoria e a materialidade de infração penal diversa daquela descrita na denúncia ou queixa, cuja imputação fática não foi narrada na inicial (acusação por roubo e condenação por receptação); sentença *ultra petita*, por sua vez, é aquela que vai além da imputação fática inicial, condenando o acusado não apenas pelos fatos a ele imputados na inicial acusatória, mas também por outros que não foram a ele imputados quando do oferecimento da acusação (acusação por furto simples e condenação por furto qualificado); finalmente, *citra petita* é a decisão que, omissa, deixa de apreciar toda a imputação contida na peça vestibular.

Oferecida a denúncia ou queixa, como regra, falar-se na imutabilidade do objeto da imputação, corolário da imparcialidade do juiz que deve reger a atuação de todo e qualquer

jugador no sistema acusatório, a fim de que não modifique a pretensão acusatória que lhe foi apresentada pelo autor da ação penal.

Entretanto, pela sistemática prevista no Código de Processo Penal, a imutabilidade do objeto da imputação não se dá em termos absolutos, sendo possível, em determinados casos, flexibilizar sua rigidez, como se verá a seguir.

4.1 *Emendatio libelli e mutatio libelli*

Ocorre a *emendatio libelli* quando, mantida a imputação fática inicial, isto é, permanecendo inalterado o objeto da imputação contido na denúncia ou queixa, ao prolatar a sentença condenatória, o juiz altera apenas a capitulação jurídica inicialmente apresentada pela acusação.

Cuida-se de mera correção na classificação jurídica deduzida pelo órgão do Ministério Público ou querelante, sendo este, inclusive, o sentido da expressão latina *emendatio libelli*, pois, emenda, significa correção, e, libelo, imputação (MENDONÇA, 2008, p. 227).

A *emendatio libelli* está disciplinada pelo artigo 383 do Código de Processo Penal que, com a redação conferida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, permite ao juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Na lição de Badaró (2015, p. 538), a possibilidade de o juiz dar ao fato definição jurídica diversa decorre do entendimento de que o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados, e não da qualificação jurídica dada aos fatos, sendo que a aplicação da norma jurídica correta decorre da regra *iura novit curia*, ou, como expresso em outra máxima, *narra mihi factum, dabo tibi ius*.

Assim, a *emendatio libelli* pode se dar diante de simples equívoco de capitulação pelo órgão acusador, por interpretação diversa de adequação típica pelo julgador, e na hipótese de supressão (nunca de reconhecimento) de elementares ou circunstâncias constantes da peça acusatória, quando, por exemplo, o juiz afasta a causa de aumento de pena do emprego de arma de fogo no delito de roubo e condena o réu na sua modalidade simples.

Nas hipóteses de *emendatio libelli*, justamente por não haver alteração fática, isto é, por inexistir modificação no objeto da imputação, não há necessidade de intimação das partes antes da prolação da sentença condenatória⁷.

De outro lado, ocorre a *mutatio libelli* quando os fatos comprovados ao final da instrução processual não são aqueles narrados na imputação inicial.

Aquí, o surgimento de nova prova sobre elementares ou circunstâncias do delito não imputadas ao réu impede o pronto julgamento da causa pelo magistrado e impõe a necessidade de aditamento da denúncia ou queixa pelo órgão do Ministério Público, de forma espontânea, sob pena de afronta ao princípio da ampla defesa, da inércia da jurisdição e da correlação entre acusação e sentença.

De acordo com o artigo 384, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, 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 cinco dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação penal pública.

⁷ No ponto, vale a pena destacar que o Projeto de Lei nº 4.207/2001, que levou à edição da Lei nº 11.719/2008, estabelecia, em sua redação originalmente apresentada ao Congresso Nacional, a necessidade de intimação das partes da nova definição jurídica do fato, nas hipóteses de *emendatio libelli*, antes de ser proferida a sentença condenatória.

Badaró critica a expressão “nova definição jurídica do fato”, afirmando ser inadequada, pois sugere que o fato permanece inalterado, hipótese prevista no artigo 383 do Código de Processo Penal, já que a disciplina do artigo 384 trabalha com a situação em que há efetiva alteração dos fatos objeto do processo (BADARÓ, 2015, p. 539).

Antes da reforma de 2008, o artigo 384, *caput*, do Código de Processo Penal, empregava a expressão “circunstância elementar”, muito criticada pela doutrina, por seu distanciamento técnico. A Lei nº 11.719/2008, com acerto, substituiu “circunstância elementar” por “elemento ou circunstância da infração penal”.

Elementares são dados essenciais à figura típica, sem os quais ocorre uma atipicidade da conduta, que pode ser absoluta ou relativa; circunstâncias são dados não essenciais que se agregam ao tipo penal sem descaracterizá-lo, mas que poderão ser valorados para aumentar ou diminuir a reprovabilidade da conduta criminosa.

Pela atual sistemática, independentemente natureza da nova imputação e da pena cominada no preceito secundário da infração penal, o aditamento será necessário, ainda que, com a readequação fática, o juízo de adequação típica indique a prática de delito com pena menor do que aquela prevista para o delito originalmente imputado, ficando o magistrado vinculado à nova imputação.

Antes da alteração promovida pelo legislador de 2008, o parágrafo único do artigo 384 do Código de Processo Penal somente falava em aditamento da denúncia pelo Ministério Público diante de nova imputação que importasse aplicação de pena mais grave, distinção que sempre recebeu fundadas críticas por parte da doutrina, pela afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Apresentadas as premissas fundamentais que sustentam a necessidade da correlação entre a acusação e a sentença, resta saber, agora, se existe (in)compatibilidade entre o artigo 385 do Código de Processo Penal, que permite ao juiz, nos crimes de ação penal pública, proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, com o modelo processual penal vigente em nosso ordenamento jurídico.

5 PODE O JUIZ CONDENAR SEM PEDIDO EXPRESSO DE CONDENAÇÃO?

Sabe-se que, cuidando-se de ação penal exclusivamente privada (personalíssima), nos termos do artigo 60, inciso III, *in fine*, do Código de Processo Penal, a falta de pedido condenatório pelo querelante, em alegações finais, induz à extinção da punibilidade do querelado, pela perempção (artigo 107, inciso IV, do Código Penal).

De outro lado, nos crimes de ação penal pública, a polêmica que orbita ao redor do artigo 385 do Código de Processo Penal, que afirma expressamente a possibilidade de condenação pelo juiz, sem pedido pelo órgão do Ministério Público, não é nova.

Entretanto, diante das significativas mudanças recentemente promovidas pela Lei nº 13.964/2019, como já demonstrado ao longo deste estudo, a discussão certamente merece ser revisitada.

Inicialmente, malgrado seja o Ministério Público, no exercício da ação penal pública, a um só tempo, parte e *custos legis*, a opção feita pelo legislador de 1941 ao empregar o verbo “opinar” na redação do artigo 385 do Código não parece ser a mais adequada.

Como sujeito da relação processual, o Ministério Público, ao promover a ação penal pública, tem direitos públicos subjetivos de disposição do conteúdo formal do processo, isto é, ônus e faculdades, sendo que, ao final da instrução processual, ao promover a análise de todo o conteúdo probatório amealhado, em alegações finais orais ou, subsidiariamente, sob a forma de memorial escrito, não emite um parecer, não opina simplesmente, mas apresenta requerimen-

tos, tanto quanto a defesa da pessoa acusada, inclusive de natureza recursal.

Assim, superado o equívoco semântico contido no dispositivo sob exame, um ponto deve ser desde logo aclarado: o enfrentamento da questão envolvendo a possibilidade de condenação sem requerimento do Ministério Público, no curso da ação penal pública, não passa necessariamente em revista a (des)obediência à regra da correlação ou congruência.

Indiscutivelmente, ao oferecer a denúncia, expondo o fato criminoso com todas as circunstâncias, tal qual exigido no artigo 41 do Código de Processo Penal, a acusação está posta, não sendo dado ao julgador deixar de apreciá-la, inclusive por imperativo constitucional (artigo 5º, inciso, XXXV, da CF/88).

Nesse caso, desde que restrita aos limites apresentados pela acusação na denúncia, a sentença absolutória não pode ser rotulada de *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita* e, por esse motivo, reconhecida nula.

Dessa forma, o enfrentamento da matéria deve se dar em outra esfera de discussão, isto é, com a análise da compatibilidade sistêmica entre o artigo 385 do Código de Processo Penal e o modelo acusatório delineado no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da compatibilidade vertical entre a regra processual e a Constituição Federal.

Para tanto, nessa tarefa interpretativa, vale a pena destacar a lição de Ferraz Jr., quando afirma que a Ciência do Direito, de modelo hermenêutico, tem por tarefa interpretar textos e suas intenções, tendo em vista uma finalidade prática, que domina a atividade interpretativa; esta finalidade se distingue de atividades semelhantes das demais ciências humanas, à medida que o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao identificar o sentido do momento, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema (FERRAZ JR., 2014, p. 91).

Na doutrina, *prevalece* o entendimento que advoga a recepção do artigo em comento pela Carta Política de 1988.

Para Noronha (1996, p. 226),

[...] não está a sentença vinculada ao pedido final do Ministério Público; pode ela condenar o acusado, embora a promotoria tenha pedido a absolvição (art. 385). Compreende-se que a imputação inicial trace os limites da condenação, mas não se pode impedir que o juiz, assim como pode absolver quando o Ministério Público pede a condenação, condene quando este se manifesta pela absolvição, o que, naturalmente, condiz com sua livre convicção.

Nesse sentido, aceitando as alegações finais do Ministério Público na roupagem de parecer, posicionam-se Jardim e Amorim (2016, p. 81):

Na verdade, o mencionado art. 385 do Código de Processo Penal não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (art. 42 do CPP). O pedido de condenação não é retirado, sendo que, nas alegações finais, apenas se dá um “parecer” sobre a pretensão punitiva estatal, que está manifestada na denúncia e nela permanece. De qualquer forma, o legislador não tem saída: a) ou obrigaria o Ministério Público a insistir sempre e sempre na condenação do réu, o que seria um absurdo; b) ou obrigaria o juiz a absolver o réu e, nesse caso, a decisão seria do próprio Ministério Público, que mandaria o juiz prolatar uma decisão meramente formal de absolvição, o que seria um despautério.

Em que pese a envergadura da doutrina acima destacada, o artigo 385 do Código de Processo Penal é incompatível com a Constituição Federal de 1988, sendo claro o descompasso existente entre a regra processual aqui destacada e o sistema acusatório constitucionalmente instituído em nosso ordenamento jurídico e reafirmado, agora, pela Lei nº 13.964/2019.

Havendo incontestemente separação entre as funções de acusar e julgar, a *pretensão de natureza acusatória*, exercitada de forma privativa pelo Ministério Público, não se confunde com a *pretensão punitiva do Estado*, esta sim exercitada pelo órgão julgador. Uma depende da outra, isto é, somente haverá efetivo exercício do *ius puniendi* do Estado caso tenha sido previamente exercida, *in totum*, a pretensão acusatória que, de acordo com o desenho constitucional claramente delineado pelo artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, compete privativamente ao Ministério Público.

A privatividade da ação penal pública confere ao Ministério Público o monopólio do direito de acusar, sendo incompatível com o modelo acusatório qualquer disposição que busque, de alguma forma, transferir para outro órgão, e até mesmo ao Poder Judiciário, essa atribuição (BRASIL, 1990).

Essa, inclusive, a lição de Lopes Jr. (2016, p. 1.143-1.144), para quem:

Partindo da construção dogmática do objeto do processo penal, com GOLDSCHMIDT, verificamos que (nos crimes de ação penal de iniciativa pública), o Estado realiza dois direitos distintos (acusar e punir) por meio de dois órgãos diferentes (Ministério Público e Julgador). Essa duplicidade do Estado (como acusador e julgador) é uma imposição do sistema acusatório (separação das tarefas de acusar e julgar). 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 estatal está condicionado à invocação feita pelo MP mediante o 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.

Dele não discorda Badaró (2013, p. 39), quando afirma que, separadas as funções, cabe ao juiz, somente ao juiz, apenas julgar; do *ne procedat iudex ex officio*, que nada mais é do que consequência do direito de ação, deriva que o juiz não pode prover sem que haja um pedido e, consequentemente, não pode prover diversamente do que lhe foi pedido; o juiz não pode pronunciar-se sobre algo que não integrou o objeto do processo, sob pena de violação à regra da inércia da jurisdição.

Assim, cabe perguntar: se o juiz não pode condenar o réu além do pedido formulado pelo Ministério Público (sentença *ultra petita*), por que poderia condenar sem que fosse formulado pedido expresso de condenação, em alegações finais, após encerrada a instrução probatória?

Como se não bastasse, a indevida fusão entre a pretensão acusatória e a pretensão punitiva do Estado também não pode ser admitida invocando-se, para tanto, a chamada busca pela verdade real.

Já foi aqui falado que o objeto do processo penal é a pretensão condenatória.

E, para a resolução da controvérsia penal, cabe ao julgador proceder à reconstrução histórica dos fatos, de acordo com a disciplina constitucional e infraconstitucional que disciplina a investigação, a admissão, a produção e, finalmente, a valoração das provas no processo

penal.

Assim sendo, é justamente a partir das provas que o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência dos fatos articulados na denúncia ou queixa em desfavor da pessoa acusada ou da sua não verificação no caso concreto.

Nesse processo de reconstrução histórica dos fatos, uma coisa é certa: a verdade absoluta ou ontológica é algo inalcançável.

Deve-se ter clara a ideia de que a verdade real é um mito e o que se busca no processo penal, na realidade, é a verdade mais provável.

Nessa linha, Baltazar Junior (2010, p. 168) afirma que:

O que ocorre no campo dos fatos não é distinto do campo do direito. Assim como na determinação do direito aplicável não há uma única resposta correta, também em relação aos fatos não há como alcançar a verdade total ou absoluta, devendo agir o juiz com pretensão de correção. Assim como na teoria geral do direito superou-se a lógica binária de decisão certa ou errada, admitindo-se a busca da melhor solução, também no campo da prova passou-se a buscar a solução da verdade mais provável. Que dizer, resta-nos tomar a verdade como alta probabilidade de ocorrência dos fatos tais como descritos na denúncia, a justificar a condenação, identificando-se a verdade processual como a verdade possível, abandonada que está, atualmente, a noção de verdade real ou de verdadeira verdade.

Ao julgador não é dado reformular o sistema a pretexto de bem aplicar a lei.

Dworkin (2007, p. 451), a propósito, expressa fundada preocupação com o ativismo jurídico, quando afirma que:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

Ademais, não se pode diminuir em importância a manifestação final do Ministério Público, materializada em alegações finais orais ou sob a forma de memorial, e, sobretudo, o momento processual que ela representa para ambas as partes, sob pena de seu completo e indevido esvaziamento.

Aliás, tamanha a importância do conteúdo das razões finais das partes e, mais disso, da íntima correlação existente entre o que foi por elas postulado e o devido exercício do contraditório e da ampla defesa que, para a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019b), caso o processo envolva mais de uma pessoa acusada, dentre elas réus colaboradores e acusados delatados, não se mostra possível a apresentação, em prazo comum, dos memoriais por todos os acusados.

Em suma, são essas as razões pelas quais aponta-se para a impossibilidade de condenação no processo penal sem prévio pedido do Ministério Público, dada a não recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988.

6 CONCLUSÃO

A redemocratização vivida no país, simbolizada no texto da Constituição Federal de

1988, indicou novos rumos para o pensamento jurídico no Brasil.

A leitura constitucional do Direito Penal e Processual Penal ganhou protagonismo no discurso jurídico nacional, e a legitimidade de Poderes, Instituições e institutos jurídicos somente pode ocorrer com apoio na Constituição Federal de 1988.

O ordenamento jurídico deve ter *unidade, coerência e completude*, qualidades intrínsecas que o distanciam de um mero apanhado de leis desconexas marcadas pela disfuncionalidade, e orientar-se na busca pela efetividade na resolução dos mais diversos conflitos de interesses.

Nesse cenário, é vedado ao julgador, a pretexto de melhor decidir, perder-se em manifestações de voluntarismo ético, com base nas suas experiências pessoais, e distanciar-se do modelo de Justiça Penal constitucionalmente instituído.

Bem por isso, ao lado da incompatibilidade sistêmica com o modelo acusatório delineado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, a manutenção do artigo 385 do Código de Processo Penal no ordenamento jurídico brasileiro revela uma outra face, oculta, de inutilidade prática, já que não se mostra ferramenta hábil para a solução das controvérsias penais.

Não é apenas a lei que não pode se sobrepor à Constituição; o juiz, no exercício de sua precípua missão judicante, também não pode.

Assim, como se buscou demonstrar ao longo deste texto, a possibilidade de condenação criminal diante de pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público não encontra fundamento constitucional, a partir do sistema acusatório instituído com o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e reafirmado, agora, pela Lei nº 13.964/2019, sendo absolutamente nula a sentença penal condenatória que siga nessa direção.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ANDRADE, Roberta Lofrano. *Processo penal e sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. Curso de derecho procesal penal. Madrid: Edersa, 1986, p. 118, *apud* GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee de Ó (Coord.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 4 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 68.204-9/RS*. Ministério Público: privatividade da ação penal publica (CF, art. 129, I): incompatibilidade com os procedimentos especiais por crime de deserção, no ponto em que prescindem da denúncia (C. Pr. Pen. Militar, art. 451 ss.): precedente (UC 67.931). Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 30 out. 1990. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=23/11/1990&jornal=4&pagina=23&totalArquivos=128>. Acesso em: 4 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019, de autoria do Poder Executivo*. Apresenta a Mensagem n. 50, de 19 de fevereiro de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal [...] para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 4 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus 157.627/PR*. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Conhecimento. Possibilidade. Apresentação de memoriais escritos por réus colaboradores e delatados. Prazo comum. Inadmissibilidade. Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa. Nulidade. Existência de prejuízo. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 27 ago. 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5472232>. Acesso em: 7 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019c. Disponível em: Acesso em: 7 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6305/DF*. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Art. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das Garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal. Artigo 96 da Constituição. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 22 jan. 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5844852>. Acesso em: 7 abr. 2020.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *A ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte. Del Rey, 2017.
- 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.
- GNCRRIM; CNPG. *Comissão especial: enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019)*. Jan. 2020. Disponível em: http://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNC-CRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 4 abr. 2020.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- ITALIA. *Costituzione Italiana*. Roma: Assembleia Costituyente, 1947. Disponível em: http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/costituzione_VIGENTE__rossa_2.pdf. Acesso em: 4 abr. 2020.
- JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre. *Direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva*. Curitiba: Juruá, 2016.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

TURESSI, Flávio Eduardo. *Justiça penal negociada e criminalidade macroeconômica organizada*: o papel da política criminal na construção da ciência global do direito penal. Salvador: Juspodivm, 2019.

Submetido em: 14/04/2020

Aprovado em: 14/07/2020