

O sistema acusatório brasileiro: A invalidade do art. 385 do Código de Processo Penal

The brazilian accusatory system: The invalidity of art. 385 of the Criminal Procedure Code



Recebimento em 30/09/2023

Aceito em 24/11/2024

Breno Marcos Gomes da Silva¹

<https://orcid.org/0009-0006-8741-3669>

breno.marcos442@gmail.com

RESUMO

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

PALAVRAS-CHAVE: Sistema acusatório; Art. 385 do Código de Processo Penal; Condenação e aplicação de agravantes de ofício.

ABSTRACT

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

KEYWORDS: Accusatory system; Art. 385 of the Criminal Procedure Code; Condemnation and application of ex officio aggravating factors.

1 INTRODUÇÃO

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

¹ Bacharel em Direito pela UFPE. Mestrando em Direito Internacional e Globalização pela UFPE. Advogado OAB/PE nº 61.071. E-mail: breno.marcos@ufpe.br.



fulcro no art. 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

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

O presente trabalho desenvolve uma análise crítica da atual sistemática de aplicação do art. 385 do Código de Processo Penal, encampada predominantemente pela jurisprudência, com amparo de parte da doutrina. Por meio de uma estrutura dialética, são abordados os argumentos quanto a possibilidade ou não de condenação e aplicação de circunstâncias agravantes de ofício pelo órgão julgador.

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

2 SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

O sistema acusatório consiste numa contraposição entre acusação e defesa em igualdade de condições, estando ambas diante de juiz equidistante e parcial. Há uma separação rígida entre o juiz e acusação, destacando-se, também, nesse sistema, a oralidade, a publicidade e a aplicação do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB). Trata-se de um verdadeiro processo de partes, caracterizado pela atuação em contraposição das partes, mantendo-se o julgador sobreposto entre estas (Silva, 2005, p. 41).

A relação processual somente tem início mediante a provocação do titular encarregado de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), impedindo que o magistrado tome iniciativas incompatíveis com a equidistância necessária com os interesses das partes. Resguarda-se ao juiz, todavia, o exercício do poder de impulso processual. Portanto, nesse sistema, o processo penal se constitui de um *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais (partes) e um imparcial (juiz), que funciona na condição de terceiro desinteressado em relação aos interesses processuais das partes (Lima, 2020, p. 43).

A denominação “acusatório” decorre do fato de que alguém só é chamado em juízo se houver uma acusação que lhe impute um fato delituoso. No final do século XIV, na França, surge



o Ministério Público, titular da ação penal pública, restando afastado, por completo, o juiz da persecução penal (Rangel, 2019).

No Brasil, o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942 (art. 810 do CPP), no contexto político-social do Estado Novo (1937-1945), tendo nítidas influências do modelo fascista italiano, que deu origem ao “Código de Rocco” de 1930. Desde sua vigência, e durante muitos anos, prevaleceu o entendimento de que o sistema processual penal brasileiro era misto, com uma fase inicial em que se tinha o inquérito policial, como inquisitorial e, ao se iniciar o processo, tinha-se uma fase acusatória, com o Ministério Público fazendo a acusação.

Nesse contexto, a ordem constitucional inaugurada em 1988 passou a demandar que o processo não se figura apenas como veículo de aplicação da lei penal, mas, para além disso, consistisse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado (Pacelli, 2021). Ao longo das décadas, constata-se que o sistema acusatório brasileiro vem avançando com dificuldades, de modo que não há que se falar que este se apresenta como puro (Pacelli, 2021), embora tenha se aproximado do ideal (Gomes, 1999, p. 182).

O Código de Processo Penal passou por diversas reformas pontuais, grande parte delas feitas por diferentes comissões e sem grande rigor técnico. Nesse quesito, destaca-se o advento da Lei nº 13.964/2019, que ficou conhecida como “Pacote Anticrime”, e que adotou expressamente o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, conforme preceitua o art. 3º-A, inserido no diploma processual penal, segundo o qual “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Entretanto, com a concessão de liminar na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro Luiz Fux no dia 22 de janeiro de 2020, suspendeu-se, *sine die*, a eficácia do referido artigo. Em que pese a suspensão feita pela Corte Suprema, é evidente que o sistema processual penal brasileiro é acusatório, conforme aquele explicitamente adotado pela Constituição (art. 129, I), que atribui à pessoa diversa da autoridade judiciária a titularidade da ação penal pública.

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



estrutura acusatória. Tal entendimento foi reconhecido pelo STF, no HC 188.888/MG, posição também adotada pelas Quinta e Sexta Turmas do STJ².

Ora, se o juiz não pode decretar preventivamente a prisão do acusado de ofício, muito menos poderá condená-lo de ofício, tendo em vista a máxima *amaiori ad minus*, brocardo latino de origem romana, o qual indica que quem pode o mais pode o menos (Maximiliano, 1995, p. 245). Logo, quem não pode o menos, não poderá o mais, isto é, se o juiz não pode impor *ex officio*, ainda que cautelarmente, a prisão, quem dirá condenar o acusado nas sanções legais sem a devida provocação.

Cumprе ressaltar que a mera separação das funções de julgar e acusar não é suficiente para caracterizar o sistema acusatório. Nesse sentido: “De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação” (Ferrajoli, 2002, p. 454).

Basta considerar que, em última análise, é a separação de funções, com a consequente gestão da prova na mão das partes, que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive (Lopes Júnior, 2020). Desse modo, o juiz deve abster-se de praticar atos de ofício na fase investigativa e na fase processual, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e, no curso da instrução processual penal, das partes (Lima, 2020, p. 44).

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

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

Inobstante as modificações legislativas e as aparentes inclinações da jurisprudência, o desafio está em promover mudanças na cultura jurídica, bem como da mentalidade dos atores jurídicos (em especial dos tribunais superiores) e das práticas judiciárias, a fim de se garantir efetivas transformações (Madeira, Badaró, Cruz, 2021).

² A título de exemplo de precedentes com esse entendimento: STJ. HC nº 768737/AM. Quinta turma, Rel. Min. Joel IlanParcionik. j. 02/09/2022. DJe 06/09/2022; STJ. HC 768445/DF. Sexta turma. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. j. 08/09/2022. DJe 09/09/2022.



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

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

No sistema jurídico processual penal brasileiro, ao final da audiência de instrução e julgamento, as partes devem apresentar suas alegações finais, seja oralmente, seja através de memoriais, em consonância ao regramento previsto nos arts. 403 e 404, ambos do Código de Processo Penal. É nesse momento que vem se discutindo qual deveria ser a atuação do juiz, diante de eventual pedido de absolvição feito pela acusação na ação penal pública incondicionada e se seria possível aplicar circunstâncias agravantes não veiculadas na pretensão acusatória.

Isso se dá pela confrontação do processo acusatório, de base constitucional, e a disposição, *ipsis litteris*, do art. 385 do Código do Processo Penal: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

Vale lembrar que tal discussão se restringe às ações públicas incondicionadas, visto que nas ações exclusivamente privadas ou personalíssimas, a legitimidade de propositura pertence à vítima ou representante legal. Portanto, se o advogado do querelante não fizer o pedido condenatório do querelado nas alegações finais, a ação penal resta perempta, acarretando a extinção de punibilidade, nos termos do art. 60, inciso III, *in fine*, do CPP, c/c at. 107, inciso IV, do Código Penal.

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

Por fim, na ação penal privada subsidiária da pública:

Eventual pedido de absolvição formulado pelo advogado do querelante não dará ensejo à extinção da punibilidade, porquanto, em sua essência, esta espécie de ação penal é de natureza pública. De mais a mais, como a intervenção do MP é obrigatória, nada impede que, em sentido diverso do querelante, haja pedido de condenação formulado pelo órgão ministerial (Lima, 2020, p. 1.650).



Tendo feito tais considerações, passa-se a análise da possibilidade de condenação e aplicação de agravantes de ofício.

3.1 Da (im)possibilidade de condenação de ofício

Consoante já mencionado, o art. 385 do CPP, ainda em vigor, permite ao juiz proferir sentença penal condenatória, mesmo no caso de eventual pedido de absolvição do Ministério Público, usando-se como fundamentação o caráter indisponível da ação penal observado no art. 42 do CPP (Badaró, 2017). De acordo com tal perspectiva, enquanto a ação penal privada é regida pelo princípio da oportunidade, a ação penal pública segue o princípio da obrigatoriedade, de modo que ainda que o órgão acusatório peça a absolvição, o juiz estará autorizado a condenar (Nucci, 2020).

Ademais, os defensores da condenação de ofício sustentam que a previsão do art. 385 é corolário do princípio da independência funcional, positivado no art. 127, § 1º, da CRFB:

Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (art. 385, CPP) (Nucci, 2020).

Logo, o juiz, com fulcro na sua independência funcional e no princípio do livre convencimento motivado, estaria dispensado de qualquer vinculação às pretensões formuladas pelas partes, tendo liberdade para condenar ou absolver o réu independente do pedido formulado pela acusação ou defesa. Tal entendimento é sustentado de forma predominante tanto no STF³ quanto no STJ⁴.

Entretanto, partindo-se da concepção de que o sistema jurídico penal brasileiro seria acusatório, desde o advento da Constituição de 1988, alguns processualistas criminais passaram a advogar a tese de que o pedido de absolvição feito pelo órgão acusatório vincularia o juiz.

Primeiramente, é possível apontar um equívoco técnico na confusão entre acusação e ação

³ Exemplo de precedente do STF nesse sentido: AP 921/RS. Primeira turma. Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/6/2017. DJe 30/6/2017.

⁴ Exemplos de precedentes do STJ nesse sentido: AgRg no HC nº 605.748/PI. Sexta turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. j. 24/11/2020, DJe 27/11/2020; STJ. AgRg no HC nº 567.740/SP. Quinta turma. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. j. 12/05/2020, DJe 18/5/2020.



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

Sabe-se que o sistema acusatório impõe duas pretensões no âmbito processual penal, em razão da separação das tarefas processuais de acusar e julgar. Uma pretensão seria de natureza acusatória, a qual é exercida e tem por titular o Ministério Público. A outra pretensão seria punitiva, exercida pelo Poder Judiciário, tratando-se de pretensão de direito material e não processual (Badaró, 2017, p. 34). Se o titular da acusação retira a pretensão acusatória, não há mais também a pretensão processual. O órgão ministerial tem o poder de permitir ou não o julgamento da pretensão processual, mas não pode dizer como o juiz deve julgar.

Sem a pretensão, haverá uma extinção do processo sem julgamento de mérito, que será absoluta, tendo em vista que não cabe repropositura de ação penal idêntica à primeira pelos mesmos fatos contra o mesmo acusado (Badaró, 2017, p. 37). Contudo, ao invés de tal extinção, a absolvição é a medida que se impõe, pois, por óbvio, é preferível, coadunando-se com a presunção de inocência.

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

No que se refere à jurisprudência acerca da impossibilidade da condenação de ofício, até o ano de 2017, havia apenas um precedente isolado do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a AP 960/DF, reconhecendo a impossibilidade de condenação, diante do requerimento de absolvição por parte do *dominus litis*. Contudo, tal excerto da ementa não corresponde a nenhum fundamento do voto do relator ou dos demais julgadores, de modo que não há passagens da decisão proferida que fundamentem no sentido da vinculação do pedido de absolvição (Pacelli; Fischer, 2021).

Não obstante, a posição majoritária da jurisprudência, o Ministro João Otávio de Noronha, no AgRg no AREsp 1.940.726/RO⁵, julgado pela Quinta Turma do STJ, divergiu do entendimento

⁵ AgRg no AREsp 1.940.726/RO. Quinta Turma. Rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. Convocado do TJDF). Rel. P/Acórdão: João Otávio de Noronha. j. 06/09/2022, Dje 04/10/2022.



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

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

Desse modo, no mencionado caso, foi-se considerado que não seria possível confirmar uma decisão penal de condenação que, sem o devido fundamento, divergiu do pedido de absolvição feito pelo órgão acusador. Consequentemente, por maioria de votos, a turma concedeu *Habeas Corpus* de ofício para anular a sentença condenatória proferida em desfavor do réu.

Contudo, ressalta-se que, a Sexta Turma da Corte Superior tem entendimentono sentido ainda predominante de que é possível a condenação, em que pese o pleito de absolvição do *dominus litis*, embora se trate, mais uma vez, de decisão não unânime, segundo se verifica no REsp 2.022.413/PA, julgado em 14 de fevereiro de 2023. Em sua fundamentação, o precedente traz a comparação com o sistema norte-americano, segundo o qual, o promotor apenas retira a acusação, vinculando o posicionamento do juiz.

Segundo firmado pela Sexta Turma, as posições adotadas pelos representantes do *Parquet* não eliminam o conflito imanente da persecução penal, que consiste na contraposição entre o interesse punitivo estatal e a proteção de liberdade do indivíduo. Ademais, assim como ocorre com os poderes instrutórios residuais do juiz no sistema acusatório, que se justificam excepcionalmente à vista do risco de se relegar a busca da verdade processual apenas às partes, pela mesma razão se explica a possibilidade, também excepcional, de que o juiz condene o réu mesmo que o Ministério Público peça a absolvição dele.

Nesse sentido, o julgado ainda pondera que eventuais erros ou comprometimento ético do promotor atuante não seriam passíveis de nenhum controle, diante da ausência de interesse em recorrer da decisão judicial que acolhe o pedido absolutório ou extintivo da punibilidade, o que seria afrontoso aos princípios fundantes de qualquer Estado Democrático de Direito. Isso porque, nem o magistrado, nem o Tribunal, tampouco a instância revisora do Ministério Público, poderiam



controlar o ato viciado, já que não há previsão legal, nessa hipótese de remessa dos autos ao órgão superior do *Parquet* (art. 28 do CPP) e, ainda que houvesse aplicação analógica, em caso de insistência no pedido absolutório e vinculação do julgador, não resolveria o problema de afronta à independência funcional e à soberania do Poder Judiciário para dizer o direito, função que lhe é ínsita.

O referido precedente ainda aduz que, ao atribuir privativamente ao Ministério Público o encargo de promover a ação penal pública, o constituinte ressalvou no art. 129, I, que isso deveria ser exercido “na forma da lei”, de modo a resguardar ao legislador ordinário alguma margem de conformação constitucional para tratar da matéria, dentro da qual se enquadraria a disposição contida no art. 385 do CPP. Logo, mesmo sujeita a algumas críticas doutrinárias legítimas, a referida previsão normativa não chega ao ponto de poder ser considerada incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, tampouco com o sistema acusatório adotado no país.

É nesse contexto que o STF irá julgar a possibilidade de condenação do réu após pedido de absolvição feito pelo órgão acusador, já que a Associação Nacional da Advocacia Criminal (Anacrim) protocolou em 29 de janeiro de 2024, arguição de descumprimento de preceito fundamental, a qual foi distribuída para o Ministro Edson Fachin. O argumento da Anacrim tem por supedâneo o sistema acusatório, suscitando a tese de que, se o sistema é acusatório, não pode haver resquícios inquisitórios, pois se vincula o sistema como um todo. Também ressaltam que se o STF aceita a constitucionalidade do artigo 3º-A do CPP, todos os dispositivos inquisitoriais que remanescem no CPP devem ser adaptados, o que incluiria o artigo 385, que deve ser expungido para não funcionar como antípoda do princípio-sistema acusatório (Rodas, 2024).

Por enquanto, predomina a possibilidade de condenação de ofício, embora, já seja possível encontrar julgados em sentido contrário, o que demonstra a evidente controvérsia em torno da matéria, ensejando, desse modo, uma análise de acordo com cada caso concreto.

Uma última questão a ser enfrentada consiste em como proceder quando, havendo assistente de acusação habilitado na ação penal pública, tendo este feito o pedido condenatório, seria possível o juiz condenar, em que pese o pleito absolutório do Ministério Público. Mesmo havendo habilitação do assistente de acusação, este não poderá substituir o Ministério Público, titular da acusação e fiscal da ordem jurídica consagrado constitucionalmente, o qual detém a palavra final nas ações penais públicas. Logo, tendo o órgão ministerial pugnado pela absolvição, resta ao assistente da acusação apenas recorrer da sentença absolutória proferida pelo juiz, conforme já decidiu o STF:



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

Ante o exposto, sustenta-se que a condenação de ofício é incompatível com o sistema constitucional acusatório. Com o poder de condenar de ofício, o magistrado está “retirando a sua toga de terceiro e vestindo a da acusação, sepultando o *in dubio pro reo* e a prestação da tutela jurisdicional criminal efetiva, com a observância do devido processo penal, pela contaminação da parcialidade” (Giacomolli, 2016, p. 285).

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

3.2 Da (não) aplicação das agravantes de ofício

A segunda parte do art. 385 do CPP permite ao juízo sentenciante reconhecer agravantes, embora nenhuma seja arguida pelo órgão acusador na exordial acusatória. Segundo os defensores da aplicação das agravantes de ofício:

Há possibilidade legal do reconhecimento de agravantes pelo juiz, ainda que atue de ofício, uma vez que elas são causas legais e genéricas de aumento da pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação. São de conhecimento das partes, que, desejando, podem, de antemão, sustentar a existência de alguma delas ou rechaçá-las todas. O fato é que o magistrado não está vinculado a um pedido da acusação para reconhecê-las (Nucci, 2020).

Percebe-se que o entendimento para aplicação das circunstâncias agravantes de ofício ampara-se na sua previsão legal, sendo sua consideração nos casos concretos algo inerente ao exercício da pretensão punitiva estatal. Os tribunais pátrios, segundo as observações expostas, também entendem pela validade da previsão normativa do referido artigo, acerca da aplicação das



agravantes de ofício⁶.

O STJ, inclusive, no AgRg no AREsp 1.507.464/SP, entendeu que a aplicação das circunstâncias agravantes de ofício não viola o princípio da correlação. No entanto, as circunstâncias do crime são relevantes para determinação da pretensão acusatória, de modo que sua presença na atorial acusatória é fundamental para observância o princípio da correlação, do contraditório e da ampla defesa.

Nessa toada:

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

Logo, é possível apontar a inaplicabilidade do art. 385 do CPP, por manifesta violação ao contraditório e ampla defesa, ressalvando-se que se a circunstância for debatida, ainda que não descrita na denúncia, pode-se reconhecê-la se for de caráter subjetivo, pois, caso se refira à questão de fato, é necessário sua efetiva imputação na peça acusatória (Pacelli; Fischer, 2021).

O que se percebe aqui é a preocupação dos juristas com as circunstâncias agravantes que decorram diretamente do fato delituoso devem ser expressamente veiculadas na denúncia, para fins de confrontação na seara processual. Já as circunstâncias que não se refiram primariamente ao fato, podendo ser aferidas independente dele, tal qual a reincidência (art. 61, inciso I, do CPB), verificada na folha de antecedentes acostada aos autos, por exemplo, poderiam ser aplicadas apesar de não discutidas ao longo do processo.

Situação bem diferente é a que o juiz agrava a pena por motivo fútil ou torpe, prevista no art. 61, inciso II, alínea 'a', do CPB, sem permitir que as partes discutam a ocorrência de tal circunstância na estrutura dialética processual. Nesses casos, faz-se necessário observar o procedimento do art. 384 do CPP, respeitando o já aludido princípio da correlação.

É válido assinalar ainda, no que se refere às circunstâncias atenuantes, que não se exige que todas sejam alegadas pela defesa. Pode o juiz aplicá-las normalmente diante do claro comando legal do art. 65, *caput*, do CPB, o qual assevera que se tratam de circunstâncias que sempre atenuam a pena. Logo: “Nenhuma circunstância atenuante pode deixar de ser valorada, ainda que

⁶ Exemplo de julgado nesse sentido: STJ, REsp nº 857.066/RJ. Sexta turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. j.27.11.2007. DJe em 14.4.2008.



não seja invocada expressamente pela defesa, bastando que se encontre provada nos autos” (Bitencourt, 2012).

De qualquer forma, aduz-se que o recomendável é que o órgão acusador insira todas as circunstâncias na peça acusatória, sobretudo para observar o comando do art. 41 do CPP, que prevê a necessidade de inclusão de todas as circunstâncias do crime na denúncia ou queixa. Desse modo, o processo estará, desde o início, adequado à sistemática penal, permitindo o funcionamento eficiente da marcha processual, sem maiores transtornos de qualquer ordem.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis, é evidente que não interessa ao *Parquet* (e a ninguém) a condenação de um inocente, não restando a tese de acusação provada além de qualquer dúvida razoável (Lima, 2020, p. 1.323). Outrossim, exercer o poder punitivo sem a necessária invocação do órgão acusador, configura claro retrocesso ao sistema inquisitório (Lopes Júnior, 2020).

Não se trata de transformar o julgador em alguém que apenas chancela o pedido das partes, mas sim, de garantir que cada sujeito processual cumpra sua função prevista no sistema: o órgão acusador (Ministério Público) ou titular da acusação acusa, o réu (defesa) se defende, o órgão julgador (juiz) julga. Se o magistrado exerce qualquer ato próprio das partes, há um desvirtuamento do modelo, o qual se baseia na rígida separação de funções.

Nesse sentido, é possível cogitar a possibilidade de aplicação analógica do art. 28 do CPP, permitindo ao juiz, diante do pleito absolutório ministerial, remeter o processo para o chefe do Ministério Público (estadual ou federal) para dar um posicionamento final no caso *sub judice*. Uma dificuldade para tal sugestão se daria nas ações penais de instância única, como as que decorrem de prerrogativa do foro no STF. Nesse caso, ante o pedido de absolvição feito pelo Procurador Geral da República, é possível aduzir a criação de uma comissão específica formada por Subprocuradores-Gerais da República para decidir a questão, resguardando a função prevista no sistema de cada ator jurídico.

Por todo o exposto, advoga-se que o art. 385 do CPP não foi recepcionado com o advento da Constituição de 1988, a qual estabeleceu o sistema processual penal brasileiro como acusatório. Ainda que se considere que houve recepção constitucional do referido dispositivo normativo, com base nos argumentos que ainda predominam na jurisprudência e em parte da doutrina, é possível sublinhar que o art. 3º-A do CPP o revogou tacitamente, enquanto *lex posterior*.



A Lei nº 13.964/19, bem como os recentes julgados dos tribunais superiores encampando os entendimentos de muitos juristas sobre o tema, deixaram ainda mais evidente a incompatibilidade do art. 385 do CPP com o sistema acusatório brasileiro. Entretanto, em que pese a existência de precedente da Quinta Turma do STJ entendendo pela impossibilidade de condenação de ofício, tal posição ainda é minoritária e isolada, fazendo-se mister a ocorrência de entendimento jurisprudencial vinculante, o qual pode decorrer em razão da ADPF ajuizada pela Anacrim e de pendente julgamento pelo STF.

Destarte, ainda que em análise não exauriente sobre a matéria, conclui-se que a condenação e aplicação de agravantes de ofício, por parte do julgador, configura evidente incompatibilidade com o sistema constitucional acusatório, restando este corrompido em razão da violação à garantia fundamental da imparcialidade do juiz, além da possibilidade de transgressão aos princípios do contraditório, ampla defesa e correlação entre acusação e sentença.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer**. Sistema acusatório: limites aos poderes instrutórios do juiz e a impossibilidade de condenação, ante pedido de absolvição do Ministério Público. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-badaro.pdf>. Acesso em: 29 maio 2024.

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

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

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

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

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

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



LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

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

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-book.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021. E-book.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-book.

RODAS, Sérgio. **Sistema Acusatório**: STF julgará se juiz pode condenar mesmo após pedido de absolvição do MP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-29/stf-julgara-se-juiz-pode-condenar-mesmo-apos-pedido-de-absolvicao-do-mp/>. Acesso em: 19 out. 2024.

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

