



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 1122

Arguente: Associação Nacional da Advocacia Criminal - ANACRIM

Arguido: Presidente da República

Relator: Ministro EDSON FACHIN

*Processual Penal. Pedido de declaração de não-recepção do artigo 385 do Código Penal, norma que determina que, “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.” Alegada violação os princípios do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade do juiz, consagrados nos artigos 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Preliminar. Ilegitimidade ativa. Mérito. Observância aos princípios da indisponibilidade da ação penal pública e do livre convencimento motivado. Conforme precedentes desse Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário não está vinculado ao posicionamento do Ministério Público quando este requer a absolvição do réu, haja vista que cabe ao magistrado a livre apreciação dos fatos e das provas com apoio no livre convencimento motivado. Nessas hipóteses, como também reconhecido pela jurisprudência, impõe-se ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de deliberar de forma contrária ao titular da ação penal. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, quanto ao mérito, pela procedência parcial, conferindo-se interpretação conforme à Constituição.*

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União vem, em atenção ao despacho proferido pelo Ministro Relator em 29 de fevereiro de 2024, manifestar-se quanto à presente arguição de

descumprimento de preceito fundamental.

## I – DA ARGUIÇÃO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Associação Nacional da Advocacia Criminal - ANACRIM, tendo por objeto o artigo 385 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Eis o teor do dispositivo impugnado:

Art. 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.

Após defender sua legitimidade para propositura da presente arguição, a parte autora alega, em síntese, que a norma sob invectiva se encontraria em desconformidade com o princípio do devido processo legal, bem como com os preceitos constitucionais do contraditório e da imparcialidade do juiz, consagrados nos artigos 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Nessa linha, defende que o dispositivo em questão não teria sido recepcionado pela ordem constitucional vigente, devendo, portanto, ser reconhecida sua não recepção e sua revogação, em virtude da violação dos referidos preceitos fundamentais.

Argumenta, ainda, que no sistema processual penal adotado pela Constituição Federal, de caráter eminentemente acusatório, se o titular da ação penal pública postula no processo a absolvição, não caberia ao juiz condenar ou reconhecer agravantes não suscitadas pela acusação, sob pena de desrespeitar o devido processo legal.

Nesse sentido, ressalta que, *“se o juiz condena mesmo que o Ministério Público tenha requerido a absolvição, ele o faz na condição de inquisidor, ferindo o sistema acusatório, o devido processo legal e o contraditório”* (petição inicial, fl. 09).

Dessa forma, sustenta que a condenação aplicada pelo juiz na hipótese do artigo 385 do Código de Processo Penal feriria o sistema acusatório, o devido processo legal e o contraditório, caracterizando hipótese de julgamento *ultra petita* por parte do magistrado.

Para o requerente, no modelo acusatório, o juiz deve se afastar das funções de investigar e acusar, sendo que sua imparcialidade seria elemento estruturante para que ele pudesse atuar de modo alheio aos interesses das partes na aplicação do ordenamento jurídico.

Em suma, a tese defendida na petição inicial é a de que a disposição do artigo 385 do Código de Processo Penal seria incompatível como modelo acusatório e um resquício do sistema inquisitório, verdadeira *“herança autoritária herdada da ditadura Vargas, mas que, mesmo após os mais de 35 (trinta e cinco) anos de vigência da Constituição de 88, o Brasil não consegue se livrar”* (petição inicial, fl. 12).

Com esteio nesses argumentos, requer a procedência do pedido para que seja reconhecida *“a não recepção do artigo 385, do CPP (Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941), pela Constituição da República de 1988, uma vez que ele afronta os princípios do devido processo e do contraditório, previstos no art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República, de modo que o juiz não está autorizado a condenar um acusado quando o Ministério Público pedir a absolvição, tampouco pode reconhecer circunstâncias agravantes que não foram alegadas pela acusação”* (petição inicial, fl. 13).

O processo foi distribuído ao Ministro EDSON FACHIN, que, nos termos do artigo 6º e 8º da Lei nº 9.882/1999, solicitou informações prévias aos requeridos, bem como a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, o Senado Federal sustentou que *“doutrina e jurisprudência estão alinhadas à norma ora atacada no sentido de reconhecer que o magistrado não está vinculado a um eventual pedido da acusação para poder proferir sentença condenatória e, mais ainda, que tal atitude em nada fere o sistema acusatório, uma vez observada a não-confusão entre as funções de acusar, julgar e defender”* (documento eletrônico nº 43, fls. 07-08).

Ademais, esclareceu que cabe ao Congresso Nacional, por meio do devido processo legislativo, a atribuição de mudar a regra sob invecção e que está em tramitação, naquela Casa Legislativa, o Projeto de Lei nº 2194/2023, que tem como objetivo “*vedar que o juiz profira sentença condenatória, se o Ministério Público tiver opinado pela absolvição do réu, e reconheça qualquer circunstância, que não integre o tipo penal e que influencie na gravidade da pena, não alegada na denúncia*” (documento eletrônico nº 43, fl. 08).

A Câmara dos Deputados apresentou manifestação pela procedência da presente arguição de descumprimento fundamental “*para considerar não recepcionada/inconstitucional a redação do art. 385, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941)*”. (documento eletrônico nº 45, fl. 14), fundamentando sua conclusão na adoção pela Constituição Federal do sistema acusatório no processo penal.

Mencionou, assim, que a opção constitucional pelo sistema acusatório demanda o exercício de responsabilidades e de limitações por parte do Poder Judiciário, não se podendo admitir efeitos retrógrados de sistemas inquisitoriais do passado.

As informações solicitadas à Presidência da República não foram apresentadas até o momento.

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

## **II – PRELIMINAR: DA ILEGITIMIDADE ATIVA DA REQUERENTE**

Note-se, de início, que a associação autora não demonstrou sua legitimidade para o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, devendo ser destacado que ela representa mero segmento dos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

De fato, depreende-se do artigo 1º de seu Estatuto Social (documento eletrônico nº 3), bem como de sua própria nomenclatura, que a autora agremia advogados criminalistas. Dessa forma, verifica-se que a representatividade da requerente se limita a parcela dos

advogados do país, motivo pelo qual não pode ser caracterizada como associação de classe para o fim previsto no artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal.

Note-se que esse Supremo Tribunal Federal já consolidou jurisprudência no sentido de que a representatividade de mero segmento profissional não legitima a entidade de classe para o ajuizamento de ação de controle abstrato de constitucionalidade. Confirmam-se os seguintes julgados:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º combinado com o artigo 32, ambos da Lei 8.829, de 22 de dezembro de 1993. Pedido de liminar. – **Falta à autora legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade, por não ser entidade de classe. – Com efeito, trata-se ela de uma associação que congrega apenas uma pequena parcela de servidores públicos de um dos Ministérios que integram o Poder Executivo da União.** Ora, esta Corte, ao julgar o pedido de liminar na ação direta de inconstitucionalidade nº 591, decidiu que faltava legitimação para propor ação dessa natureza à União dos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional - Unafisco Nacional, porque eles ‘não constituem uma classe, mas apenas pequena parcela de servidores públicos que integram uma das diversas carreiras existentes no Poder Executivo’. **Não se conheceu da presente ação direta de inconstitucionalidade**, ficando, assim prejudicado o pedido de liminar.

(ADI nº 1297 MC, Relator: Ministro MOREIRA ALVES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 27/09/1995, Publicação em 17/11/1995; grifou-se);

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS UNIVERSIDADES PARTICULARES (ANUP). LEI 4.647/2015 DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. ENTIDADE QUE REPRESENTA APENAS PARCELA DA CLASSE ECONÔMICA ATINGIDA PELA NORMA IMPUGNADA. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. A Associação Nacional das Universidades Particulares (ANUP) não possui legitimidade para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei 4.647/2015 do Estado do Mato Grosso do Sul, porque seu escopo de atuação não abrange a totalidade da categoria econômica afetada pela norma em comento. Ausente, também, a necessária pertinência temática. Precedentes. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(ADI nº 5444 AgR, Relator: Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 09/02/2018, Publicação em 26/02/2018; grifou-se);

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARTIGO 3º DO DECRETO 37.004/2016 DO ESTADO DA PARAÍBA. REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO DO ICMS

NA REVENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES NOVOS. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS DISTRIBUIDORES MITSUBISHI – ASSOMIT E ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS CONCESSIONÁRIOS SUZUKI AUTOMÓVEIS – ABRAZUKI. **ENTIDADES QUE REPRESENTAM APENAS PARCELA DO SEGMENTO ECONÔMICO ATINGIDO PELA NORMA IMPUGNADA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** 1. Associação Brasileira dos Distribuidores Mitsubishi – ASSOMIT e pela Associação Brasileira dos Concessionários Suzuki Automóveis – ABRAZUKI não possuem legitimidade para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o art. 3º do Decreto 37.004/2016 do Estado da Paraíba, porque seus escopos de atuação não abrangem a totalidade da categoria econômica afetada pela norma em comento, mas tão somente aqueles particulares que exercem a atividade sob circunstância especial, qual seja, a de comercializarem produtos das marcas “Mitsubishi” ou “Suzuki”. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(ADI nº 5992 AgR, Relator: Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 12/11/2018, Publicação em 23/11/2018; grifou-se)

É ainda pertinente destacar que esse Supremo Tribunal Federal já decidiu que a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, entidade semelhante à autora da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não possui legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade:

Do mesmo modo, a **Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas tem por finalidade a defesa da valorização e independência dos seus membros, bem como a promoção do aprimoramento técnico científico da classe advocatícia, congregando advogados**, pessoas e/ou instituições estranhas à advocacia e entidades coligadas (eDOC 8). Desse modo, o caráter heterogêneo da sua composição estatutária a afasta da caracterização de entidade de classe para os fins específicos do art. 103, IX, da Carta Federal.

Acrescente-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que a entidade de classe de âmbito nacional não decorre da mera declaração formal constante de seu estatuto. Ademais, é preciso que a entidade congregue a totalidade dos profissionais, não ostentando legitimidade aquela que seja integrada por apenas um segmento da classe: (...)

(ADPF nº 518, Relator: Ministro EDSON FACHIN, Decisão monocrática, Publicação em 09/11/2018; grifou-se);

Ante o exposto, a presente ação direta não merece conhecimento, sendo manifesta a ilegitimidade da parte autora.

### III – MÉRITO

Conforme relatado, a arguente alega que o artigo 385 do Código de Processo Penal, que determina que, “*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*”, não teria sido recepcionado pela ordem constitucional vigente por ser incompatível com os preceitos constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade do juiz, consagrados nos artigos 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sobre o tema, em primeiro lugar, convém observar que a opção realizada na Constituição Federal pelo sistema acusatório no processo penal é inegável.

Tal conclusão decorre tanto da reserva, em favor do Ministério Público, do monopólio da titularidade da ação penal pública (artigo 129, I, CF), quanto da presença de princípios processuais garantidores de direitos fundamentais como a inafastabilidade da tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV, CF), o devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF), o amplo acesso à Justiça (artigo 5º, LXXXIV, CF), o juiz e o promotor natural (artigo 5º, XXXVII e LIII, CF), o tratamento isonômico e equidistante das partes (artigo 5º, *caput* e I, CF), o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, LVI, LXII, CF), a publicidade dos atos processuais e a motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX, CF) e a presunção da inocência (artigo 5º, LVII, CF).

Para melhor compreensão do tema, é válido mencionar lição fundamental do Professor Afranio Silva Jardim sobre as bases democráticas e constitucionais do processo penal brasileiro:

Sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução criminal. Pelo princípio *nulla poena sine iudicio*, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário, tendo o ônus de alegar e provar determinada prática delituosa, assegurados constitucionalmente a instrução contraditória e o princípio da ampla defesa. Nas chamadas ações penais não condenatórias (*habeas-corpus*, revisão criminal, etc.), é a pretensão de liberdade que move o processo penal.

Desta forma, o processo penal é fruto do avanço civilizatório da humanidade, resultante da jurisdicização do poder punitivo do Estado. Enquanto o Direito Penal apresenta caráter marcadamente repressivo, o Direito Processual Penal é comprometido com a questão da liberdade. Por isso, um código democrático há de ser informado pela necessidade de tutelar os direitos e garantias individuais, sem se descurar, entretanto, da defesa social. Note-se que tais direitos e garantias

individuais não podem ser vistos romanticamente em plano abstrato, mas estão concretamente vinculados à consecução do bem comum, valor preponderante na vida de relação, conforme ressaltaremos mais adiante

A relevância dos valores tutelados pelo processo penal impõe que a própria Constituição Federal consagre os princípios reitores a serem adotados necessariamente pela lei ordinária, como garantia da rigidez constitucional.

(JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 317).

Como cediço, o sistema acusatório caracteriza-se pela separação das funções de acusar, julgar e defender, assim como pela imparcialidade do julgador e pela ausência de valor pré-estabelecido para as provas, permitindo que o julgador as aprecie de acordo com sua livre convicção, desde que fundamentadamente.

Portanto, inexistente controvérsia substancial quanto ao modelo processual penal adotado pelo Brasil, sendo que o compromisso constitucional com o modelo acusatório de persecução penal já foi enfaticamente reiterado pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal, como exemplificado no julgado citado abaixo:

Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. **2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes.** 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE,

aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de periculum in mora.

(ADI nº 5104 MC, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 21/05/2014; Publicação em 30/10/2014; grifou-se)

De fato, embora não exista previsão constitucional expressa que remeta ao princípio acusatório de forma nominal, esse modelo pode ser extraído a título implícito de uma série de garantias pessoais e institucionais que conformam o processo penal brasileiro.

Contudo, não parece adequada a premissa de que haveria incompatibilidade absoluta da regra presente no artigo 385 do Código de Processo Penal com o modelo processual adotado pela Constituição Federal.

No contexto do sistema processual brasileiro, a presença de outros princípios, como os da obrigatoriedade, da indisponibilidade da ação penal pública e do livre convencimento motivado são imprescindíveis para compreensão das peculiaridades do nosso modelo acusatório.

O princípio da obrigatoriedade estabelece que o Ministério Público tem o dever de promover a ação penal pública quando houver indícios de autoria e materialidade de um crime, não podendo deixar de fazê-lo, salvo nas hipóteses excepcionais previstas em lei<sup>[1]</sup>.

Por sua vez, o princípio da indisponibilidade da ação penal está previsto no artigo 42 do Código de Processo Penal, segundo o qual “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal.” Sobre esse princípio, é oportuno transcrever os seguintes esclarecimentos doutrinários:

Oferecida a ação penal, o Ministério Público dela não pode desistir (CPP, art. 42). Esse princípio nada mais é que a manifestação do princípio anterior no desenvolvimento do processo penal. Seria, de fato, completamente inútil prescrever a obrigatoriedade da ação penal pública se o órgão do Ministério Público pudesse, posteriormente, desistir da ação penal, ou mesmo transigir sobre o seu objeto. A proibição é expressa no art. 42 do Código de Processo Penal, chegando a atingir, inclusive, a matéria recursal, pois “o Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto” (CPP, art. 576)."

(CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. p. 306).

Já o princípio do livre convencimento motivado permite ao magistrado formar sua convicção com base em qualquer elemento de prova disponível nos autos, desde que indique os motivos que o levaram a tomar determinada decisão. Desse modo, o juiz deve exercer uma persuasão racional na análise das provas, fundamentando suas decisões de forma clara e objetiva, com a indicação dos motivos fáticos e jurídicos que justificam seu pronunciamento.

A necessidade de harmonizar o sistema acusatório com o livre convencimento motivado foi objeto de recente acórdão desse Supremo Tribunal Federal:

EMENTA AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SISTEMA ACUSATÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ A MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO PELA IMPRONÚNCIA OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA OUTRO DELITO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NECESSÁRIO REEXAME DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. ENUNCIADO N. 279 DA SÚMULA. 1. **O sistema acusatório deve ser harmonizado com o princípio do livre convencimento motivado, não estando o juiz, na sentença de pronúncia, vinculado a eventual manifestação do Ministério Público, em alegações finais, pela impronúncia ou desclassificação para outro delito.** 2. Para dissentir da conclusão alcançada pelo Colegiado de origem – existência de indícios de materialidade e autoria de crime doloso contra a vida –, seria indispensável o revolvimento fático-probatório. Incidência do enunciado n. 279 da Súmula do Supremo. 3. Agravo interno desprovido.

(ARE nº 1437269 AgR, Relator: Ministro NUNES MARQUES, Órgão julgador: Segunda Turma; Julgamento em 22/08/2023; Publicação em 13/09/2023; grifou-se)

Destarte, o artigo 385 do Código de Processo Penal é uma consequência da indisponibilidade da ação penal, de modo que todos os sujeitos da relação processual se encontram vinculados à norma prevista no artigo 42 do mesmo código.

Quando o Ministério Público solicita a absolvição de um réu, não há propriamente abandono ou disponibilidade da ação, até porque essa conduta é vedada ao órgão de acusação em nosso sistema jurídico. Assim, mesmo com o pedido de absolvição, não estará eliminado aquele conflito - intrínseco à persecução penal - entre o interesse punitivo do Estado e a proteção da liberdade do indivíduo acusado. Enquanto não for extinto o processo, essa análise permanece sob o crivo do Estado-Juiz.

Portanto, mesmo que não haja pedido de condenação nas alegações finais, persiste a pretensão acusatória formulada no início da persecução penal.

A jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal reafirmou, em julgamentos recentes, a constitucionalidade o artigo 385 do Código de Processo Penal, exigindo "*um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal*". Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIABILIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRÁRIA À PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSÁRIO REEXAME DE FATOS E PROVAS QUANTO AO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO REQUERIDO PELA IMPETRANTE NESTE WRIT. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I - **No julgamento do HC 185.633 AgR/SP, da Relatoria do Ministro Edson Fachin, a Segunda Turma desta Suprema Corte reafirmou a constitucionalidade do art. 385, do Código de Processo Penal.** II - O “[...] art. 385 do Código de Processo Penal permite ao juiz proferir sentença condenatória, embora o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Tal norma, ainda que considerada constitucional, impõe ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal” (AP 976/PE, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Rev. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 13/4/2020). III - A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que “[o] habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos para o fim de verificar a atipicidade da conduta ou qualquer fato capaz de gerar a absolvição do paciente” (HC 134.985 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/06/2017). IV - Agravo ao qual se nega provimento.

(HC 232112 AgR, Relator: Ministro CRISTIANO ZANIN, Órgão julgador: Primeira Turma; Julgamento em 19/12/2023; Publicação em 02/02/2024; grifou-se);

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. DELITO DO ART. 89 DA LEI 8.666/1993. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. SUPOSTA ATIPICIDADE DA CONDUTA PRATICADA. ABSOLVIÇÃO OU TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. ART. 385 DO CPP. CONSTITUCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Eventual divergência quanto às premissas adotadas pelas instâncias antecedentes implicaria o reexame de fatos e provas, providência inviável em sede de habeas corpus. 2. **É constitucional o art. 385 do CPP. Jurisprudência desta Corte.** 3. Agravo regimental desprovido.

(HC 185633 AgR, Relator: Ministro EDSON FACHIN, Órgão julgador: Segunda Turma; Julgamento em 24/02/2021; Publicação em 24/03/2021; grifou-se);

Além disso, vincular necessariamente o juiz ao pedido de absolvição do Ministério Público afetaria a função do órgão julgador, atingindo a independência funcional da magistratura e infringindo princípios fundamentais da jurisdição. A submissão do magistrado à posição final do Ministério Público, sob a alegação de garantir o princípio acusatório, resultaria verdadeira transformação do órgão ministerial em judicante, comprometendo não apenas a independência funcional do juiz, mas também dois princípios essenciais da jurisdição: a indeclinabilidade e a indelegabilidade.

Todavia, para que ocorra a condenação após o pedido de absolvição pelo Ministério Público, torna-se essencial que o juiz fundamente de forma mais robusta a existência do crime e a sua autoria, sendo lhe imposto ônus de fundamentação elevado, como reconhecido em julgamento deste Supremo Tribunal.

(...)

**4. O art. 385 do Código de Processo Penal permite ao juiz proferir sentença condenatória, embora o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Tal norma, ainda que considerada constitucional, impõe ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal.** No caso concreto, contudo, as poucas provas colhidas pela Procuradoria-Geral da República são insuficientes para justificar a aplicação da norma excepcional. 5. Absolvição por não haver prova da existência do fato (CPP, art. 386, II).

(AP nº 976, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Órgão Julgador: Primeira Turma; Julgamento em 18/02/2020; Publicação em 13/04/2020; grifou-se).

Desse modo, constata-se a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal. No entanto, conforme indica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o dispositivo reclama interpretação conforme para que se imponha ao magistrado, **sempre que decidir pela condenação, um ônus de fundamentação elevado, tudo para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal.**

#### IV – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente arguição e, no mérito, pela procedência parcial do pedido, conferindo-se interpretação conforme à Constituição. Logo, o dispositivo somente será aplicável quando o magistrado atender **ao ônus de fundamentação elevado para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal.**

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer no momento, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, 3 de abril de 2024.

JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS

Advogado-Geral da União

ISADORA MARIA BELEM ROCHA CARTAXO DE ARRUDA

Secretária-Geral de Contencioso

RODRIGO PEREIRA MARTINS RIBEIRO

Advogado da União

Notas

- <sup>1.</sup> *Nesse sentido, esclarece a doutrina: “Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure ilícito penal. Daí a regra básica da ação pena pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade”.(PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. - 18ª ed – São Paulo: Atlas, 2014. p. 126)*
-



Documento assinado eletronicamente por JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1438909583 e chave de acesso 3b662eda no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 03-04-2024 19:17. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---



Documento assinado eletronicamente por ISADORA MARIA BELEM ROCHA CARTAXO DE ARRUDA, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1438909583 e chave de acesso 3b662eda no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ISADORA MARIA BELEM ROCHA CARTAXO DE ARRUDA, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 03-04-2024 18:00. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---