

## Ministro Noronha falou: é vedado condenar sem pedido do acusador

O artigo é sobre o julgamento realizado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do AgRg no AREsp 1.940.726, relator para o acórdão o ministro João Otávio Noronha, finalizado em 6/9/2022, no qual o relator, ministro Jesuíno Rissato, ficou vencido, prevalecendo o voto vista do ministro João Otávio de Noronha, acompanhado pelos ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik (artigo 385 do CPP).



Da ementa divulgada consta:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. REGULARIDADE DO ATO PROCESSUAL. ARTIGO 337-A, III, DO CÓDIGO PENAL. DELITO DE NATUREZA MATERIAL. MERA INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE SONEGAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DO ARTIGO 337-A DO CP. MONOPÓLIO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO MINISTERIAL DE ABSOLVIÇÃO. NECESSÁRIO ACOLHIMENTO. ARTIGO 3º-A do CPP. OFENSA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

*Reputa-se válida a publicação dirigida a um dos advogados constituídos, quando ausente requerimento de intimação exclusiva.*

*O delito de sonegação de contribuições previdenciárias, previsto no artigo 337-A do CP é de natureza material, consiste na efetiva supressão ou omissão de valor de contribuição social previdenciária, não sendo criminalizada a mera inadimplência tributária.*

*O descumprimento de obrigação tributária acessória, prevista no inciso III do artigo 337-A do CP, por omissão ao dever de prestar informações, sem demonstração da efetiva supressão ou omissão do tributo, não configura o crime previsto no caput do artigo 337-A do CP.*

*Nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público o monopólio da titularidade da ação penal pública.*



*Tendo o Ministério Público, titular da ação penal pública, pedido a absolvição do réu, não cabe ao juízo a quo julgar procedente a acusação, sob pena de violação do princípio acusatório, previsto no artigo 3º-A do CPP, que impõe estrita separação entre as funções de acusar e julgar.*

*Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para anular o processo após as alegações finais apresentadas pelas partes."*

Dos temas tratados no julgamento, a abordagem se restringirá ao conteúdo dos itens 4 e 5, consistente no reconhecimento da violação do princípio acusatório no caso de o titular da ação penal, em alegações finais, requerer a absolvição do acusado, com a subsequente condenação pelo julgador com suporte no artigo 385 do CPP: "*Artigo 385. 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*".

A Constituição regula o que Scott Shapiro denomina de Economia da Confiança. A preocupação de Shapiro foi a de encontrar fundamento para deduzir do "ser", o "dever ser" (Não vamos aprofundar o debate de Shapiro-Dworkin), porque nos valeremos apenas da chave interpretativa "Distribuição de Confiança e Desconfiança" pelos constituintes e pela legislação complementar, para o fim de estabelecer o modo como se gerencia a confiança/desconfiança no processo penal brasileiro. O que nos interessa, em Shapiro, é a noção de que quanto maior for a confiança, mais ampla a liberdade de comportamento, de argumentação e de decisão do agente estatal, ao mesmo tempo em que, quanto menor for a confiança, mais reduzida a margem de decisão. O processo penal estabelece normas processuais, Resoluções (CNJ, Tribunais etc.), Protocolos (CNJ, Res. 214, protocolo Tortura), Normas de Conduta (Regras de Bangalore, Códigos de Ética etc.), além de punições (Lei de Abuso de Autoridade etc.), objetivando "reduzir" o espaço discricionário dos agentes públicos. Em todos os casos, os comportamentos devem ter suporte normativo e motivação adequada (julgadores; CR, artigo 93, IX; CPP, artigo 315, §2º).

O conjunto de disposições legais do regime do Processo Penal, por ser elaborado em etapas e de modo pouco sistemático (reformas parciais), proporciona, no contexto atual, múltiplas e inconciliáveis compreensões sobre as expectativas de comportamento decisório dos agentes processuais (principalmente os estatais). O debate, em geral, parte de crenças e opiniões ideológicas entrincheiradas, isto é, fechadas em seus critérios completos e coerentes, não raro com a manipulação fragmentada das oportunidades normativas, consistente em valorizar os dispositivos favoráveis e desvalorizar os desfavoráveis, muitas vezes desconsiderando os critérios de resolução de antinomias e lacunas impostas pelo ordenamento jurídico. Operam no campo da argumentação jurídica e do raciocínio legal por meio do ajustamento das normas aos pressupostos ideológicos da preferência do agente processual ou do grupo com que se identifica. No entanto, para nossas finalidades, o fato é que a Constituição, no artigo 129, I, atribuiu ao Ministério Público o exercício privativo da ação penal pública, nos termos da lei, com os direitos, deveres, poderes e ônus associados ao desenho acusatório.



Pode parecer estranho abordar a questão da Inércia. No entanto, você deve se recordar que um dos atributos da Jurisdição é o da Inércia, consistente na necessária provocação da parte (*a Jurisdição não age de ofício; exige acionamento*). Muitas vezes não nos damos conta do suporte teórico das entidades que utilizamos em nosso cotidiano forense. O "estado de inércia" é decorrência lógica do lugar e função de terceiro atribuída ao Poder Judiciário, materializada pela vedação da sobreposição das funções e poderes acometidos às partes. A diretriz acusatória, além de reconhecida no ambiente do Devido Processo Legal, conforme reiterados artigos aqui na coluna Limite Penal, encontra respaldo nas alterações recentes do Código de Processo Penal, na linha do movimento internacional em direção ao modelo acusatório.

Se a tendência é a da perseverança do "estado inicial", então, para que possamos alterar o "estado" de algo, incluindo a "convicção judicial", precisaremos impor alguma "força", tanto para alterar, quanto para manter o "estado" desejado. No domínio do Processo Penal, além da Inércia da Jurisdição, cujo acionamento exige provocação com "força" suficiente para ser admitida (*causa provável*), a noção de "inércia" opera em diversos outros momentos, motivo pelo qual estamos autorizados a identificar, dentre outras possibilidades, a ocorrência de: a) Inércia Cognitiva; b) Inércia Probatória; c) Inércia Argumentativa; d) Inércia na concessão de cautelares; e, e) Inércia Decisória. Em consequência, sem que a acusação, em alegações finais, "direcione" a "força argumentativa" para o fim de obter a condenação, o órgão julgador não encontra respaldo para condenação, por violação do pressuposto da Jurisdição Penal: Inércia.

Destaca-se do voto do ministro José Otávio de Noronha:



*"Não desconheço a existência de inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem a possibilidade de prolação de sentença condenatória independentemente de a acusação postular, em alegações finais, a absolvição do réu. Não comungo, data venia, desse entendimento por considerar que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve clara opção pelo sistema acusatório. De fato, a Carta Magna reserva ao Ministério Público o monopólio da titularidade da ação penal pública (artigo 129, I). E a acusação não é atividade que se encerra com o oferecimento da denúncia, já que a atividade persecutória persiste até o término da ação penal. Assim, considero que, quando o Ministério Público requer a absolvição do réu, ele está, de forma indireta, retirando a acusação, sem a qual o juiz não pode promover decreto condenatório, sob pena de acusar e julgar simultaneamente. Em verdade, a adoção ou aprimoramento de um modelo de persecução penal é atividade paulatina, que deriva de uma construção diária do Poder Judiciário na interpretação dos dispositivos legais pertinentes ao tema. E, desde a promulgação da Constituição de 1988, essa atividade vem sendo desenvolvida na definição dos limites da recepção dos diversos artigos do Código de Processo Penal de 1941. O importante é pontuar que o caminho que vem sendo seguido, a passos lentos, mas firmes, é no sentido de se extirpar o rançoso viés inquisitório que permanece em nossos diplomas legais. Reformas tópicas vêm sendo herculeamente implementadas, contribuindo para a formação de uma colcha de retalhos descombinados, cabendo ao Judiciário, de tempos em tempos, ajustá-la para preservar a coerência do sistema. O ideal, talvez, seria que os projetos de um novo Código de Processo Penal (que, há décadas, tramitam no Congresso Nacional) fossem aprovados, o que se aguarda com grandes expectativas. O entendimento minoritário de rejeição da tese de possibilidade de condenação sem pedido expresso da acusação em alegações finais já foi defendido, nesta Corte, pelo ministro Sebastião Reis Júnior, para quem: [...] o constituinte brasileiro, por ocasião da Constituição Federal de 1988, optou, claramente, pelo sistema acusatório, sistema este em que a função do juiz é de observador, cabendo ao mesmo a mediação do conflito entre as partes litigantes, não podendo ele agir no lugar das partes [...] E, lendo o Código de Processo Penal, em especial o seu art. 385, considerando as balizas que permeiam o sistema acusatório, não vejo, pedindo vênias aos que pensam de modo contrário, como entender possível o juiz condenar mesmo quando o Ministério Público requer a absolvição [...] Assim, sem querer me prolongar mais, tendo em vista que, como consequência do sistema acusatório que hoje vige no processo penal brasileiro não pode o juiz condenar sem que haja pedido expresso nesse sentido pelo órgão acusador, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, peço vênias à eminente ministra relatora e aos que pensam de forma diferente para conceder a ordem nos termos do pedido". (Voto vencido apresentado no HC nº 623.598/PR, relatora ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 1º/2/2022.).*

Em face do modelo constitucional e acusatório, formulado pelo Ministério Público vincula o julgador. A norma do artigo 385 do CPP é herança incompatível com a noção de Devido Processo Legal, porque o juiz não pode assumir a função acusatória, sob pena de trazer para si o objeto do processo, em franca atividade inquisitória. As condições da decisão condenatória são: a) pedido expresso de condenação por parte de quem acusa; e, b) nos limites máximos do pedido (se for parcial, não pode a condenação ser total). Sem pedido expresso de condenação, é vedado ao julgador condenar o acusado (André Nicolitt, Simone Schreiber, dentre muitos também defendiam a não recepção).



O argumento de que o artigo 42 do CPP, ao declarar que o "*Ministério Público não pode desistir da ação penal*" é inválido, porque equipara situações distintas. Prevalece a orientação de que o Ministério Público não poderá "retirar" a acusação (desistir), como ocorre em outros modelos processuais, ao mesmo tempo que o fato de ter exercido a ação penal não obriga, dentro do "Espaço de Confiança", na perseverança de acusações que depois se verificaram frágeis e/ou inviáveis diante do contraditório significativo e da prova produzida. É que a admissão da acusação se vincula ao preenchimento da "causa provável", momento antecedente à instauração do contraditório e da ampla defesa, oportunizada pelo Procedimento Judicial. Dentro do "Espaço de Confiança" atribuído ao Ministério Público, a avaliação da viabilidade do pedido de condenação em alegações finais se constitui como ato privativo, isto é, sem a possibilidade de o julgador "sobrepôr-se", assumindo funções não atribuídas ao Poder Judiciário, inerte, por definição democrática.

A função das "alegações finais" é a de propiciar às partes os argumentos suporte à atribuição do valor de verdade à Hipótese Acusatória (HAc). Se o titular da ação penal, dentro do Espaço de Confiança, declara expressamente a inviabilidade da condenação, não se trata de desistência e sim da análise do conteúdo produzido em contraditório, revertendo a posição provisória adotada quando do exercício da ação penal. O lugar do Ministério Público deve ser respeitado, a partir do desenho normativo e da Economia da Confiança, motivo pelo qual, assim como já defendemos há décadas, o artigo 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição da República (1988), ou seja, é vedado ao órgão julgador condenar quando o acusador, em alegações finais, requerer a absolvição (inclusive no Tribunal do Júri), em face da violação dos pressupostos do Princípio Acusatório e do Devido Processo Legal.

Por fim, destacamos o relevante papel desempenhado pelo Superior Tribunal de Justiça no "ajuste acusatório" das regras do Código de Processo Penal, cuja inspiração inquisitória é declarada desde a Exposição de Motivos. O voto do ministro João Otávio de Noronha ajusta a prática inquisitória da condenação de ofício, mantida por muito tempo de modo inconsistente, por meio da aplicação de "força acusatória" à inércia interpretativa inquisitória. Por isso: "*Tendo o Ministério Público, titular da ação penal pública, pedido a absolvição do réu, não cabe ao juízo a quo julgar procedente a acusação, sob pena de violação do princípio acusatório, previsto no artigo 3º-A do CPP, que impõe estrita separação entre as funções de acusar e julgar*". Eis a diretriz que mais uma vez nos associamos.

## Meta Fields