

# REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

VOLUME 17  
2020



**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

---

## REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

### Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, 2012-

ISSN: 2316-6959

Volume 17

2020

1. Direito – periódicos. I. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.  
CDU 34(815.6)(5)

Publicação semestral

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

Editoração:  
Escola Superior do Ministério Público de São Paulo  
Rua 13 de Maio, 1259 – 3o andar – Bela Vista  
01327-001 – São Paulo – SP – Brasil  
Tel. (11) 3017-7781  
esmp\_revista@mpsp.mp.br

ISSN: 2316-6959

VOLUME 17  
2020

# REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO



ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

## REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

### Editora Responsável

**Mylene Comploier**, Doutora em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Assessora da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### Editora Adjunta

**Ticiane Lorena Natale**, Mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Servidora Pública do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### Coordenador Editorial

**José Roberto Fumach Junior**, Mestre pela Université Panthéon-Assas, Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Assessor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### CONSELHO EDITORIAL

**Alexandre Rocha Almeida de Moraes**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), da Faculdade Damásio de Jesus

(SP) e das Faculdades Toledo de Ensino (Presidente Prudente-SP); **Antonio André David Medeiros**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS); **Antonio Carlos Da Ponte**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Santa Cecília (UNISANTA); **Antonio Sérgio Cordeiro Piedade**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT); **Bernadette Aubert**, Doutora pela Université de Poitiers (França), Professora da Université de Poitiers (França); **Michel Danti-Juan**, Doutor pela Université de Poitiers (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto**, Doutor pela Universidade de Lisboa (Portugal), Professor da Universidade de Lisboa (Portugal); **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Universidade Paranaense (UNIPAR); **Fernando de Brito Alves**, Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP), Professor da Uni-

# EXPEDIENTE

versidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO-SP); **Emerson Garcia**, Doutor pela Universidade de Lisboa, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; **Fernando Reverendo Vidal Akaoui**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor e Coordenador Pedagógico da Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo; **Gilberto Giacóia**, Doutor pela Universidade de São Paulo (USP), Professor da Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR) e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR); **Gregório Assagra de Almeida**, Pós-Doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; **Hermes Zaneti Junior**, Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino, Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); **Jean Pradel**, Doutor pela Université de Montpellier (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da

Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Maria Teresa Giménez Candela**, Doutora pela Universidade de Navarra (Espanha), Professora da Universitat Autònoma de Barcelona (Espanha); **Pedro Henrique Demercian**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP); **Samuel Rodriguez Ferrandéz**, Doutor pela Universidad Miguel Hernández de Elche e Professor da Universidad de Murcia (Espanha).

## PARECERISTAS

**Adrielle Betina Inácio Oliveira**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Alberto Camiña Moreira**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Alexandre Rocha Almeida de Moraes**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Aline Antunes Gomes**, Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ - RS), Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí - SC); **Ana Lúcia Menezes Vieira**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Ana**

**Paula Marques Andrade**, Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), Mestre pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT); **Angelita Woltmann**, Universidade Franciscana (UFN-RS), Doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Américo Bedê Freire Júnior**, Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Doutor pela Faculdade de Direito de Vitória; **Ana Maria de Carvalho**, Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO), Mestre pela Universidade Federal de Goiás (UFG); **Antonio Sergio Cordeiro Piedade**, Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Armando Albuquerque de Oliveira**, Centro Universitário João Pessoa (UNI-PÊ-PB), Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); **Arthur Antonio Tavares Moreira Barbosa**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; **Augusto Eduardo de Souza Rossini**, Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP), Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DPN-MJ), Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Bruno Baldinoti**, Centro Universitário Eurípides Soares de

Marília (UNIVEM-SP), Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP); **Carlos Alberto Pereira Leitão Junior**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **Cláudio José Langroiva Pereira**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Clayton Gomes de Medeiros**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Mestre pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR); **Cristiano Pereira Moraes Garcia**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Faculdades de Atibaia, Faculdades de Campinas e Universidade São Francisco (USF), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Daniel Albuquerque de Abreu**, Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP-DF); Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG); **Daniela Regina Pellin**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Daniele Galvão de Sousa Santos**, Universidade de Coimbra (Portugal), Mestre pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT); **Denise Tatiane Girardon dos Santos**, Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ-RS) e Faculdades Integradas Machados de Assis (FEMA-RS), Doutora pela Universidade do

# EXPEDIENTE

Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Dulcely Silva Franco**, Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Mestre pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT); **Edna Raquel Rodrigues Santos Hagemann**, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Doutora pela Universidade Gama Filho; **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Universidade Paranaense (UNIPAR), Ministério Público do Estado do Paraná, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Elizete Alves**, Centro Universitário Municipal de São José (USJ), Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Emerson Garcia**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Doutor pela Universidade de Lisboa; **Fabiana Leonardi Campanella**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Felipe Barcarollo**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Felipe Chiarello de Souza Pinto**, Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Fernando de Brito Alves**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO-SP), Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP); **Flávio Cardoso Pereira**, Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás, Doutor

pela Universidad de Salamanca (Espanha); **Flávio Eduardo Turessi**, Ministério Público de São Paulo e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Francieli Korquevicz Morbini**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Mestre pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR); **Giácomo Tenório Farias**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS); **Gianfranco Silva Caruso**, Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL-SP), Mestre pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo (UNISAL-SP); **Gilberto Giacóia**, Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR), Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Gregório Almeida**, Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro**, Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP), Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP); **Jaceguara Dantas da Silva Passos**, Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (MP-MS), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **José Antonio Remédio**, Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Univer-

sidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Jorge Renato dos Reis**, Universidade de Santa Cruz do Sul, Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; **Karine Grassi**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Universidade de Caxias do Sul (UCS-RS); **Luis Fernando de Moraes Manzano**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Luiz Eduardo Dias Cardoso**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro**, Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP-MG), Escola Superior Dom Helder Câmara (ES-DHC-MG), Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais; **Lyza Anzanello de Azevedo**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Maria Áurea Cecato**, Universidade Federal da Paraíba, Doutora pela Université de Paris II Panthéon-Assas; Mariângela Tomé Lopes, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Universidade São Judas Tadeu e Universidade Anhembi Morumbi, Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Marina Demaria Venâncio**, Organização das

Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (Itália), Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Mário Sérgio Sobrinho**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Mônica Aguiar Silva**, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Doutora pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); **Natanael Dantas Soares**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA - AM); **Neuro José Zambam**, Faculdade Metodista do Passo Fundo (RS), Faculdade Meridional – IMED, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; **Octavio Luiz Motta Ferraz**, Warwick University (Reino Unido), Doutor em Direito pela University College London; Orídes Mezzaroba, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Paulo Ricardo Schier**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Paulo Roberto Ribeiro Nalin**, Universidade Federal do Paraná, Doutor pela Universidade Federal do Paraná; **Rafael de Oliveira Costa**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); **Rafael Salatini Almeida**, Universidade Estadual Paulista (UNESP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Reinaldo Denis Viana Barbosa**, Universidade Federal de Santa Ca-

# EXPEDIENTE

tarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Renato de Sousa Marques Craveiro**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Renee do Ó Souza**, Ministério Público do Mato Grosso (MP-MS), Mestre pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); **Reynaldo Mapelli Júnior**, Ministério Público de São Paulo (MPSP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Ricardo Andrade Saadi**, Polícia Federal (PF-DF), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **Roberta Pappen da Silva**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Roberto Barbosa Alves**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha); **Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo**, Fundação Getúlio Vargas, Doutor pela Universidade de São Paulo; **Rodrigo Alessandro Sartoti**, Sociedade Educacional de Santa Catarina (UniSociesc-SC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Rodrigo de Andrade Figaro Caldeira**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini**, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP), Universidade de Marília (UNIMAR-SP), Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI-SP), Doutora

pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Sérgio Pereira Braga**, Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Tailson Pires Costa**, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Universidade Metropolitana de Santos e Universidade Católica de Santos, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Tania Alves Martins**, Universidade de Itaúna (MG), Mestre pela Universidade de Itaúna; **Tatiane Gonçalves Mendes Faria**, Fundação Universidade de Itaúna (FUIT-MG), Mestre pela Fundação Universidade de Itaúna (FUIT-MG); **Tiago Cintra Essado**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Valter Foletto Santin**, Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso (MT), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Volnei Rosalen**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Vladimir Brega Filho**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Wilson Engelmann**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS),

# EXPEDIENTE

Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS).

---

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**  
**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

**Diretor**

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

**Assessores**

José Roberto Fumach Junior  
Mirella de Carvalho Bauzys Monteiro  
Mylene Comploier  
Zenon Lotufo Tertius

**Coordenação Editorial**

José Roberto Fumach Junior

**Editores**

Editora Responsável – Mylene Comploier  
Editora Adjunta – Ticiane Lorena Natale

**Revisão Ortográfica**

Renato de Souza Marques Craveiro  
Ticiane Lorena Natale

**Diagramação e Arte**

Mariana de Paula Fioux Silva



# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa ..... 16

## ARTIGOS

### **SISTEMA ACUSATÓRIO, PACOTE ANTICRIME E O ANACRÔNICO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ANOTAÇÕES SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO NO PROCESSO 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 CRIMINAL PROCEEDINGS WITHOUT PRIOR REQUEST BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

Flávio Eduardo Turessi ..... 22

### **REVALORIZAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL, EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DA (AMPLA) LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER MEDIDAS ASSECURATÓRIAS**

THE ROLE OF THE VICTIM IN CRIMINAL PROCEDURE, EFFECTIVENESS OF JUDICIAL PROTECTION AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: THE (WIDE) LEGITIMACY OF THE PUBLIC MINISTRY TO REQUEST ASSURANCE MEASURES

Gabriel Marson Junqueira

Rafael de Oliveira Costa ..... 46

### **CRIMINALIZANDO IMORALIDADES: A CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE DE ENTORPECENTES PARA USO**

CRIMINALIZING IMMORALITIES: THE CONSTITUTIONALITY OF THE NARCOTICS POSSESSION CRIME

Juan Biazevic ..... 62

### **LA MEDIACIÓN POLICIAL Y SU REPERCUSIÓN JURÍDICO-PENAL: PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS**

POLITICAL MEDIATION AND ITS LEGAL-PENAL IMPACT: PERSPECTIVES AND CHALLENGES

Lourdes Miguel Sáez ..... 79

### **OMISSÃO IMPRÓPRIA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO COMPLIANCE OFFICER PELO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS**

IMPROPER OMISSION AS A FOUNDATION OF COMPLIANCE OFFICER'S CRIMINAL LIABILITY FOR THE CRIME OF MONEY LAUNDERING

Zacarias Alves de Araújo Neto  
Débora Passos da Costa ..... 91

## **AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS E O SEU DISTANCIAMENTO DA REALIDADE: REFLEXÕES A PARTIR DE UM ATENTADO TERRORISTA**

THE DECLARATIONS OF RIGHTS AND THEIR DISTANCING FROM REALITY: REFLECTIONS FROM A TERRORIST ATTACK  
Gilvânklím Marques de Lima ..... 109

## **DE LA INTIMIDAD TERRITORIAL A LA INFORMATIVA: LA DEFENSA DE LA INTIMIDAD A TRAVÉS DE SUS MANIFESTACIONES CONSTITUCIONALES**

FROM TERRITORIAL TO INFORMATIVE PRIVACY: THE DEFENSE OF PRIVACY THROUGH ITS CONSTITUTIONAL MANIFESTATIONS  
Juan José Lopez Ortega  
Juan Manuel Alcoceba Gil ..... 133

## **O HABEAS CORPUS ELETRÔNICO E SUA RELAÇÃO COM A MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (PODER JUDICIÁRIO): UMA ANÁLISE DE SUA EFICÁCIA APÓS A IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

ELECTRONIC HABEAS CORPUS AND ITS RELATIONSHIP WITH THE MODERNIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION (JUDICIAL POWER): AN ANALYSIS OF ITS EFFECTIVENESS AFTER THE IMPLEMENTATION OF THE ELECTRONIC PROCESS BY SÃO PAULO STATE SUPREME COURT  
Válter Kenji Ishida ..... 145

## **OPERAÇÃO SEVANDIJA: UM ESTUDO DAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA CORRUPÇÃO**

OPERATION SEVANDIJA: STUDY OF THE CAUSES AND CONSEQUENCES OF CORRUPTION  
Hermes Duarte Morais ..... 157

## **TURISMO DE PESCA ESPORTIVA E ÉTICA NO DIREITO AMBIENTAL DO Tucunaré-Açú (*Cichla temensis*) EM BARCELOS, NA AMAZÔNIA BRASILEIRA**

SPORT AND ETHICS FISHERIES TOURISM IN THE ENVIRONMENTAL LAW OF TUCUNARÉ-AÇU (*Cichla temensis*) IN BARCELOS, IN THE BRAZILIAN AMAZON  
Aisha Leandra Cornelio Tapia  
Danilo Izel Uchoa  
Denison Melo de Aguiar ..... 173

# APRESENTAÇÃO

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo chega ao seu 17º volume com os escopos de contribuir para as reflexões necessárias nesse momento tão singular da humanidade e aperfeiçoar ainda mais a qualidade de suas publicações.

A Diretoria da ESMP manteve seu compromisso e seriedade com a Instituição, apoiando todas as iniciativas de melhoria da RJESMPSP, não apenas para fins de classificação na CAPES, mas para que a Revista pudesse de fato contribuir com a atuação do MPSP e, especialmente, com a disseminação do conhecimento e cultura jurídicos.

O mérito da nossa tarefa decorre do esforço coletivo da Diretoria e dos servidores que constroem há anos esta Revista, os quais são os verdadeiros responsáveis pela qualidade e pelo rigor na gestão do processo de avaliação e de publicação dos artigos, por meio de cuidadosa revisão e atentos aos critérios rigorosos do Qualis/CAPES.

Para a obtenção da excelência da nossa revista, a ESMP permanece atenta aos recentes debates na modificação da avaliação de periódicos, o que nos impulsionou a iniciar todos os trâmites burocráticos para a inserção de registros internacionais DOI (Digital Object Identifier) nos artigos. Assim, tornar-se-á mais eficaz a aferição de impacto dos nossos textos e viabilizar-se-á a indexação da Revista nas principais bases de consultas. Também fortalecemos nosso corpo de pareceristas com novos integrantes, por intermédio da publicação de edital de chamamento de interessados, atualizamos o sistema de recepção de artigos adotando a última versão da Open Journal Systems e mudamos a hospedagem da Revista para um servidor do próprio MPSP, mais seguro e econômico.

Abrimos nossa Revista com "Sistema Acusatório, pacote anticrime e o anacrônico artigo 385 do Código de Processo Penal: anotações sobre a (im)possibilidade de condenação no processo penal sem prévio pedido pelo órgão do Ministério Público" de Flávio Eduardo Turessi, uma pesquisa importante para a defesa do devido processo legal e, consequentemente, primordial para a defesa do Estado Democrático de Direito, na qual o autor sustenta, sob o espectro do sistema acusatório, a impossibilidade de condenação sem prévio pedido do Ministério Público.

O artigo "Revalorização da vítima no processo penal, efetividade da tutela e hermenêutica constitucional: em busca da (ampla) legitimidade do Ministério Público para requerer medidas assecuratórias" de Rafael de Oliveira Costa e Gabriel Marson Junqueira propõe a legitimidade do Ministério Público para requerer o arresto e a hipoteca legal não apenas nas hipóteses em que existe interesse da Fazenda Pública ou em que o ofendido seja pobre, mas em todas as causas em que atua, o que contribuiria para a reparação dos danos e auxiliaria no processo de revalorização das vítimas no âmbito do processo penal.

Juan Biazevic em "Criminalizando imoralidades: a constitucionalidade do crime de porte de entorpecentes para uso" analisa a alegação de que a proibição do porte de entorpecentes para uso próprio seria inconstitucional por violação aos direitos de liberdade e de intimidade. O autor analisa se é plausível, sob o prisma da moral crítica, proibir condutas incapazes de gerar danos a terceiros, porém causadoras de violação a valores morais compartilhados pelo grupo social.

Lourdes Miguel Sáez, em "La mediación policial y su repercusión jurídico-penal: perspec-

# APRESENTAÇÃO

tivas y desafios”, por meio da ideia de mediação policial, propõe uma reorganização tanto da polícia quanto da sua relação com a população, oportunizando uma nova concepção de segurança pública e de pacificação social.

Em “Omissão imprópria como fundamento da responsabilização penal do Compliance Officer pelo crime de lavagem de capitais”, Zacarias Alves de Araújo Neto e Débora Passos da Costa analisam se a omissão imprópria é fundamento idôneo para responsabilizar o compliance officer pelo crime de lavagem de capitais nas instituições financeiras.

Na pesquisa “As declarações de direitos e o seu distanciamento da realidade: reflexões a partir de um atentado terrorista”, Gilvânklm Marques de Lima recorre a estudos filosóficos e criminológicos para analisar as raízes do terrorismo, reforçando a importância da efetivação dos direitos positivados e do combate às desigualdades socioeconômicas.

No artigo estrangeiro “De la intimidad territorial a la informativa: la defensa de la intimidad a través de sus manifestaciones constitucionales”, os autores Juan José Lopez Ortega e Juan Manuel Alcoceba Gil tratam da necessária proteção da intimidade no processo penal espanhol.

Os benefícios que o habeas corpus eletrônico trouxe para o processo penal como um todo, possibilitando conjugar agilidade e garantismo penal, são discutidos no artigo “O habeas corpus eletrônico e sua relação com a modernização da administração pública (Poder Judiciário): uma análise de sua eficácia após a implementação do processo eletrônico pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo” de Válder Kenji Ishida.

Em “Operação Sevandija: um estudo das causas e consequências da corrupção” de Hermes Moraes, uma pesquisa sobre os impactos da corrupção na comunidade, destaca-se a importância fundamental do Ministério Público para impedir que esse mal se mantenha como lugar-comum na política brasileira.

Por fim, o artigo “Turismo de pesca esportiva e ética no Direito Ambiental do Tucunaré-Açu (*Cichla temensis*) em Barcelos, na Amazônia brasileira” de Aisha Leandra Cornelio Tapia, Danilo Izel Uchoa e Denison Melo de Aguiar efetua uma análise da ética e da proteção dos direitos dos animais nos regulamentos que permitem a pesca esportiva do Tucunaré-Açu, discutindo sobre o contexto social e as implicações jurídicas e econômicas para a proteção integral da vida silvestre em rios amazonenses.

Desejamos a todos uma boa leitura.

**Paulo Sérgio de Oliveira e Costa**  
**Diretor da Escola Superior do Ministério Público**

**Mylene Comploier**  
**Editora Responsável**

# LINHA EDITORIAL

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo está aberta às mais variadas abordagens teóricas e metodológicas, priorizando textos interdisciplinares e análises críticas. Os artigos científicos devem tratar, de forma crítica, assuntos que, de preferência, abordem o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito; porém a Revista espera a participação de toda a comunidade acadêmica, não se restringindo a ser um veículo de comunicação apenas do Ministério Público.

No sentido de fomentar o aprofundamento das pesquisas nas linhas e teses do Ministério Público, a Revista busca abordar os seguintes temas, centralmente:

I. Ministério Público: dirigida ao debate de temas institucionais, visa principalmente a pesquisar e refletir sobre o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito.

II. Ciências Criminais: tema que prevalece na atuação do Ministério Público, nesta linha pretende-se abordá-lo a partir do pluralismo de teorias que reflitam sobre o Direito e o Processo Penal, a Dogmática Penal e a Política Criminal.

III. Tutelas Coletivas e Difusas: tema relevante na sociedade brasileira atual, merece espaço específico na Revista para o aprofundamento das questões relativas aos interesses transindividuais, difusos e coletivos.

IV. Temas Interdisciplinares: não se esgotando nos temas penais, a Revista também possui essa seção que será dedicada a vários temas jurídicos, abordados inter e multidisciplinarmente, trazendo o enfoque da sociologia, teoria geral, história e ciências afins para o jurídico, bem como o das outras ciências jurídicas para o penal.

O aceite dos artigos restringir-se-á a aqueles oriundos de Mestres (titulação mínima), sendo que a contribuição de mestrandos e pesquisadores em geral será muito bem-vinda desde que em coautoria com um Mestre. Também se exige o ineditismo do artigo e o cumprimento das regras da ABNT adotadas pela Revista, sendo que as mesmas encontram-se especificadas nas Diretrizes para os Autores.











---

# **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 Turessi<sup>1</sup>**

<sup>1</sup>Doutor 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 11.689<sup>2</sup>, 11.690<sup>3</sup> e 11.719<sup>4</sup>, no ano de 2008, e com a Lei nº 12.403<sup>5</sup>, 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

---

<sup>2</sup> Tribunal do Júri.

<sup>3</sup> Provas.

<sup>4</sup> Suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos.

<sup>5</sup> Prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

çável conformação de espaços de conflito entre acusação e defesa, numa clara oposição dialéctica 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 en 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

ída 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 notícia 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 penal<sup>6</sup>.

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

---

<sup>6</sup>Artigo 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 condenatória<sup>7</sup>.

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.

---

<sup>7</sup> 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, conseqüentemente, 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](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](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](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

# **REVALORIZAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL, EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DA (AMPLA) LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER MEDIDAS ASSECURATÓRIAS**

## **THE ROLE OF THE VICTIM IN CRIMINAL PROCEDURE, EFFECTIVENESS OF JUDICIAL PROTECTION AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: THE (WIDE) LEGITIMACY OF THE PUBLIC MINISTRY TO REQUEST ASSURANCE MEASURES**

**Gabriel Marson Junqueira<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Professor de Direito Processual Penal no Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela PUC-Campinas. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.

**Rafael de Oliveira Costa<sup>2</sup>**

<sup>2</sup> Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) / Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

## RESUMO

O presente estudo pretende, ao realizar uma abordagem hermenêutico-constitucional da temática das medidas assecuratórias no processo penal, propor uma revisão da legitimidade para a propositura do arresto e da hipoteca legal, enquanto meio para a revalorização da vítima no processo penal. Trata-se, indubitavelmente, de tarefa hercúlea, à qual pretendemos conferir cientificidade pela realização de recorte epistemológico fundado no princípio da efetividade da tutela jurisdicional. A pesquisa faz uso do raciocínio hipotético-dedutivo, valendo-se de dados de natureza primária (acórdãos e leis) e secundária (entendimentos doutrinários), permitindo concluir que, à luz do novel art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, e do art. 60, da Lei nº 11.343/06, a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto ou hipoteca legal não pode ficar adstrita aos casos em que existe interesse da Fazenda Pública ou o ofendido seja pobre.

**Palavras-chave:** Arresto; Hipoteca legal; Legitimidade do Ministério Público; Hermenêutica Constitucional.

## ABSTRACT

This study proposes the revision of the legitimacy for bringing seizure and legal mortgage suits as a mean for the revaluation of the victim in criminal proceedings. This is undoubtedly a herculean task, conducted scientifically through a framework founded on the principle of effectiveness. The research makes use of hypothetical-deductive reasoning, drawing on data of primary (judgments and statutes) and secondary (doctrine) nature, concluding that, in light of the article 387, IV, of the Criminal Procedure Code, and article 60 of the Law n. 11.343/06, the legitimacy of the prosecution to request seizure or legal mortgage can not be restricted to cases where there is an interest of the State or the victim is poor.

**Keywords:** Seizure; Legal mortgage; Prosecution legitimacy; Constitutional Hermeneutics.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Do Papel da Vítima no Processo Penal. 3. Das Relações entre as instâncias Cível e Criminal. 4. Necessidade de pedido formal? 5. Em busca de uma nova exegese do artigo 142, do CPP: Efetividade da tutela jurisdicional e (ampla) legitimidade do Ministério Público para requerer o arresto e a hipoteca legal. 6. Conclusões. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a complicada teia de relações que se estabelece entre as diversas figuras jurídicas dificulta a compreensão dos operadores do Direito.

Nessa cealuma, as medidas assecuratórias desempenham papel primordial na tutela dos interesses da vítima e um dos grandes desafios da contemporaneidade continua a ser a aplicação justa e adequada desse instituto.

Tradicionalmente, a jurisprudência vem entendendo que a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto e hipoteca legal se limita às hipóteses em que existe “interesse da Fazenda Pública ou se o ofendido for pobre”<sup>3</sup>.

O presente estudo pretende, ao realizar uma abordagem crítica do tema, propor a revisão da legitimidade para a propositura do arresto e da hipoteca legal, enquanto meio para a revalorização da vítima no processo penal. Trata-se, indubitavelmente, de tarefa hercúlea, à qual pretendemos conferir cientificidade pela realização de recorte epistemológico fundado no princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

A pesquisa faz uso do raciocínio hipotético-dedutivo, valendo-se de dados de natureza primária (acórdãos e leis) e secundária (entendimentos doutrinários), permitindo concluir que, à luz do novel art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, e do art. 60, da Lei nº 11.343/06, a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto ou hipoteca legal não pode ficar adstrita aos casos em que existe interesse da Fazenda Pública ou o ofendido seja pobre.

Esse o nosso plano de estudos. Passemos à sua concretização.

## 2 DO PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

O papel da vítima no processo penal tem sido tradicionalmente dividido em três fases distintas<sup>4</sup>.

Na fase do protagonismo, a vítima tinha amplos poderes para exercer a vingança privada, podendo adotar todas as medidas cabíveis para a tutela de seus interesses (CAPEZ, 2012, p. 513-514).

A segunda fase, chamada de “neutralização”, implicou no deslocamento do poder punitivo para o organismo estatal e teve seu ápice durante o absolutismo monárquico – visto que o Estado passou a ser o titular exclusivo do jus puniendi. Nessa fase, o ofendido passou a ocupar papel secundário ou de mera colaboração no processo penal (CAPEZ, 2012, p. 513-514).

<sup>3</sup> Por fugir ao escopo do presente trabalho, não serão tecidas considerações acerca da parte final do dispositivo legal, que autoriza o Ministério Público a postular a aplicação das cautelares de arresto e especialização de hipoteca se a vítima for pobre e o requerer. Basta lembrar que, com o advento da Constituição de 1988 e com a previsão da Defensoria Pública como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida precipuamente da defesa dos necessitados, a razão de ser da legitimação do “Parquet”, na hipótese, vai desaparecendo. Contudo, como tal instituição ainda não se faz presente em todos os lugares, o Supremo Tribunal Federal sustentou, no Recurso Extraordinário nº 147.776/SP (relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 19 de maio de 1998), a “inconstitucionalidade progressiva” da cláusula final do art. 142, bem assim do art. 68, do Código de Processo Penal.

<sup>4</sup> Para uma análise aprofundada do tema, conferir Fernandes (1995), e ainda, Gomes e Molina (2010) e, também, Oliveira (1999).

A segunda fase, chamada de “neutralização”, implicou no deslocamento do poder punitivo para o organismo estatal e teve seu ápice durante o absolutismo monárquico – visto que o Estado passou a ser o titular exclusivo do jus puniendi. Nessa fase, o ofendido passou a ocupar papel secundário ou de mera colaboração no processo penal (CAPEZ, 2012, p. 513-514).

Por fim, a fase do “redescobrimento” busca a revalorização da vítima, deixando de lado o aspecto meramente punitivo da pretensão penal para abranger também um aspecto reparatório do dano causado ao ofendido, especialmente com o advento da Declaração dos Direitos Fundamentais da Vítima aprovada pela ONU em 29 de novembro de 1985; com a Lei n. 9.099/95 – possibilitando, em infrações de menor potencial, a extinção da punibilidade mediante a composição civil (art. 74, parágrafo único, Lei n. 9.099/95) –; e, finalmente, com a nova redação dada ao art. 387, IV, do Código de Processo Penal – que permite ao juiz, na sentença condenatória, fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (CAPEZ, 2012, p. 513-514).

Diante desse novo cenário, as medidas assecuratórias, verdadeiras providências cautelares que objetivam assegurar a eficácia de uma futura decisão judicial, dentre as quais podemos citar a hipoteca legal, o sequestro, o arresto, a fiança e a busca e apreensão, passaram a assumir especial importância, tornando-se ferramentas indispensáveis à adequada tutela dos interesses do ofendido e, por via de consequência, estabelecendo nítido diálogo entre as instâncias cível e criminal.

### **3 DAS RELAÇÕES ENTRE AS INSTÂNCIAS CÍVEL E CRIMINAL**

As responsabilidades penal, civil e administrativa, embora possam decorrer de situação fática única, implicam em sanções de naturezas distintas. Um mesmo fato pode configurar, a um só tempo, ilícito penal, ilícito administrativo e ilícito civil. Assim, praticado um crime, pode ocorrer que, além da infração penal a ser apurada, exista também um dano a ser reparado em prol da vítima.

Em linhas gerais, a responsabilidade penal será objeto de apuração no correspondente processo-crime, enquanto a civil será discutida na denominada ação civil *ex delicto*, “que outra coisa não é senão o procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime” (PACCELLI, 2014, p. 183).

Em regra, a apuração pode ser feita, no âmbito civil e criminal, de modo concomitante, pois, no ordenamento pátrio, são limitadas as hipóteses de interferências de uma instância em outra (princípio da independência das instâncias). Para melhor compreensão, recorde-se que, segundo Araken de Assis (2000, p. 44):

[...] ressalvas e esperanças de rigidez simétrica de lado, se concebem quatro sistemas: o da separação, em que o provimento penal exercerá nenhuma ou limitadíssima influência na área civil; o da confusão, à semelhança do primitivo direito romano, quando ação única serve ao duplo objetivo de aplicar a pena e reparar o dano; o da solidariedade, em que, separadas as ações, obrigatoriamente se resolvem em conjunto e no mesmo processo; e, por fim, o da livre escolha, cujo traço característico consistirá na hipótese de cumulação facultativa, no processo penal, de ambas as ações.

---

<sup>4</sup> Para uma análise aprofundada do tema, conferir Fernandes (1995), e ainda, Gomes e Molina (2010) e, também, Oliveira (1999).

Tal separação, no sistema brasileiro, não é absoluta, pois a decisão prolatada no âmbito penal pode impactar no processo cível. Nesse sentido, dispõem os arts. 935, do Código Civil, e 65, do Código de Processo Penal. Vejamos:

Art. 935 - A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Art. 65 - Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

No mesmo contexto insere-se o art. 64, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que autoriza a suspensão da ação cível, enquanto se aguarda a solução da lide penal. E ainda o teor do art. 315, do Código de Processo Civil, ao dispor que, “se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal”, ressaltando o § 2º do mencionado diploma que, proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual incumbe ao juiz cível examinar incidentalmente a questão prévia.

Embora a doutrina, por vezes, afirme que há interferências apenas da sentença penal na esfera cível, e não vice-versa<sup>5</sup>, não parece ser esse o melhor entendimento. É que, quanto às questões atinentes ao estado das pessoas, “excepcionalmente, defere-se à instância civil certo poder subordinante em relação à criminal, quando a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, séria e fundada, de questão dessa natureza” (PACCELLI, 2014, p. 187). Nessas situações, a ação penal deverá, obrigatoriamente, ser suspensa, até a solução definitiva da matéria na seara cível (art. 92, do Código de Processo Penal).

Ocorre que, com a edição da Lei 11.719 (BRASIL, 2008), o sistema brasileiro da independência das instâncias, que já não era absoluto, acabou sofrendo nova mitigação. Isso em razão, principalmente, da nova redação conferida ao inciso IV, do art. 387, do Código de Processo Penal. Preceitua o dispositivo que o juiz, ao proferir sentença condenatória, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. De modo complementar, estabelece o parágrafo único do art. 63 que “transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

Contudo, a aplicação dessas novas regras tem suscitado polêmicas, especialmente no que concerne à legitimidade do Ministério Público para a tutela cautelar dos interesses dos ofendidos. É o que passaremos a analisar nos próximos itens deste ensaio.

#### **4 NECESSIDADE DE PEDIDO FORMAL?**

Um primeiro aspecto que merece atenção diz respeito à necessidade, ou não, de pedido formal para fixação de valor mínimo a título de reparação do dano, de modo a autorizar o juiz, em caso de condenação, a fazê-lo.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, ver Borges de Mendonça, 2008, p. 238.

De início, parcela da doutrina sustentou a desnecessidade de pedido explícito para que, na sentença penal condenatória, pudesse o juiz fixar valor mínimo de indenização em favor da vítima. Nessa linha, lecionava Andrey Borges de Mendonça, ao argumento de que “não há violação ao princípio da inércia [...]. Isto porque é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impor ao réu o dever de indenizar o dano causado” (BORGES DE MENDONÇA, 2008, p. 240).

Contudo, a jurisprudência, de forma praticamente uníssona, veio a se posicionar em sentido diverso, entendendo pela violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa em caso de fixação de valor mínimo a título de indenização sem pedido formalmente deduzido.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, a questão está sedimentada, como se pode verificar na ementa abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL [...] - REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS ART. 387, IV, DO CPP PEDIDO FORMAL DO OFENDIDO E POSSIBILIDADE DE DEFESA Necessidade: A inovação trazida pela Lei 11.719/08, visando à reparação civil na esfera criminal, para não causar ofensa ao princípio da ampla defesa, precisa observar os limites do pedido do ofendido permitindo, ainda, que o acusado se defenda e, sendo o caso, produza contraprova para apuração do prejuízo sofrido. Recurso parcialmente provido apenas para afastar da condenação a necessidade de ressarcimento. (SÃO PAULO, 2013)<sup>6</sup>.

Ressalte-se que, como argumento principal, os julgados têm sustentado que, sem pedido expresso, fica impossível ao acusado se contrapor à pretensão e, desse modo, influir na formação da convicção do julgador. O Superior Tribunal de Justiça, por meio da 5ª e da 6ª Turmas, igualmente, tem jurisprudência remansosa sobre o tema. A título de exemplo, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO CONSUMADO. REPARAÇÃO DE DANOS. ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO E FORMAL. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No Processo Penal, não cabe ao Juízo fixar o valor mínimo da indenização decorrente da prática de delito, nos termos do art. 387, IV, do CPP, sem pedido expresso da parte no momento processual oportuno. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2014a).

Destarte, a jurisprudência dominante tem atestado a necessidade de dedução de pedido formal de fixação de valor mínimo de indenização em favor da vítima como condição *sine qua non* para que o magistrado criminal possa acolher a pretensão na sentença, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Nessa mesma linha, têm-se julgados de outras Câmaras de Direito Criminal da Corte paulista. Veja-se: Apelação nº 0066421-43.2008.8.26.0114 (1ª Câmara Criminal Extraordinária), Apelação nº 0032704-13.2010.8.26.0068 (3ª Câmara Criminal), Apelação nº 3002354-90.2012.8.26.0271 (2ª Câmara Criminal Extraordinária), entre outros.

<sup>7</sup> Vale lembrar que a formulação do pedido em sede de memorial não tem sido suficiente. Nesse sentido: “Fixação de indenização a título de reparação aos danos causados pela infração penal. Desacolhimento. Pedido formalizado apenas por ocasião das alegações finais. Inexistência de instrução específica a res-

Destarte, a jurisprudência dominante tem atestado a necessidade de dedução de pedido formal de fixação de valor mínimo de indenização em favor da vítima como condição *sine qua non* para que o magistrado criminal possa acolher a pretensão na sentença, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa<sup>7</sup>.

Essa conclusão, contudo, deve ser vislumbrada sob ótica diversa, atentando o julgador para o fato de que, atualmente, é possível verdadeira cumulação de demandas cível e criminal no bojo de uma única instância: o processo-crime.

Desse modo, o processo criminal hodierno não tem seu objeto limitado ao exercício da pretensão punitiva estatal, mas também desempenha primordial papel na seara cível (com a consequente revalorização do ofendido), razão pela qual toda a sistemática legal atrelada à reparação dos danos causados à vítima deve sofrer uma (re)leitura, especialmente no que concerne à legitimidade para a dedução do pedido previsto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, e para os pleitos vinculados às medidas assecuratórias.

É o que passaremos a analisar nos próximos tópicos deste trabalho.

## 5 DA LEGITIMIDADE DO MP PARA DEDUÇÃO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO

Um segundo aspecto que merece análise, e que se situa na linha de desenvolvimento do precedente, consiste em saber quem possui legitimidade para a formulação do pedido de fixação de “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração”, de modo a viabilizar que o juiz criminal enfrente a questão.

Não é difícil imaginar uma primeira resposta, simplista, no sentido de que, por estarem em jogo questões meramente patrimoniais e disponíveis, apenas o ofendido poderia formalizar o pedido no processo-crime.

Entretanto, não parece ser essa a melhor solução. É que há evidente “interesse social de que todos os efeitos do crime sejam apagados, ou ao menos mitigados, especialmente o dano causado à vítima” (BORGES DE MENDONÇA, 2008, p. 241).

Deveras, como a infração penal pode repercutir em diversos âmbitos (civil, administrativo ou penal), a satisfação do interesse público decorre de um processo efetivo, capaz de equacionar, tanto quanto possível, os diferentes impactos produzidos pelo delito (princípio da efetividade da tutela jurisdicional). Como lembra Antônio Scarance Fernandes, “é generalizada

---

peito. Ausência de submissão da pretensão ao contraditório e a ampla defesa. Recurso provido em parte” (TJSP, 4ª Câmara Criminal, Apelação nº 0000890-18.2011.8.26.0045). Por outro lado, nada impede seja o pedido formulado de forma ilíquida. A respeito, confira-se o seguinte aresto: “RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTE EMPREGO DE ARMA. ART. 157, §2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PARADIGMA EM HABEAS CORPUS. VEDAÇÃO. APREENSÃO E PERÍCIA. POTENCIAL LESIVO. CONSTATAÇÃO. DESNECESSIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. ART. 387, INCISO IV, CPP. PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE. QUANTUM LÍQUIDO E CERTO. NÃO EXIGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. [...]4 - Neste caso houve pedido expresso por parte do Ministério Público, na exordial acusatória, o que é suficiente [...]. 5 - Assim sendo, não há que se falar em iliquidez do pedido, pois o quantum há que ser avaliado e debatido ao longo do processo, não tendo o Parquet o dever de, na denúncia, apontar valor líquido e certo, o qual será devidamente fixado pelo Juiz sentenciante. [...]” (STJ, REsp 1265707/RS, 6ª T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27/05/2014). BRASIL, 2014b.

a tendência consistente em dar à vítima novo papel no processo criminal, tirando-a do ostracismo que lhe foi imposto nos últimos tempos” (FERNANDES, 2012, p. 31). E o Ministério Público, titular da ação penal e defensor dos interesses sociais, não pode ficar alheio a essa realidade.

Observe-se que a matéria não diz apenas com questões patrimoniais, detentores de nítida natureza disponível. Há interesses sociais em jogo. Não por outras razões, os tribunais pátrios têm confirmado a legitimidade do Ministério Público para a dedução do pedido de fixação de indenização mínima, no âmbito penal, em favor do ofendido. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO. REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, por ocasião da prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa. 2. Recurso especial provido. (BRASIL, 2015).

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes. 3. Recurso desprovido. (BRASIL, 2013).

Contudo, de nada adianta assegurar ao ofendido a reparação dos danos se não lhe forem disponibilizados meios para que, ao final, a indenização seja efetiva. Não por outro motivo as medidas assecuratórias, verdadeiras providências cautelares que objetivam assegurar a eficácia de uma futura decisão judicial, passaram a assumir especial importância, tornando-se ferramentas indispensáveis à adequada tutela dos interesses do ofendido.

## **6 EM BUSCA DE UMA NOVA EXEGESE DO ART. 142, DO CPP: EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E (AMPLA) LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER O ARRESTO E A HIPOTECA LEGAL**

Conforme ressaltado nos tópicos anteriores, a jurisprudência exige pedido expresso da parte para que seja possível a aplicação do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, conferindo legitimidade ao Ministério Público para deduzi-lo. Ocorre que, diante desse panorama, afigura-se imperiosa uma releitura do art. 142, do Código de Processo Penal. Vejamos o seu teor:

Art. 142. Caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 134 e 137, se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer.

No artigo 125 e seguintes, o Código de Processo Penal trata das denominadas medidas assecuratórias, isto é, das medidas cautelares de natureza patrimonial. Em linhas gerais, tem-se, de um lado, o sequestro, que pode incidir sobre móveis ou imóveis, desde que existam indícios da proveniência ilícita dos bens. Vale dizer, o objetivo da medida é alcançar os proventos da infração penal. De outro lado, estão o arresto e a hipoteca legal, cuja implementação independe de prova de origem ilícita dos bens móveis (no caso do arresto) ou imóveis (no caso de especialização da hipoteca). Essas duas últimas medidas assecuratórias têm como objetivo principal garantir a solvência do autor da infração penal, a fim de que a ação civil *ex delicto* seja efetiva, proporcionando, de fato, a reparação do dano suportado pelo ofendido.

Daí que, em se tratando – insiste-se – de medida deferida no interesse da vítima, o ofendido é detentor de legitimidade para requerê-la (art. 134, do Código de Processo Penal). A legitimidade do Ministério Público, nos termos do acima transcrito art. 142, existe apenas em havendo “interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer”<sup>8</sup>.

Ocorre que a exegese tradicionalmente conferida a este último dispositivo não se mostra adequada à realidade hodierna, em razão de a autorização hoje existente, no processo-crime, de fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração.

Ora, se ao Ministério Público é conferida legitimidade para a formulação do pedido principal, isto é, para requerer a fixação, na seara penal, de valor mínimo de reparação de danos decorrentes do delito em favor do ofendido, parece claro que ao mesmo Órgão se deva autorizar a postulação de medidas assecuratórias, acessórias, destinadas, tão somente, a resguardar a efetividade daquela tutela jurisdicional.

O caráter acessório das medidas cautelares recomenda, inclusive, tal solução. Se “quem pode o mais, pode o menos” (em latim: “*cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*”), ou, em outras palavras, quem dá os fins dá os meios, conforme a denominada “teoria dos poderes implícitos”, incabível rechaçar a legitimidade do Ministério Público para requerer, em sede de processo-crime, a fixação de valor mínimo de indenização em favor da vítima, devendo ser-lhe assegurada igual legitimidade para postular o arresto e a especialização de hipoteca, medidas cautelares sabidamente voltadas a garantir a solvabilidade do autor da infração penal e, assim, a efetividade de parcela do provimento jurisdicional.

Não bastasse, o art. 60, da Lei nº 11.343 (BRASIL, 2006) confere ampla legitimidade ao Ministério Público para requerer a apreensão ou a decretação de “outras medidas assecuratórias nos casos em que haja suspeita de que os bens, direitos ou valores sejam produto do crime ou constituam proveito dos crimes”, “na forma dos arts. 125 e seguintes do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal”. Nesse sentido, a doutrina vem ensinando que:

As medidas previstas no artigo 60 podem ser decretadas em três hipóteses: a) de ofício pelo juiz; b) mediante requerimento do Ministério Público; e c) diante de uma representação formulada pela autoridade policial. (GOMES; SANCHES, 2010, p. 311).

---

<sup>1</sup> Vide nota nº 3.

Assim, incabível sustentar a legitimidade ministerial para requerer arresto e hipoteca judicial em sede de processo-crime em que se apura a prática de delito de tráfico e, de outro modo, afastá-la em relação aos demais delitos. Isso porque, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, ainda mais justificada a legitimidade do Ministério Público na hipótese da prática de crimes, por exemplo, contra o patrimônio, visto que o bem jurídico violado é exatamente aquele que se pretende ver reparado com o pleito indenizatório.

Ademais, se o positivismo pretendia, de alguma forma, buscar verdades inequívocas, subsumindo a norma ao caso concreto, na atualidade a compreensão é um fenômeno dotado de temporalidade: não ocorre desvinculada das circunstâncias do intérprete, mas sempre em virtude de uma condição historicamente situada (GADAMER, 1997).

Nesse contexto, qual deve ser o ponto de partida para a compreensão do sentido da norma contida no artigo 142, do Código de Processo Penal? Segundo entendemos, a compreensão da norma deve partir do bloco de constitucionalidade. Isso porque a Constituição – sem olvidar dos tratados aprovados em consonância com o artigo 5, § 3º, da Carta Magna, que compõem o bloco de constitucionalidade (ampliação da parametricidade constitucional) – é o ponto de partida para a definição de todos os demais preceitos jurídicos.

Assim, toda compreensão, interpretação e aplicação das normas – que, no dizer de Gadamer (1997), são momentos conexos – é simultaneamente compreensão, interpretação e aplicação da Constituição. Assim, outra não pode ser a conclusão senão aquela que nos leva à unicidade do fenômeno interpretativo: o processo de compreensão, interpretação e aplicação de um preceito jurídico é unitário e, por este motivo, tem sempre como ponto de partida a Constituição. A Constituição serve de base para a compreensão de todo o Direito, determinando o sentido de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico.

Assim, a unidade do sistema encontra seu fundamento na sua norma positiva superior, que é a Constituição. Do ângulo axiológico, buscar origem exógena para os princípios gerais do direito é colocar em risco valores universalmente consagrados na experiência jurídica do Direito ocidental, como da segurança ou certeza jurídica e outros. (MEGALE, 2002, p. 111).

Portanto, se toda concretização da norma é sempre uma concretização da Constituição, conclui-se que a Hermenêutica Jurídica Clássica só vem a lume após o exercício da Hermenêutica Constitucional, pois toda interpretação (ainda que indiretamente) é sempre uma interpretação da Constituição<sup>9</sup>.

A partir dessa premissa, resta claro que a hermenêutica adequada do texto processual penal é aquela que busca otimizar a aplicação do direito fundamental ao acesso à jurisdição. Dito de outra forma, não pode o julgador desconsiderar o fato de que o artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição, ao consagrar que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garante a todo indivíduo o acesso ao Judiciário e à tutela jurisdicional efetiva.

Ora, o mero acesso à jurisdição cível não implica, necessariamente, no esgotamento do conflito decorrente da prática do crime. Para a efetiva tutela jurisdicional não basta colocar à disposição do ofendido os meios para que chegue ao Judiciário, mas é necessário garantir uma solução útil e eficaz para o conflito decorrente da violação do bem jurídico-penal – o que inclui

---

<sup>9</sup> Sobre a necessidade de concretização dos princípios, conferir Canaris (1996, p. 96).

a integral reparação dos danos e, conseqüentemente, a adoção pelo Estado de todas as medidas assecuratórias que visem a tutelar os interesses do ofendido.

Em flagrante violação aos postulados hermenêutico-constitucionais da força normativa e da máxima efetividade (COSTA, p. 122-141, 2014), a interpretação restritiva do dispositivo leva à persecução penal do agente, mas desconsidera a demanda cível que tramita nos mesmos autos. Limita, desse modo, a tutela da vítima, reduzindo a força normativa e a efetividade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Ao condicionar a legitimidade do Ministério Público, cria-se requisito não previsto pela Constituição, violando, por via de consequência, o disposto nos artigos 5.º, inciso XXXV, e 129, inciso I, da Carta Magna.

Com efeito, os mencionados dispositivos pretendem combater exatamente a insuficiência de se responsabilizar o autor do delito e desconsiderar os danos causados ao ofendido. A complexidade estrutural do processo cível dificulta a efetiva responsabilização do sujeito ativo do crime. Ao se compactuar com a interpretação tradicional, a pulverização da legitimidade gera também a responsabilização incompleta ou, até mesmo, ausência de responsabilização do criminoso, o que não se coaduna com o *telos* da Carta Magna.

Em síntese, a ausência de legitimidade ampla do Ministério Público implica em ausência de efetividade do processo-crime. A exegese adequada do artigo 142, do Código de Processo Penal, independentemente do método que seja adotado para realizá-la, não pode desconsiderar os preceitos constitucionais, sob pena de violação dos postulados da força normativa e máxima efetividade da Constituição e, por via de consequência, dilapidação da efetividade da própria norma fundamental.

Nesse cenário, repensar a legitimidade para os pedidos de arresto e hipoteca legal implica em um processo hermenêutico que seja apto a prover: 1) o respeito aos postulados da força normativa e máxima efetividade da Constituição e 2) a racionalidade no contexto de um constitucionalismo fundado na tutela do ofendido e da pessoa humana como centro de imputação da ordem jurídico-normativa (ANDRADE ARAÚJO, 2001).

Portanto, a ampla legitimidade conferida ao Ministério Público para ingressar com medidas assecuratórias vem ao encontro dos princípios constitucionais, assegurando a eficácia de futura decisão judicial e trazendo a vítima para o cerne do processo penal.

Assim, à luz do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal; do art. 60, da Lei nº 11.343/06; do artigo 129, inciso I, da Constituição; e do princípio da efetividade da tutela jurisdicional merece revisão a lição doutrinária e a jurisprudência tradicional, fincadas em interpretação literal do art. 142, do Código de Processo Penal, segundo a qual a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto ou hipoteca legal ficaria adstrita, basicamente, aos casos em que existe interesse da Fazenda Pública<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Na jurisprudência, colhem-se julgados, admitindo a legitimidade do Ministério Público, em casos de peculato ou de crime contra o sistema financeiro, v.g. Veja: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MEDIDA ASSECURATÓRIA. SEQÜESTRO PRÉVIO E POSTERIOR HIPOTECA LEGAL. PRESSUPOSTOS. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. ORIGEM DOS BENS. MEAÇÃO. 1. Nos termos do artigo 142 do CPP, havendo interesse da Fazenda Pública, o Ministério Público tem legitimidade para requerer medida cautelar de sequestro/arresto provisório e posterior hipoteca legal, independentemente da exigência de qualquer medida anterior. 2. Para o deferimento da hipoteca legal exige-se prova da materialidade do fato criminoso e indícios suficientes da autoria. 3.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisprudência tradicionalmente vem admitindo a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto e hipoteca legal apenas nas hipóteses em que existe interesse da Fazenda Pública ou o ofendido seja pobre.

O presente estudo pretende, ao realizar uma abordagem crítica do tema, propor a revisão da legitimidade para a propositura das medidas assecuratórias, enquanto meio para a revalorização da vítima no processo penal.

Segundo entendemos, toda compreensão, interpretação e aplicação de enunciados normativos – que, no dizer de Gadamer, são momentos conexos – é simultaneamente uma compreensão, interpretação e aplicação da Constituição. E isto porque a Carta Magna se encontra no ápice do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade (e, por via de consequência, interpretação) para toda e qualquer diploma normativo vigente (GADAMER, 1997). Em outras palavras, “a unidade do sistema encontra seu fundamento na sua norma positiva superior, que é a Constituição.” (MEGALE, 2002, p. 111).

Em flagrante violação aos postulados hermenêutico-constitucionais da força normativa e da máxima efetividade (COSTA, p. 122-141, 2014), a interpretação restritiva do artigo 142, do Código de Processo Penal, leva à persecução penal do agente, mas desconsidera a demanda cível que tramita nos mesmos autos. Limita, desse modo, a tutela da vítima, reduzindo a força normativa e a efetividade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Ao se compactuar com a interpretação tradicional, a pulverização da legitimidade gera também responsabilização incompleta ou, até mesmo, ausência de responsabilização do autor do delito, o que não se coaduna com o telos da Carta Magna.

Ora, se ao Ministério Público é conferida legitimidade para a formulação do pedido principal, isto é, para requerer a fixação, na seara penal, de valor mínimo de reparação de danos decorrentes do delito em favor do ofendido, parece claro que ao mesmo Órgão se deva autorizar a postulação de medidas assecuratórias, acessórias, destinadas, tão somente, a resguardar a efetividade daquela tutela jurisdicional.

Em síntese, ainda que o Código de Processo Penal não tenha estabelecido adequadamente a legitimidade para a propositura de medidas assecuratórias, isso não pode implicar no esvaziamento dos artigos 5.º, inciso XXXV, e 129, inciso I, da Carta Magna. E objetivando impedir que efetividade do processo-crime, a adequada exegese da norma só pode ser aquela que ultrapassa a interpretação restritiva e confere ao dispositivo a máxima força normativa e efetividade.

Em suma, à luz do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal; do art. 60, da Lei nº 11.343/06; do artigo 129, inciso I, da Constituição; e do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, merece revisão a lição doutrinária e a jurisprudência tradicional, fincadas em interpretação literal do art. 142, do Código de Processo Penal, segundo a qual a legitimidade do Ministério Público para requerer arresto ou hipoteca legal ficaria adstrita, basicamente, aos casos em que existe interesse da Fazenda Pública.

---

Os bens cautelarmente sequestrados ou hipotecados terão como destino final o pagamento da multa, das custas do processo e o ressarcimento à vítima dos danos causados pelo crime. 4. O arresto (sobre bens móveis) e a hipoteca legal (sobre imóveis) incidem sobre o patrimônio do réu, mesmo lícito e sem vinculação com o crime. 5. [...]” (BRASIL, 2011).

## REFERÊNCIAS

ANDRADE ARAÚJO, Aloizio Gonzaga de. *O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas*. 2001. 456f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2001.

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: RT, 2000.

BORGES DE MENDONÇA, Andrey. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli* e aos procedimentos. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Apelação Criminal n. 814730620034047000/PR*. Sequestro prévio e posterior hipoteca legal. Pressupostos. Índícios suficiente de autoria e materialidade. Periculum in mora. Violação a princípios constitucionais. Inocorrência. Excesso não configurado. 17 fev. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=SEQ%C3%9CESTRO+PR%C3%89VIO+E+POSTERIOR+HIPOTECA+LEGAL>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo regimental no Recurso Especial n. 1428570/GO*. Agravo Regimental no Recurso Especial. Crimes contra a pessoa. Homicídio consumado. Reparação de danos. Art. 387, IV, do CPP. Fixação de ofício. Impossibilidade. Necessidade de pedido expresso e formal. Obediência ao princípio da ampla defesa. Agravo Regimental não provido. Relator: Min. Moura Ribeiro, 08 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;re:sp:2014-04-08;1428570-1345489>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1265707/RS*. Roubo. Divergência jurisprudencial. Julgado proferido em Habeas Corpus. Paradigma. Impossibilidade. Majorante emprego de arma. art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Dissídio jurisprudencial. Ausência de comprovação. Paradigma em Habeas Corpus. Vedação. Apreensão e perícia. Potencial lesivo. Constatação. Desnecessidade. Reparação de danos à vítima. Art. 387, inciso IV, CPP. Pedido expresso. Necessidade. Quantum líquido e certo. Não exigência. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 27 de maio de 2014b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25117357/recurso-especial-resp-1265707-rs-2011-0155194-6-stj>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial 1193083/RS*. Recurso Especial. Penal e Processual Penal. Homicídios duplamente qualificados consumados e homi-

cídio duplamente qualificado tentado. Reparação pelos danos causados à vítima prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Norma de direito processual e material. Irretroatividade. Necessidade de pedido expresso. Submissão ao contraditório. Recurso Especial a que se nega provimento. Relatora: Min. Laurita Vaz, 20 de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;re-sp:2013-08-20;1193083-1291400>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial n. 1556926/RS*. Recurso Especial. Extorsão. Reparação de danos à vítima. art. 387, IV, do CPP. Pedido expresso. Necessidade. Recurso provido. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;re-sp:2015-12-17;1556926-1503937>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Rafael de Oliveira. *Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais*. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 44, p. 122-141, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. *Criminologia: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. *Legislação criminal especial*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica Jurídica: Interpretação das Leis e dos Contratos*. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PACCELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Criminal n. 0008080-16.2009.8.26.0073*. Relator: Min. J. Martins, 27 de junho de 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2RN7JSH>. Acesso em: 11 jul. 2018.

**Artigo submetido em:** 11-06-2019

**Artigo aceito em:** 31-07-2020



