



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2.022.413 - PA (2022/0035644-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

R.P/ACÓRDÃ : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

O

RECORRENTE : BEZALIEL CASTRO ALVARENGA

ADVOGADOS : ROBERTO LAURIA - PA007388

ANETE DENISE PEREIRA MARTINS - PA010691

**ANA BEATRIZ LACORTE ARAUJO DA MOTA -
PA026752**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 938 E 939 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO E FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULAS N. 282 E 284 DO STF. ART. 157 DO CPP. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO VIOLAÇÃO. PRINTS DE WHATSAPP JUNTADOS PELA PRÓPRIA DEFESA TÉCNICA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR CORRELATO. PROVA LÍCITA. ART. 385 DO CPP. DECISÃO CONDENATÓRIA A DESPEITO DO PEDIDO ABSOLUTÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTS. 3º-A DO CPP E 2º, § 1º, DA LINDB. NÃO VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA DE DERROGAÇÃO TÁCITA DO ART. 385 DO CPP. ARTS. 316 DO CP E 386, I, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. ART. 155 DO CPP. NÃO VIOLAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PROVAS JUDICIALIZADAS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. Nos termos das Súmulas n. 282 e 284 do STF, por analogia, é necessário, para conhecimento do recurso especial, que a decisão recorrida ventile a questão federal suscitada e que a fundamentação do recurso permita a exata compreensão da controvérsia. No caso, não consta nos acórdãos nenhuma análise – nem explícita nem implícita – sobre a violação dos arts. 938 e 939 do CPC. Ademais, não foi apontada a violação do art. 3º do CPP, dispositivo que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permite a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, ao qual pertencem os artigos invocados pelo recorrente, circunstâncias que impedem o conhecimento do recurso nesse ponto. Vencido, no ponto, o relator para o acórdão.

2. O princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) veda apenas que alguém seja compelido a se autoincriminar; não proíbe nem impede, porém, que o acusado se autoincrimine voluntariamente, tanto que a lei prevê, por exemplo, a existência da confissão como meio de prova (arts. 197 a 200 do CPP). Assim, não há falar em violação do art. 157 do CPP e, por consequência, em ilicitude dos “prints de whatsapp” usados na fundamentação do acórdão, uma vez que foram apresentados pelo próprio réu – assistido por defesa técnica constituída – nos autos do processo administrativo disciplinar correlato.

3. Conforme dispõe o art. 385 do Código de Processo Penal, é possível que o juiz condene o réu ainda que o Ministério Público peça a absolvição do acusado em alegações finais. Esse dispositivo legal está em consonância com o sistema acusatório adotado no Brasil e não foi tacitamente derogado pelo advento da Lei n. 13.964/2019, que introduziu o art. 3º-A no Código de Processo Penal.

3.1. O sistema processual penal brasileiro – em contraposição ao antigo modelo inquisitivo – é caracterizado, a partir da Constituição Federal de 1988, como acusatório, e não se confunde com o *adversarial system*, de matriz anglo-saxônica. É preciso louvar os benefícios que decorrem da adoção do processo com estrutura acusatória – grande conquista de nosso sistema pós-Constituição de 1988 e reforçado pelo novel art. 3º-A do CPP – sem, todavia, cair no equívoco de desconsiderar que o processo penal, concebido e mantido acima de tudo para proteger o investigado/réu contra eventuais abusos do Estado em sua atividade persecutória e punitiva, também tutela outros interesses, igualmente legítimos, como o da proteção da vítima e, mediatamente, da sociedade em geral. Ao Estado tanto interessa punir os culpados quanto proteger os inocentes, o que faz por meio de uma jurisdição assentada em valores indissociáveis, ainda que não absolutos, tais quais a verdade e a justiça.

3.2. Não obstante a proclamada adoção no Brasil de um processo com estrutura acusatória, a praxe judiciária tem agasalhado diversas situações em que se realizam atividades judiciais com inclinação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inquisitorial. Em verdade, como bem observam Andrea Dalia e Marzia Ferraioli, “mais do que de sistema inquisitorial ou de sistema acusatório, com referência à legislação processual penal moderna, é mais usual falar de modelos com tendência acusatória ou de formato inquisitorial” (DALIA, Andrea; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processual Penale*. 5 ed. Milão: 2003, p. 27, trad. livre).

3.3. O Ministério Público, instituição a que o Constituinte de 1988 incumbiu, privativamente, de promover a ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal), tem o dever de deduzir, presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, a pretensão punitiva estatal, comprometido com a descoberta da verdade e a realização da justiça. Ao contrário de outros sistemas – em que o Ministério Público dispõe da ação penal por critérios de discricionariedade –, no processo penal brasileiro o Promotor de Justiça não pode abrir mão do dever de conduzir a *actio penalis* até seu desfecho, quer para a realização da pretensão punitiva, quer para, se for o caso, postular a absolvição do acusado, hipótese que não obriga o juiz natural da causa, consoante disposto no art. 385 do Código de Processo Penal, a atender ao pleito ministerial.

3.4. Deveras, o art. 385 do Código de Processo Penal prevê que, quando o Ministério Público pede a absolvição do acusado, ainda assim o juiz está autorizado a condená-lo, dada, também aqui, sob a ótica do Poder Judiciário, a soberania do ato de julgar.

3.5. Quando o Parquet pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação (Art. 42 do CPP), como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (*decision on prosecution motion to withdraw counts*) e vincula o posicionamento do juiz. No sistema pátrio, é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho, mesmo que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente – ou mesmo oposta – à do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado.

3.6. No tocante à natureza dos interesses postos em conflito no Processo Penal, cabe reportar à oportuna e avalizada lição de Giovanni Leoni (*Diritto Procesuale Penale*. 7. ed., Napoli: Jovene, 1968, p. 497 ss, trad. livre), que asseve: “No Processo Penal se estabelecem duas situações distintas: uma imanente de conflito entre o direito punitivo do estado e o direito de liberdade do agente; e, outra, contingente, de relação entre o Ministério Público e o acusado, que pode reproduzir a primeira situação ou divorciar-se integralmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dela”. E acrescenta o eminente professor italiano: “Na jurisdição criminal não há propriamente uma demanda do Ministério Público contra uma demanda do réu, mas uma posição estática de interesse punitivo que está atrás do Ministério Público. E uma posição estática de interesse à liberdade que fica às costas do agente”.

3.7. As posições contingencialmente adotadas pelos representantes do Ministério Público no curso de um processo não eliminam o conflito que está imanente, permanente, na persecução penal, que é o conflito entre o interesse punitivo do Estado, representado pelo Parquet, Estado-acusador, e o interesse de proteção à liberdade do indivíduo acusado, ambos sob a responsabilidade do órgão incumbido da soberana função de julgar, por meio de quem, sopesadas as alegações e as provas produzidas sob o contraditório judicial, o Direito se expressa concretamente.

3.8. Portanto, mesmo que o órgão ministerial, em alegações finais, não haja pedido a condenação do acusado, ainda assim remanesce presente a pretensão acusatória formulada no início da persecução penal – pautada pelos princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade e pelo caráter publicista do processo –, a qual é julgada pelo Estado-juiz, mediante seu soberano poder de dizer o direito (*juris dicere*).

3.9. Tal 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 – as quais estão em situação de engajamento e têm interesse em ganhar a causa, e não necessariamente em demonstrar o que de fato aconteceu –, 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.

3.10. O princípio da correlação vincula o julgador apenas aos fatos narrados na denúncia – aos quais ele pode, inclusive, atribuir qualificação jurídica diversa (art. 383 do CPP) –, mas não o vincula aos fundamentos jurídicos invocados pelas partes em alegações finais para sustentar seus pedidos. Dessa forma, uma vez veiculada a acusação por meio da denúncia e alterado o estado natural de inércia da jurisdição – inafastável do Poder Judiciário nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição –, o processo segue por impulso oficial e o juiz tem o dever – pautado pelo sistema da persuasão racional – de analisar, motivadamente, o mérito da causa submetida à sua apreciação, à vista da hipótese acusatória contida na denúncia, sem que lhe seja imposto o papel de mero homologador do que lhe foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proposto pelo Parquet.

3.11. A submissão do magistrado à manifestação final do Ministério Público, a pretexto de supostamente concretizar o princípio acusatório, implicaria, em verdade, subvertê-lo, transmutando o órgão acusador em julgador e solapando, além da independência funcional da magistratura, duas das basilares características da jurisdição: a indeclinabilidade e a indelegabilidade.

3.12. Com efeito, é importante não confundir a desistência da ação – que é expressamente vedada ao Ministério Público pela previsão contida no art. 42 do CPP e que levaria, se permitida, à extinção do processo sem resolução do mérito e sem a formação de coisa julgada material –, com a necessária vinculação do julgador aos fundamentos apresentados por uma das partes em alegações finais, cujo acolhimento leva à extinção com resolução do mérito da causa e à formação de coisa julgada material insuperável, porquanto proibida a revisão criminal *pro societate* em nosso ordenamento.

3.13. É de se notar, ainda, o grave déficit de sindicabilidade dos atos do membro do Ministério Público que o entendimento ora refutado acarreta. Isso porque eventual erro – a que todos estão sujeitos, falíveis que são os seres humanos – ou até mesmo algum comprometimento ético do representante do Parquet não seria passível de nenhum controle, diante da ausência de interesse em recorrer da decisão judicial que acolhe o pedido absolutório ou extintivo da punibilidade, cenário afrontoso aos princípios fundantes de qualquer Estado Democrático de Direito.

3.14. É dizer, nem o juiz, nem o Tribunal, tampouco a instância revisora do Ministério Público poderiam controlar o ato viciado, porquanto, diferentemente do que ocorre na sistemática do arquivamento do inquérito (art. 28 do CPP), não há previsão legal para remeter os autos ao órgão superior do Parquet nessa hipótese. Ainda que se aplicasse o referido dispositivo por analogia – o que mitigaria a falta de controle sobre o ato –, tal solução, 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.

3.15. 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 enquadra a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disposição contida no art. 385 do CPP. Ou seja, 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.

3.16. É necessário fazer, entretanto, uma ponderação, à luz das pertinentes palavras do Ministro Roberto Barroso, no julgamento da Ap n. 976/PE, de que “[t]al 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”. Vale dizer, uma vez formulado pedido de absolvição pelo *dominus litis*, caberá ao julgador, na sentença, apresentar os motivos fáticos e jurídicos pelos quais entende ser cabível a condenação e refutar não apenas os fundamentos suscitados pela defesa, mas também aqueles invocados pelo Parquet em suas alegações finais, a fim de demonstrar o equívoco da manifestação ministerial. Isso porque, tal como ocorre com os seus poderes instrutórios, a faculdade de o julgador condenar o acusado em contrariedade ao pedido de absolvição do Parquet também só pode ser exercida de forma excepcional, devidamente fundamentada à luz das circunstâncias do caso concreto.

4. Na espécie, o Tribunal de origem assentou suas conclusões sobre o argumento de haver provas suficientes nos autos para concretizar a tese da condenação do réu pelo crime de concussão. É pertinente lembrar, sobre o tema, que a prática do núcleo do tipo penal (“exigir”) pode se configurar em razão de uma intimidação decorrente do temor do indivíduo diante de uma autoridade, a despeito da ausência de violência ou ameaça expressas por parte do funcionário público. Para alterar a conclusão alcançada pelo Tribunal *a quo* e acolher a tese defensiva de “não configuração da prática do verbo do tipo ‘exigir’”, seria indispensável nova incursão vertical na seara fático-probatória, providência vedada em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

5. Não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de um decreto condenatório fundamentado, exclusivamente, em elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, no qual inexistente o devido processo legal (com seus consectários do contraditório e da ampla defesa). No entanto, é possível que se utilize deles, desde que sejam repetidos em juízo ou corroborados por provas produzidas durante a instrução processual. No caso, a leitura do acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidencia que, além dos “prints de whatsapp” – juntados pela própria defesa técnica do acusado no PIC – e dos comprovantes de depósito, também foram consideradas outras provas judicializadas em desfavor do réu, principalmente a vasta prova oral colhida, transcrita e analisada no acórdão.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negando-lhe provimento, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz, por maioria, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz. Vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jesuíno Rissado (Desembargador convocado do TJDFT).

Brasília, 14 de fevereiro de 2023

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2022413 - PA (2022/0035644-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : BEZALIEL CASTRO ALVARENGA
ADVOGADOS : ROBERTO LAURIA - PA007388
ANETE DENISE PEREIRA MARTINS - PA010691
ANA BEATRIZ LACORTE ARAUJO DA MOTA - PA026752
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 938 E 939, AMBOS DO CPC. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO E FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE (AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO SUFICIENTE PARA RESPALDAR A TESE RECURSAL). VIOLAÇÃO DO 157 DO CPP. INADMISSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE (AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO SUFICIENTE). VIOLAÇÃO DO ART. 3º-A DO CPP E DO ART. 2º, § 1º, DA LINDB. PROCEDÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 385 DO CPP À LUZ DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019, REVOGAÇÃO TÁCITA. REFORMA DO ACÓRDÃO IMPUGNADO PARA ABOSOLVER O RECORRENTE COM FUNDAMENTO NO ART. 386, VII, DO CPP. DEMAIS TESES. PREJUDICIALIDADE.

Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido, a fim de absolver o recorrente com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por **Bezaliel Castro Alvarenga**, fundado no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Pará (Ação Penal n. 0001404-61.2019.8.14.0000).

Nas razões, suscitou contrariedade aos seguintes dispositivos de lei federal:

1) arts. 938 e 939, ambos do Código de Processo Civil; 2) art. 3º-A do Código de Processo Penal e art. 2º, 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 3) art. 157 do Código de Processo Penal; 4) art. 316 do Código Penal e art. 386, I, do Código de Processo Penal; e 5) art. 155 do Código de Processo Penal (fls. 1.245/1.303).

A Corte de origem inadmitiu o recurso com fundamento nas Súmulas 7 e 83/STJ (fls. 1.524/1.531).

Contra o *decisum* a defesa interpôs agravo (fls. 1.536/1.537).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, nos termos do parecer assim ementado (fl. 1.635):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONCUSSÃO (ART. 316 DO CÓDIGO PENAL). RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. MENSAGENS DE WHATSAPP CUJO TEOR FOI JUNTADO PELA DEFESA DO PRÓPRIO AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. CONDENAÇÃO A DESPEITO DE PEDIDO ABSOLUTÓRIO DA ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 385 CPP. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO.

Nesta Corte, o autos foram autuados na forma do AREsp n. 2.063.816/PA, no qual exarei decisão determinando a reautuação do agravo como recurso especial (fls. 1.656/1.657).

É o relatório.

VOTO

No que se refere à suposta violação dos arts. 938 e 939, ambos do Código de Processo Civil, o recurso especial padece de falta de prequestionamento.

Nesse tópico, a tese defensiva é de nulidade no julgamento da ação penal decorrente da votação, em conjunto, de questão preliminar (suscitada pela defesa) e do mérito da ação.

Ocorre que a Corte de origem não se manifestou acerca da referida tese sob o enfoque de violação das normas em comento, tampouco eventual omissão a esse respeito foi suscitada em sede de aclaratórios (Súmulas 282 e 356/STF).

Ainda se entendesse que a ilegalidade aventada, nesse tópico, teria surgido originariamente no julgamento da ação penal, seria indispensável a oposição de aclaratórios, a fim de viabilizar a manifestação do Tribunal de origem sobre o tema

A propósito, confira-se:

[...]

2. É importante rememorar que, nos casos em que a violação da lei federal surge no próprio acórdão recorrido, a jurisprudência do STJ é pacífica quanto à necessidade de oposição de embargos de declaração para viabilizar o acesso às instâncias superiores.

[...]

(AgInt no AgInt no AREsp n. 1.013.103/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 3/8/2017)

[...]

3. Segundo entendimento pacífico desta Corte, ainda que a pretensa violação de lei federal tenha surgido na prolação do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem se manifeste sobre a questão. Se assim não se fez, está ausente o necessário prequestionamento.

[...]

(REsp n. 1.384.899/PE, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 23/9/2015)

No caso dos autos, o recorrente não suscitou a questão nos embargos de declaração opostos; conseqüentemente, acabou por inviabilizar que o Tribunal *a quo* debatesse a tese recursal sob o enfoque dos dispositivos tidos como violados.

Como fundamento subsidiário, destaco que os dispositivos indicados como violados nesse tópico, por si sós, não ostentam comando normativo suficiente para respaldar a tese recursal.

Ora, em se tratando de ação penal, a aplicação de dispositivos do Código de Processo Civil dependeria da existência de omissão do *codex* processual penal no tratamento da questão.

No caso, o recorrente não indicou como vulnerado o preceito que respaldaria a aplicação supletiva das normas do Código de Processo Civil no julgamento da ação penal em referência, circunstância que obsta o conhecimento do recurso nesse tópico, notadamente porque é reclamo de fundamentação vinculada no qual não incide o brocardo *iura novit curia*.

Nesse sentido, destaco o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DEFICIÊNCIA RECURSAL. AUSÊNCIA EM APONTAR OS DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA.

I - Na origem, trata-se de ação ajuizada contra o Fundo Municipal de Previdência de Santo Antônio do Descoberto - Sadprev objetivando a repetição dos descontos indevidos além de indenização por danos morais.

II - Na sentença, julgaram-se parcialmente procedentes os pedidos para condenar o réu no pagamento do valor de R\$ 3.715,56 (três mil, setecentos e quinze reais e cinquenta e seis centavos). No Tribunal a quo, a sentença foi

parcialmente reformada para julgar totalmente procedente o pedido e estabelecer termo inicial dos juros moratórios a partir da citação e no percentual da caderneta de poupança. Esta Corte conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a competência do Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, encontra-se vinculada à interpretação e à uniformização do direito infraconstitucional federal.

IV - Impõe-se não apenas a correta indicação dos dispositivos legais federais supostamente contrariados pelo Tribunal a quo, mas também a delimitação da violação da matéria insculpida nos regramentos indicados, para que, assim, seja viabilizado o necessário confronto interpretativo e, consequentemente, o cumprimento da incumbência constitucional revelada com a uniformização do direito infraconstitucional sob exame.

V - Na espécie, incide o óbice da **Súmula n. 284/STF** em razão da ausência de comando normativo do(s) dispositivo(s) apontado(s) como violado(s), o que atrai, por conseguinte, o referido enunciado: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

VI - **O óbice de ausência de comando normativo do artigo de lei federal apontado como violado ou como objeto de divergência jurisprudencial incide nas seguintes situações:** quando não tem correlação com a controvérsia recursal, por versar sobre tema diverso; **e quando sua indicação não é apta, por si só, para sustentar a tese recursal, seja porque o dispositivo legal tem caráter genérico, seja porque, embora consigne em seu texto comando específico, exigiria a combinação com outros dispositivo legais.**

VII - A indicação genérica do artigo de lei que teria sido contrariado induz à compreensão de que a violação alegada é somente de seu caput, pois a ofensa aos seus desdobramentos também deve ser indicada expressamente. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados: (AgInt no REsp n. 1.764.763/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 27/11/2020 e AgInt no AREsp n. 1.674.879/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 12/3/2021, (...) AgInt no REsp n. 1.790.501/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 19/3/2021.

VIII - Não foi comprovado o dissídio jurisprudencial, uma vez que a parte recorrente não realizou o indispensável cotejo analítico, que exige, além da transcrição de trechos dos julgados confrontados, a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência, com a indicação da existência de similitude fática e identidade jurídica entre o acórdão recorrido e o(s) paradigma(s) indicado(s), não bastando, portanto, a mera transcrição de ementas ou votos. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: "Esta Corte já pacificou o entendimento de que a simples transcrição de ementas e de trechos de julgados não é suficiente para caracterizar o cotejo analítico, uma vez que requer a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma, mesmo no caso de dissídio notório." (AgInt no AREsp n. 1.242.167/MA, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 5/4/2019.) IX - "A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal". (AgInt no REsp n. 1.903.321/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 16/3/2021 (...) AgInt no REsp n. 1.886.363/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 28/4/2021; AgRg no REsp n. 1.857.069/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 5/5/2021.) X - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 1.994.552/GO, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 24/8/2022 - grifo nosso)

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO STJ.

IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTO DA DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE. RECONSIDERAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. DIREITO DE PERMANÊNCIA. ART. 30 DA LEI N. 9656/98. PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL APÓS PRORROGAÇÃO TEMPORÁRIA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A AUTORIZAR A EXTENSÃO DO VÍNCULO. TRATAMENTO DE DOENÇA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ARTIGO DE LEI QUE TENHA SIDO VIOLADO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF.

1. No presente caso os agravantes impugnaram todos os fundamentos da decisão que não admitiu o recurso especial. Decisão da Presidência reconsiderada.

2. A falta de particularização do dispositivo de lei federal que tenha sido violado consubstancia deficiência bastante a inviabilizar a abertura da instância especial. Incidência da Súmula n. 284/STF.

3. O recurso especial é de fundamentação vinculada, não lhe sendo aplicável o brocardo iura novit curia e, portanto, ao relator, por esforço hermenêutico, não cabe extrair da argumentação qual dispositivo correto teria sido supostamente contrariado e como se deu referida vulneração a fim de suprir deficiência da fundamentação recursal, cuja responsabilidade é inteiramente do recorrente.

4. Embora tenha amparado seu recurso especial também no art. 105, III, "c", da Constituição da República, a recorrente não apontou acórdãos paradigmas como forma de caracterizar o dissídio jurisprudencial, não havendo a demonstração de sua ocorrência.

5. A subsistência de fundamento inatacado apto a manter a conclusão do aresto impugnado impõe o não-conhecimento da pretensão recursal, a teor do entendimento disposto na Súmula nº 283/STF 6. Agravo interno a que se dá provimento para reconsiderar a decisão da Presidência desta Corte e negar provimento ao agravo em recurso especial

(Aglnt no AREsp n. 2.008.000/DF, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 29/4/2022 - grifo nosso)

Logo, nesse tópico, o recurso especial também encontra óbice na Súmula 284/STF.

No que se refere à suposta violação do art. 157 do Código de Processo Penal, o recurso especial também é inadmissível.

Nesse tópico, a tese deduzida no recurso especial é de ilicitude das provas decorrentes *da juntada das conversas do aplicativo "WhatsApp", registradas tão somente através de "PrintScreen", de uma possível tela de celular, seja pelo fato destas terem sido anexadas sem a devida realização de perícia técnica ou ata notarial, seja pelo fato de que foram utilizadas para embasar a condenação, sob a fundamentação de que "ninguém pode se beneficiar da própria torpeza", sem que, ao menos, fosse ponderado com o princípio da não autoincriminação (fl. 1.275).*

Ocorre que o dispositivo indicado como violado não ostenta comando normativo suficiente para respaldar a tese recursal.

Ora, o art. 157 do CPP **limita-se a determinar o desentranhamento da prova tida como ilícita; não versa sobre a ilicitude da prova em si.**

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Em caso análogo, esta Corte assim decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 157 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. DISPOSITIVO INDICADO QUE NÃO OSTENTA COMANDO NORMATIVO SUFICIENTE PARA RESPALDAR A TESE DEFENSIVA. SÚMULA 284/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 203 DO CPP. VIOLAÇÃO DO ART. 564, IV, DO CPP. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO E PRECLUSÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 386, VII, DO CPP. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 71, CAPUT, DO CP. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO E PRECLUSÃO.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.742.399/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 7/5/2019 - grifo nosso)

Logo, verificada a deficiência na fundamentação do recurso, é o caso de incidir a Súmula 284/STF:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO EM DISPOSITIVO LEGAL APTO A SUSTENTAR A TESE RECURSAL. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DAS SÚMULAS N. 283 E 284/STF. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, 150 E 153 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STF. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INADEQUADA AO CASO CONCRETO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - Revela-se deficiente a fundamentação do recurso quando: (i) a parte deixa de impugnar fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido, apresentando razões recursais dissociadas dos fundamentos utilizados pela Corte de origem; (ii) a arguição de ofensa ao dispositivo legal é genérica; e (iii) os dispositivos apontados como violados não têm comando normativo suficiente para infirmar os fundamentos do aresto recorrido. Incidência, por analogia, das Súmulas n. 283 e 284/STF.

IV - É entendimento pacífico desta Corte que o recurso especial possui

fundamentação vinculada, não se constituindo em instrumento processual destinado a examinar possível ofensa à norma Constitucional, bem como a revisar acórdão com base em fundamentos eminentemente constitucionais, tendo em vista a necessidade de interpretação de matéria de competência exclusiva da Suprema Corte.

V - A parte deve proceder ao cotejo analítico entre os arestos confrontados e transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio jurisprudencial, sendo insuficiente, para tanto, a mera transcrição de ementas.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.973.531/PR, Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 22/6/2022- grifo nosso)

Por outro lado, no que se refere à suposta violação dos arts. 3º-A do Código de Processo Penal 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, entendo que a insurgência é admissível e, no mérito, merece acolhida.

Inicialmente, cumpre destacar que a questão veiculada nesse tópico da insurgência já foi suscitada pela defesa do recorrente no HC n. 654.075/PA, no qual exarei decisão monocrática no sentido de denegar a ordem, nos termos da decisão assim ementada:

HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. SUPOSTA ILEGALIDADE NA CONDENAÇÃO CALCADA NO ART. 385 DO CPP. NORMA RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PRECEDENTES DESTA CORTE. TESE DE REVOGAÇÃO TÁCITA PELO ADVENTO DA LEI N. 13.964/2019. IMPROCEDÊNCIA, INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE MANIFESTA ENTRE A NORMA EM COMENTO E AS DISPOSIÇÕES DA LEI SUBSEQUENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, § 1º, DA LINDB. RÉSSALVADO ENTENDIMENTO PESSOAL.

Ordem denegada (art. 34, XX, do RISTJ).

A referida decisão foi objeto de agravo regimental e, diante do alegado naquele arrazoado e no presente recurso, formei convicção distinta acerca da vigência do art. 385 do Código de Processo Civil, à luz das modificações advindas da Lei n. 13.964/2019.

Início destacando que 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.

Tal conclusão não é apenas minha, mas também do Ministro Celso de Mello, que, por ocasião do julgamento do HC n. 188.888, afirmou que:

“Todos sabemos, Senhor Presidente, que a ordem normativa instaurada no Brasil em 1988, formalmente plasmada na vigente Constituição da República, outorgou ao “Parquet”, **entre as múltiplas e relevantes funções institucionais que lhe são inerentes, a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”** (CF, art. 129, inciso I – grifei), ressalvada a hipótese, que é excepcional, prevista no art. 5º, inciso LIX, da Carta Política. Isso significa, **portanto, que a Carta Política optou inequivocamente pelo sistema acusatório como modelo de persecução penal** (GUILHERME MADEIRA DEZEM, “Curso de Processo Penal”, p. 95/100, item n. 3.3, 5ª ed., 2019, RT; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Manual de Processo Penal”, p. 39/40, 5ª ed., 2017, JusPODIVM; PAULO RANGEL, “Direito Processual Penal”, p. 52/53, 18ª ed., 2010, Lumen Juris; EUGÊNIO PACELLI, “Curso de Processo Penal”, p. 13/17, item n. 1.4, 21ª ed., 2017, Atlas; GERALDO PRADO, “Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”, p. 195, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 82/84, item n. 14.2, 2014, Saraiva; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, “Curso de Processo Penal”, p. 27/28, item n. 2.1.3, 8ª ed., 2012, Forense; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 111/113, 6ª ed., 2016, RT, v.g.), **acentuando, por esse motivo, com especial ênfase, que o monopólio da titularidade da ação penal pública pertence ao Ministério Público, que age, nessa condição, com exclusividade, em nome do Estado.**

O exame do sistema acusatório, no contexto do processo penal democrático, tal como instituído pela nossa Carta Política, permite nele identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, entre os quais destacam-se, sem prejuízo de outras prerrogativas fundamentais, os seguintes: **(a) separação entre as funções de investigar, de acusar e de julgar, (b) monopólio constitucional do poder de agir outorgado ao Ministério Público em sede de infrações delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, (c) condição daquele que sofre persecução penal, em juízo ou fora dele, de sujeito de direitos e de titular de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado, (d) direito à observância da paridade de armas, que impõe a necessária igualdade de tratamento entre o órgão da acusação estatal e aquele contra quem se promovem atos de persecução penal, (e) direito de ser julgado por seu juiz natural, que deve ser imparcial e independente, (f) impossibilidade, como regra geral, de atuação “ex officio” dos magistrados e Tribunais, especialmente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade do investigado, acusado ou processado, (g) direito de ser constitucionalmente presumido inocente, (h) direito à observância do devido processo legal, (i) direito ao contraditório e à plenitude de defesa, (j) direito à publicidade do processo e dos atos processuais, (k) direito de não ser investigado, acusado ou julgado com base em provas originariamente ilícitas ou afetadas pelo vício da ilicitude por derivação, (l) direito de ser permanentemente assistido por Advogado, mesmo na fase pré-processual da investigação penal (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XXI, na redação dada pela Lei nº 13.245/2016), e (m) direito do réu ao conhecimento prévio e pormenorizado da acusação penal contra ele deduzida.”**

Da ementa do julgado, extraio o seguinte trecho:

– A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro (HC n. 188.888).

No mesmo sentido, trago ensinamento de Walter Nunes da Silva Junior:

“Esse paradigma do nosso sistema processual penal foi desconstruído com a nova ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988, a qual foi arquitetada tendo como norte os direitos fundamentais declarados em seu texto com força normativa, **impondo que tanto o acusado quanto a vítima sejam tratados como sujeitos de direitos na relação processual, sob os contornos do modelo acusatório.**

....

A Constituição de 1988 não tratou expressamente do sistema acusatório e muito menos as cartas anteriores. **Todavia, a interpretação sistemática conduz à conclusão de que o princípio acusatório está imanente no nosso ordenamento jurídico, porquanto o art. 129, inciso I, da Constituição, tornou privativa do Ministério Público a propositura das ações penais de iniciativa pública.** Por outro lado, sendo o nosso sistema normativo arquitetado sob a orientação dos direitos fundamentais, **o único modelo de processo criminal admissível é aquele que trata o acusado como sujeito de direitos, na qualidade de parte ao lado do Ministério Público, sendo assegurada a efetiva paridade de armas.** Assim, o Código de Processo Penal – elaborado sob a batuta da Constituição de 1937, a mais retrógrada da nossa história constitucional –, pelo fato de ter sido concebido sob o modelo inquisitivo, com cunho eminentemente repressivo, precisa ser revisitado sob as lentes de um ordenamento jurídico democrático, compassado com a Constituição de 1988.

Nessa linha de raciocínio, **é válido afirmar que o processo criminal necessita ser lido com a concepção de que ele não é orientado mais pelo sistema misto, porém, sim, pelo acusatório, com todas as consequências daí decorrentes.** Por isso mesmo, a partir da Constituição em vigor, paulatinamente, ocorreram alterações no CPP, a fim de moldá-lo ao sistema acusatório, mediante a separação orgânica entre o juiz e o órgão acusador, reservando-se àquele a prática dos atos de cunho decisório e a este o papel de parte (GRECO FILHO 2012, 112).

....

De qualquer sorte, as reformas tópicas promovidas no Código de Processo Penal têm sido no sentido de sedimentar o sistema acusatório. **A Lei nº 13.964, de 2019, que aprovou o chamado Pacote Anticrime, expressamente foi nessa direção, ao preceituar 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”.**

O sistema acusatório é a antítese do inquisitivo ou misto/inquisitivo. Por conseguinte, para fins dogmáticos, basta realçar as características que são próprias a um sistema acusatório arquitetado sob a batuta dos direitos fundamentais (FORTUNA, et al. 1991, 11), a fim de identificar o que caracteriza o inquisitivo.

Nessa ótica, a mudança de um sistema misto, com inclinação inquisitorial, como é o modelo da redação originária do Código de Processo Penal brasileiro, para um acusatório como quer a Constituição vigente, implica na adoção de um sistema processual com as seguintes características (SILVA JÚNIOR 2015, 13613 [Kindle]):

I – paridade de armas entre o Ministério Público e a defesa, ambos sendo tratados como partes; II - gestão da prova pelas partes; III - oral, transparente e público; IV - observância das garantias constitucionais do acusado, especialmente em relação (a) à presunção de não culpabilidade, (b) à defesa efetiva, (c) ao direito ao silêncio, (d) à nulidade das provas obtidas por meio ilícito; e V - preservação da imparcialidade do juiz, afastando-o das atribuições reservadas para o Ministério Público.” (Silva Júnior, Walter Nunes da; Hamilton, Olavo; Melo, Caio Vanuti Marinho de; Pinto, Fernando Wallace Ferreira; Souza, Gabriel Lucas Moura de; Reinaldo, Guilherme de Negreiros Diógenes; Farias, Maria Beatriz Maciel de; Freire, Natália Galvão da Cunha Lima. Pacote anticrime: Temas relevantes (p. 19 e 21,22,23). Edição do Kindle.)

Ora, embora o art. 3º-A do Código de Processo Penal tenha tido sua eficácia suspensa pela decisão emanada nos autos da ADI n. 6298, entendo que a Lei n. 13.964/2019 ostenta outras normas que indicam a opção do legislador no sentido da adoção de um sistema acusatório quase puro.

Nesse sentido, destaco a atual redação dos arts. 282, § 2º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, que vedam a decretação de medidas cautelares *ex officio* pelo Juiz, inclusive prisão preventiva.

Nesse sentido, destaco o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. INJÚRIA. DESACATO. DESOBEDIÊNCIA. VIAS DE FATO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO IMPOSTAS, DE OFÍCIO, NA ANÁLISE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Um dos objetivos da reforma da Lei n. 13.964/2019 é o fortalecimento do modelo acusatório no Processo Penal brasileiro. Assim, suprimiu-se, por exemplo, a possibilidade de o Juiz agir sem provocação em matéria de medidas cautelares pessoais. Nessas hipóteses, segundo o comando normativo vigente, é imprescindível o prévio requerimento do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial. Tal conclusão decorre da supressão da expressão "de ofício" tanto do art. 282, § 2º, como do art. 311, ambos do Código de Processo Penal.

2. Ao tratar da (im)possibilidade de decretação da medida cautelar mais gravosa de ofício, a Terceira Seção desta Corte deu provimento ao RHC n. 131.263/GO para reconhecer a ilegalidade na conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva sem prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. No inteiro teor desse acórdão está consignado que "tal dispositivo tornou imprescindível, expressamente, o prévio requerimento das partes, do Ministério Público ou da autoridade policial, para ser possível a aplicação, por parte do Magistrado, de qualquer medida cautelar. Ademais, a alteração introduzida no art. 311 do CPP, do qual foi suprimida a expressão "de ofício", corrobora a interpretação segundo a qual passou a ser imprescindível a representação prévia para decretação da prisão cautelar, inclusive para conversão do flagrante em preventiva" (fl. 13 do voto condutor do acórdão; grifos no original).

3. Considerando que, no caso em análise, o Ministério Público não postulou pela fixação de nenhuma medida de natureza cautelar, a orientação converge com o entendimento que prevaleceu no recente julgamento do RHC n. 145.225 - RO, no qual a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça definiu que a "determinação do Magistrado, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação *ex officio*, uma vez que lhe é permitido atuar conforme os ditames legais, desde que previamente provocado, no exercício de sua jurisdição" (RHC 145.225/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/02/2022, DJe 22/03/2022).

4. Em matéria de medidas cautelares pessoais, a atuação jurisdicional de ofício é vedada, independente da fase que se encontre o procedimento e do grau de limitação na liberdade que o provimento acautelatório eventualmente enseje.

5. Ordem concedida para cassar as medidas cautelares diversas da prisão fixadas de ofício pelo Juízo de primeiro grau.

Nesse diapasão, não parece razoável concluir no sentido da vigência da previsão contida no art. 385 do Código de Processo Civil.

Ora, **se é vedado ao Magistrado decretar *ex officio* a prisão cautelar, também não deve ser admitida a atuação de ofício no sentido de condenar alguém, medida essa indubitavelmente mais gravosa do ponto de vista processual penal.**

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.

Dizem, sobre o assunto, Tiago Bunning e Guilherme Brener Lucchesi:

“Também defendemos a revogação tácita do artigo 385 do CPP, que dispunha o seguinte:

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.

É evidente que os atos de condenar sem pedido ministerial e reconhecer agravantes que não tem um sido alegre alegadas equivale a substituir a atuação do órgão de acusação.

Caso se alegue que o art. 3º-A veda apenas a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, e que, ao condenar sem pedido da acusação, o juiz não estaria produzindo ou colhendo prova, lembre-se que o mesmo dispositivo legal garante uma estrutura acusatória ao processo penal e, como visto, é característica fundante do sistema acusatório a separação das funções de acusar e julgar.

Notadamente, o juiz que condena quando a acusação pede absolvição ou reconhece agravante não alegada está acusando e julgando simultaneamente, e isso é vedado pelo 3º-A, seja por substituir a atuação do órgão de acusação seja por romper com a estrutura acusatória do processo. (in Lei Anticrime – A (RE)FORMA PENAL E A APROXIMAÇÃO DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO?, Tirant, 2020, fls. 23/24)

Aury Lopes Júnior segue a mesma linha:

“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.

Então, recordando que GOLDSCHMIDT afirma que o poder judicial de condenar o culpado é um direito potestativo, no sentido de que necessita de uma sentença condenatória para que se possa aplicar a pena e, mais do que isso, **é um poder condicionado à existência de uma acusação. Essa construção é inexorável se se realmente se quer efetivar o projeto acusatório da Constituição. Significa dizer: aqui está um elemento fundante do sistema acusatório.**

Portanto, viola o sistema acusatório constitucional a regra prevista no artigo 385 do CPP, que prevê a possibilidade de o juiz condenar ainda que o Ministério público peça a absolvição. Também representa uma clara violação do princípio da necessidade do processo penal fazendo com que a punição não seja legitimada pela prévia integral acusação, ou, melhor ainda, pleno exercício da pretensão acusatória. (in Direito Processual Penal, Saraiva, 13ª edição, fls. 921) (grifo nosso)

Não vejo como compreender que, depois da Lei n. 13.964/2019, quando o legislador pátrio, ao incorporar ao nosso Código de Processo Penal o Juiz de garantias (art. 3º-B), ao explicitar, em lei, a opção pelo sistema acusatório (art. 3º-A) e ao tirar do Juiz o poder de interferir na opção do Ministério Público em arquivar inquéritos policiais ou elementos informativos da mesma natureza (nova redação do art. 28), dispositivos até agora vigentes, como o art. 385 do CPP, ainda continuem aplicáveis.

Mesmo que tais dispositivos (arts. 3º-A, 3º-B e 28, todos do CPP) estejam com sua eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, é fato que o legislador optou claramente por limitar a atuação do Juiz na ação penal a apenas julgar, deixando a cargo das partes a responsabilidade pelo impulso do processo.

Assim, revendo minha convicção estabelecida na decisão monocrática exarada nos autos do HC n. 654.075/PA (pendente de julgamento de agravo regimental), concluo no sentido da revogação tácita do art. 385 do Código de Processo Penal, ante a manifesta incompatibilidade do referido preceito com a nova sistemática processual penal subsequente ao advento da Lei n. 13.964/2019.

E não prevalece aqui também o raciocínio de que, recebida a denúncia, não poderia mais o Ministério Público voltar atrás em sua posição inicial. Isso porque é dito e redito que a denúncia, para ser recebida, exige a presença apenas de indícios de autoria e que a instrução ao longo da ação penal é que indicará de vez a presença, ou não, de elementos que indiquem, sem dúvidas, a responsabilidade do réu.

Assim, óbvio que, se ao longo da instrução perante a autoridade judicial se convencer o Ministério Público, titular único da ação penal, de que não existem elementos suficientes para indicar a responsabilidade do réu, não há lógica que, diante do sistema acusatório que predomina no processo penal, possa o Juiz do feito decidir contra a vontade do dono da ação.

Fixada essa premissa jurídica, não há outra solução senão reformar o acórdão impugnado, a fim de absolver o recorrente com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, tal como postulado pelo órgão acusatório em alegações finais, restando prejudicadas as demais questões suscitadas no recurso especial.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe** provimento, a fim de absolver o recorrente com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0035644-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.022.413 / PA

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001404-61.2019.8.14.0000 00014046120198140000 1404-61.2019.8.14.0000
14046120198140000

PAUTA: 20/09/2022

JULGADO: 20/09/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BEZALIEL CASTRO ALVARENGA

ADVOGADOS : ROBERTO LAURIA - PA007388

ANETE DENISE PEREIRA MARTINS - PA010691

ANA BEATRIZ LACORTE ARAUJO DA MOTA - PA026752

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Concussão

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). ROBERTO LAURIA, pela parte RECORRENTE: BEZALIEL CASTRO ALVARENGA

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ, SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Aguardam os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Laurita Vaz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2022413 - PA (2022/0035644-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : BEZALIEL CASTRO ALVARENGA
ADVOGADOS : ROBERTO LAURIA - PA007388
ANETE DENISE PEREIRA MARTINS - PA010691
ANA BEATRIZ LACORTE ARAUJO DA MOTA - PA026752
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Razões do recurso e contextualização

BEZALIEL CASTRO ALVARENGA interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Pará** na Ação Penal n. 0001404-61.2019.8.14.0000.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto – substituída por uma restritiva de direitos –, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 316 do CP.

A defesa aduz, em síntese, as teses a seguir elencadas (fls. 1.302-1.303):

- a) o reconhecimento da contrariedade aos arts. 938 e 939, ambos do CPC, uma vez que o pedido preliminar foi julgado em conjunto com o mérito da ação, o que ocasionou um enorme prejuízo ao recorrente, já que a preliminar era de ilicitude da prova, a qual foi utilizada como pilar para condenação do processado por prática do verbo descrito no art. 316, CP, razão pela qual o julgamento ocorrido no dia 28.10.2020 perante o Pleno do TJPA deve ser anulado;
- b) caso não haja o acatamento do requerimento anterior, o que não se acredita, que seja reconhecida a contrariedade ao art. 3º-A, CPP e ao art. 2º, §1º, LINDB, tendo em vista que a condenação do

recorrente foi baseada em norma revogada tacitamente (art. 385, CPP), haja vista que, com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) e a adoção expressa do sistema acusatório, resta demonstrada a impossibilidade de imposição de sanção estatal por parte do Poder Judiciário em face de pedido absolutório formulado nas alegações finais do Ministério Público;

c) suplementarmente, em hipótese de não acolhimento do pedido anterior, o que não se espera, pugna-se pelo reconhecimento da contrariedade ao art. 157, CPP, para que seja declarada a ilicitude dos Prints de Whatsapp de fls. 462/575, anexados pelo Ministério Público na presente ação penal, os quais serviram para embasar o acórdão condenatório proferido em desfavor do recorrente, devendo o mesmo, conseqüentemente, ser anulado, visto que violou o princípio fundamental da não autoincriminação, bem como, não houve realização de perícia técnica ou ata notarial para autenticar a sua veracidade, razão pela qual devem ser consideradas como ilícitas, na forma do art. 157, CPP, c/c art. 5º, LVI, CF;

d) subsidiariamente, em caso de não acatamento dos pleitos anteriores, o que não se acredita, requer-se o reconhecimento da contrariedade aos arts. 316, CP e 386, I, CPP, com a conseqüente reforma do acórdão condenatório, com a conseqüente absolvição do processado, tendo em vista que restou provada a inexistência do fato, ante a não configuração da prática do verbo do tipo "exigir", por não haver descrição da imposição ou obrigação imposta por parte do acusado em face da vítima, a qual foi deduzida por parte do Julgador, o que não pode ocorrer ante o Estado Democrático de Direito;

e) suplementarmente, em hipótese de não acolhimento de todos os pedidos anteriores, o que não se espera, pede-se pelo reconhecimento da contrariedade ao art. 155, CPP, com a conseqüente anulação do acórdão condenatório, uma vez que a condenação do recorrente por incurso na prática do verbo exigir descrito no art. 316, CP foi fundamentada em elemento de informação colhido em sede de procedimento investigatório criminal, qual seja: Prints de Whatsapp de fls. 472/575, não havendo confirmação perante o deslinde processual penal.

A Corte de origem inadmitiu o recurso especial com fundamento nas Súmulas n. 7 e 83 do STJ (fls. 1.524-1.531).

Contra o referido *decisum* a defesa interpôs agravo (fls. 1.536-1.537).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, em parecer com a seguinte ementa (fl. 1.635):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONCUSSÃO (ART. 316

DO CÓDIGO PENAL). RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. MENSAGENS DE WHATSAPP CUJO TEOR FOI JUNTADO PELA DEFESA DO PRÓPRIO AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. CONDENAÇÃO A DESPEITO DE PEDIDO ABSOLUTÓRIO DA ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 385 CPP. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO.

Às fls. 1.656-1.657, o relator, Ministro **Sebastião Reis Júnior**, conheceu do agravo e determinou a sua conversão em recurso especial, com a necessária correção da autuação.

Levado o feito a julgamento, o eminente relator votou pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo seu provimento, em voto assim ementado (grifei):

RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 938 E 939, AMBOS DO CPC. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO E FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE (AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO SUFICIENTE PARA RESPALDAR A TESE RECURSAL). VIOLAÇÃO DO 157 DO CPP. INADMISSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE (AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO SUFICIENTE). **VIOLAÇÃO DO ART. 3º-A DO CPP E DO ART. 2º, § 1º, DA LINDB. PROCEDÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 385 DO CPP À LUZ DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019, REVOGAÇÃO TÁCITA. REFORMA DO ACÓRDÃO IMPUGNADO PARA ABSOLVER O RECORRENTE COM FUNDAMENTO NO ART. 386, VII, DO CPP. DEMAIS TESES. PREJUDICIALIDADE.**

Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido, a fim de absolver o recorrente com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

Argumentou que, “embora o art. 3º-A do Código de Processo Penal tenha tido sua eficácia suspensa pela decisão emanada nos autos da ADI n. 6298, entendo que a Lei n. 13.964/2019 ostenta outras normas que indicam a opção do legislador no sentido da adoção de um sistema acusatório quase puro” e destacou, nesse sentido, “a atual redação dos arts. 282, § 2º, e 311, ambos do Código de

Processo Penal, que vedam a decretação de medidas cautelares *ex officio* pelo Juiz, inclusive prisão preventiva”, razão pela qual afirmou que “se é vedado ao Magistrado decretar *ex officio* a prisão cautelar, também não deve ser admitida a atuação de ofício no sentido de condenar alguém, medida essa indubitavelmente mais gravosa do ponto de vista processual penal”.

Em continuidade, asseriu que “Mesmo que tais dispositivos (arts. 3º-A, 3º-B e 28, todos do CPP) estejam com sua eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, é fato que o legislador optou claramente por limitar a atuação do Juiz na ação penal a apenas julgar, deixando a cargo das partes a responsabilidade pelo impulso do processo”, motivo por que concluiu pela “revogação tácita do art. 385 do Código de Processo Penal, ante a manifesta incompatibilidade do referido preceito com a nova sistemática processual penal subsequente ao advento da Lei n. 13.964/2019”.

Sustentou, por fim, não prevalecer “o raciocínio de que, recebida a denúncia, não poderia mais o Ministério Público voltar atrás em sua posição inicial. Isso porque é dito e redito que a denúncia, para ser recebida, exige a presença apenas de indícios de autoria e que a instrução ao longo da ação penal é que indicará de vez a presença, ou não, de elementos que indiquem, sem dúvidas, a responsabilidade do réu”.

Arrematou, então, com a assertiva de que, “se ao longo da instrução perante a autoridade judicial se convencer o Ministério Público, titular único da ação penal, de que não existem elementos suficientes para indicar a responsabilidade do réu, não há lógica que, diante do sistema acusatório que predomina no processo penal, possa o Juiz do feito decidir contra a vontade do dono da ação”.

Na ocasião, **pedi vista** dos autos para melhor análise das matérias postas em discussão.

II. Delimitação da controvérsia

A controvérsia central cinge-se a saber se é possível que o julgador condene criminalmente o réu mesmo quando o Ministério Público pede expressamente a sua absolvição em alegações finais, sobretudo à luz das disposições trazidas pela nova Lei n. 13.964/2019, cuja sistemática, segundo o entendimento da defesa – encampado pelo nobre relator –, haveria revogado tacitamente o art. 385 do CPP.

III. Reiteração de pedido

Preliminarmente, observo que, conforme esclarecido pelo relator em seu voto, o questionamento da validade do art. 385 do CPP já foi objeto do **HC n. 654.075/PA**, impetrado anteriormente pela defesa, cuja pretensão foi rechaçada monocraticamente por Sua Excelência, aguardando-se, no momento, a apreciação do agravo regimental interposto.

Assim, compreendo, salvo melhor juízo, que essa matéria deveria ser apreciada naqueles autos, que estão em tramitação nesta Corte. De todo modo, superada essa questão preliminar em deferência à primazia do exame da pretensão na via recursal própria (recurso especial) e à análise conjunta com as demais teses que apenas aqui foram levantadas, passo a examinar o apelo nobre na ordem em que as teses defensivas foram elencadas.

IV. Arts. 938 e 939 do CPC

A primeira tese aventada pela defesa neste recurso especial é a de nulidade do julgamento perante o Tribunal *a quo*, sob o argumento de que a preliminar de ilicitude da prova foi apreciada junto com o mérito da ação, e não em votação apartada, o que violaria os arts. 938 e 939 do CPC, com o seguinte teor:

Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

[...]

Art. 939. Se a preliminar for rejeitada ou se a apreciação do mérito

for com ela compatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar.

Neste ponto, estou de acordo com o eminente relator quanto à impossibilidade de conhecimento do pedido, tanto pela falta de prequestionamento da matéria quanto pela fundamentação deficiente do recurso, a fazer incidirem, respectivamente, a Súmula n. 282 do STJ e a Súmula n. 284 do STF.

Com efeito, não consta nos acórdãos (do recurso especial e dos embargos de declaração) nenhuma análise – nem explícita nem implícita – sobre a violação dos referidos dispositivos legais, além da simples explicação terminológica do relator à fl. 1.000 quanto à nomenclatura que daria ao pedido (antecedente em vez de preliminar).

Ademais, como bem notou o relator, não foi apontada a violação do art. 3º do CPP, dispositivo que permite a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, ao qual pertencem os artigos invocados pelo recorrente.

V. Art. 157 do CPP

No que concerne à ilicitude das provas colhidas, contudo, peço vênica para divergir do ilustre relator a respeito do conhecimento da questão, porquanto, a meu ver, o art. 157 do CPP não se limita a determinar o desentranhamento da prova tida como ilícita, mas também define o que se entende por prova ilícita, ao dizer: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, **assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais**” (grifei).

De todo modo, no mérito não assiste razão à defesa sobre esse tema. O recorrente argumenta, a propósito, que (fl. 1.275):

[...] a ilicitude da juntada das conversas do aplicativo "WhatsApp, registradas tão somente através de "PrintScreen, de uma possível tela de celular (fls. 462/575), seja pelo fato destas terem sido anexadas sem a devida realização de perícia técnica ou ata

notarial, seja pelo fato de que foram utilizadas para embasar a condenação, sob a fundamentação de que "ninguém pode se beneficiar da própria torpeza", sem que, ao menos, fosse ponderado com o princípio da não autoincriminação.

O Tribunal *a quo* rechaçou a tese defensiva nos seguintes termos (fls. 1.000-1.005):

Em alegações finais, a defesa do denunciado Bezaliel Castro Alvarenga, argumenta que:

"Desde o início da instrução processual, em suas peças defensivas, esta defesa técnica vem sustentando como tese preliminar a ilegitimidade da documentação utilizada a título de 'prova' — conversas de aplicativo 'WhatsApp', registradas tão somente através de 'PrintScreen', de unia possível tela de celular — pelo Representante do Parquet com o intuito de configurar a materialidade do delito ora imputado ao defendente, a qual, no sentir desta defesa, merece ser desentranhada dos presentes autos, uma vez que a simples impressão de um suposto conteúdo virtual, 'não é suficientemente válida para provar o que se alega, diante da vulnerabilidade de manipulação do conteúdo e da necessidade de demonstrar a publicidade dos fatos.'" (grifei).

Os documentos tidos como "ilegítimos" pelos advogados do réu, foram juntados espontaneamente, no exercício da autodefesa, pelo denunciado, quando da apresentação da defesa prévia no Procedimento Administrativo Disciplinar nº 1.00207/2018-01 instaurado no CNM P.

Naquela oportunidade, os Advogados Daniel Konstadinidis e Thiago Carvalhaes Peres — que à época representavam o réu —, juntaram diversos "Print Screens" da tela do celular do próprio denunciado em conversas com a vítima Annelise Clara Cordeiro Barros, asseverando sua necessidade em razão de:

"O primeiro aspecto que deve ser considerado na análise de um caso complexo e com acusações graves como o presente é, como acima mencionado, a verificação da existência de outros elementos os quais corroborem para o que foi afirmado.

Vale ressaltar que a suposta vítima, em seu depoimento, traça uma situação e dá a ideia de que a mesma era constante. Porém, colacionamos à presente Defesa Prévia prints das conversas entre o Promotor de Justiça e a Sra. Anelise, entre novembro/2016 e janeiro/2018 (doc. OS).

E aqui, Exa., valem algumas importantes observações sobre as conversas entre o membro e a servidora. De início, percebemos que INEXISTE qualquer palavra ou expressão que possa, sequer, ser considerada como ato de abuso. Pelo contrário, há uma relação estritamente profissional e ética por parte do Promotor de Justiça".

(Mídia fl. 496 da Ação penal — página 309 doc. PDF encaminhado pelo CNIVIP à PGJ/PA.

Tenho, portanto, como certo que o denunciado, ao tentar, nesta via, desqualificar a prova, que ele mesmo juntou nos autos do Procedimento Administrativo Disciplinar que tramitou no CNMP (mídia fl. 496 — p. 441/866), trazida aos autos no bojo do PIC que instruiu a inicial, ofende ao postulado da vedação ao comportamento contraditório, e, por conseguinte, à boa-fé objetiva que deve nortear os processos judiciais.

Neste ponto, destaco ser pacífico nos Tribunais Superiores o entendimento de que: "ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa; é esta a essência do brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium*" (STF, ACO nº 652/PI, Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 30/10/14).

[...]

Acrescento, ainda, que, no caso, não há nem mesmo a necessidade de exame de corpo de delito (art. 158 do CPP) — como reclamado pela defesa em suas alegações finais —, uma vez que o tipo penal pelo qual o Sr. Bezaliel foi denunciado é delito formal, crime de fato transeunte (*delicta facti* transeunte) — ou seja, não deixa vestígio — não exigindo, em decorrência, para a sua caracterização, exame de corpo de delito.

Por essas e outras razões, não há como se cancelar os argumentos para não reconhecer a validade e força *probandi* dos documentos por não terem sido: "submetidos à perícia e nem transcrição em ata notarial".

Ora, como exigir da vítima tal ônus, se não foi de seu aparelho que foram extraídos os "prints"?

Tivesse a defesa a sincera vontade de ver periciados os "prints" que ela mesma retirou do celular do réu e os usou como prova em favor deste — e não apenas desqualificar essa prova que, em notório equívoco técnico ou distração, produziu — poderia ter providenciado a perícia, que tão tardia quanto veementemente reclama, já que o mencionado aparelho, como já ressaltado, não pertence à vítima e sim ao próprio réu.

O certo é que, embora seja evidente que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, aquelas (provas) tidas como válida (vale dizer: lícitas e legítimas) pela parte que delas se vale em defesa de suas pretensões, não podem ter, em momento posterior, sua força probante questionada por essa mesma parte em flagrante desrespeito a princípios fundamentais de regência da matéria probatória.

Com efeito, as provas no processo são também reverentes aos princípios da autorresponsabilidade da parte e da comunhão. Pelo primeiro, corno leciona Marcelo Polastri Lima', "cada parte deverá suportar ou assumir as consequências de sua inatividade, erros e negligência, uma vez que tem ônus ou encargo de demonstrar ... a prova ou comprovação do ato que lhe interesse." E, pelo segundo, uma vez inserida no processo, a prova não pertence apenas àquele que produziu, é comum e pode ser utilizada por qualquer sujeito processual.

Portanto, quer seja em respeito aos postulados da boa-fé e da lealdade processual que, corno já demonstrado, impedem posturas ou atos processuais contraditórios (vale repetir: *nemo potest venire contra factum proprium*), quer seja por reverência aos princípios

da autorresponsabilidade e da comunhão não há como dar guarita ao pleito defensivo vestibular.

Forte nessas razões, mantenho o indeferimento do pleito vestibular, uma vez que a juntada aos autos de conversas mantidas via WhatsApp entre o acusado e a vítima, feita pelo próprio denunciado como meio de autodefesa no Processo Administrativo Disciplinar, é elemento capaz de auxiliar na apuração da verdade substancial e não pode, por flagrante ofensa aos postulados da boa-fé objetiva da lealdade processual, da autorresponsabilidade e da comunhão, ter sua validade questionada ou posta em dúvida por aquele que outrora se valeu de seus termos.

Conforme bem pontuado pela Corte estadual, não há falar em ilicitude dos “*prints de whatsapp*” usados na fundamentação do acórdão, uma vez que foram apresentados pelo próprio réu – assistido por defesa técnica constituída – nos autos do processo administrativo disciplinar correlato.

Ora, o princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), como o próprio nome anuncia, **veda apenas que alguém seja obrigado/forçado a se autoincriminar; não proíbe nem impede, porém, que o acusado se autoincrimine voluntariamente – como ocorreu no caso dos autos** –, tanto que a lei prevê a existência da confissão como meio de prova (arts. 197 a 200 do CPP).

Ademais, a ausência de perícia ou ata notarial sobre o material não gera a ilicitude da prova; a questão se resolve, em verdade, no campo da valoração, isto é, da análise da sua força probante e da confiabilidade de que o conteúdo corresponda à verdade, como fez o Tribunal local – à luz dos princípios da comunhão da prova e da boa-fé objetiva – ao considerar que foi o próprio acusado, assistido por defesa técnica, quem apresentou os “prints” extraídos do seu aparelho celular, de sorte que não haveria motivo concreto para duvidar da veracidade do seu conteúdo.

Assim, não há como acolher a pretensão defensiva de desentranhamento do material dos autos.

VI. Art. 385 do CPP – considerações iniciais sobre o sistema

acusatório

Inicialmente, registro ser gratificante ver como, no âmbito desta Corte, se confrontam pensamentos não coincidentes entre si, mediante o emprego de argumentos científicos e jurídicos, afastando alusões a ideologias ou abstrações nem sempre presentes em outras plagas.

Digo isso, como preliminar à explicitação do meu pensamento, já externado em outros votos e na seara acadêmica, porque vejo, aqui e acolá, uma certa absolutização, se me permitem o neologismo, de princípios que são, efetivamente, caros a qualquer processo penal, mas que demandam criteriosa interpretação e aplicação, sob pena de, como se diz no ditado popular, *buttare via l'acqua sporca con il bambino dentro* ("jogar fora o bebê junto com a água suja").

Nosso sistema processual penal – em contraposição ao antigo modelo inquisitivo – é caracterizado, a partir da Constituição Federal de 1988, como acusatório. Ada Grinover sinteticamente distinguiu os dois modelos:

No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto, no segundo, as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo.

(GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. *In: A marcha no processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 78, grifei)

No mesmo sentido é o entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “[e]sse desenho institucional tripartido entre atores distintos a desempenhar funções díspares – investigação/acusação, defesa e julgamento – evidencia que a Constituição Federal de 1988 adota o sistema acusatório a orientar a persecução penal brasileira. Tem-se, assim, um sistema

baseado na atuação de três personagens – *actum trium personarum* –, a saber, as partes (autor e réu) e um terceiro imparcial (juiz)” (HC n. 186.421/SC, Rel. Ministro **Celso de Mello**, Red. p/ o acórdão Ministro **Edson Fachin**, 2ª T., DJe 16/11/2020).

Entretanto, apesar dessa estruturação acusatória de matriz constitucional, nosso sistema nunca conseguiu livrar-se do ranço inquisitorial que vem de longa data. Recorde-se das primeiras décadas de vigência de nosso primeiro Código de Processo Criminal do Império, quando os policiais detinham funções judiciais e os juízes, funções policiais (policialismo judiciário). Exemplo disso era a nomeação de desembargadores e juízes de Direito para exercerem, também, as funções de chefe de polícia e de delegado.

A confusão de papéis também atingiu, no passado, o órgão oficial de acusação. Vale como exemplo, ainda no Império, a denominação dos membros do Ministério Público em segundo grau como “desembargadores promotores de Justiça” (Decreto n. 1.723, de 16/2/1856). Na República, essa mistura se mostrava nítida na composição de tribunais, como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde o procurador-geral podia tomar parte no julgamento das causas, como relator ou revisor. O que dizer então do largo período — interrompido com a Carta Magna de 1988 — em que a redação original do Código de 1941 permitia ao juiz de Direito iniciar processos, por meio de portaria (os assim chamados processos judicialiformes), tal como ocorria, por exemplo, no procedimento sumário das contravenções?

O fato é que essas anomalias na distribuição dos papéis principais desempenhados na persecução penal afetavam – e ainda afetam –, nem sempre conscientemente, a praxe do foro criminal.

É preciso, então, louvar os benefícios que decorrem da adoção do processo com estrutura acusatória – grande conquista de nosso sistema pós-Constituição de 1988 – sem, todavia, cairmos no equívoco de, por ilações encontradiças em setores doutrinários, desconsiderarmos que o processo penal,

concebido e mantido acima de tudo para proteger o investigado/réu contra eventuais abusos do Estado em sua atividade persecutória e punitiva, também tutela outros interesses, igualmente legítimos, como o da proteção da vítima e, mediatemente, da sociedade em geral.

É dizer, ao Estado tanto interessa punir os culpados quanto proteger os inocentes, o que faz por meio de uma jurisdição assentada em valores indissociáveis, ainda que não absolutos, tais quais a verdade e a justiça.

Em webnário realizado recentemente (GLEIZER, O. *Sistemas processuais penais e o modelo brasileiro*. G.TeD UFBA. 1 vídeo (1h30min07seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-BQleI6pz98>. Acesso em: out/2022), o Prof. Orlandino Gleizer, assistente científico na Julius-Maximilians Universität Würzburg, durante palestra sobre os “Sistemas processuais penais e o modelo brasileiro”, fez importantes e corajosos alertas quanto ao que chamou de *conceitos maniqueístas*, de que derivam discussões nas quais se invoca o princípio acusatório como *argumento de autoridade ou retórico* em relação a opções legislativas que, não coincidentes aos elementos comumente associados a um ou outro modelo de processo específico, devem ser reputadas legítimas se voltadas a conferir alguma racionalidade ao funcionamento da justiça criminal.

Como bem pontuou, há muita confusão nos conceitos e nos significados acerca dos modelos acusatório e inquisitório e sobre a estrutura adversarial e inquisitorial de um processo penal – como já referia Ada Grinover em célebre ensaio acima mencionado –, o que decorre, conforme acentuam autores estrangeiros que se ocuparam com maestria e isenção científica sobre a matéria (entre os quais Teresa Armenta Deu), da falta de clareza sobre os critérios utilizados para incluir as características específicas de um ou outro modelo e com a falta de acordo sobre o significado das categorias utilizadas.

E, naquilo que mais interessa ao debate objeto deste recurso, o Prof. Orlandino Gleizer adverte que “Com a finalidade de buscar um equilíbrio sobre esses dois ganhos de racionalidade, o de que culpados possam ser punidos e

inocentes, absolvidos, o sistema precisa buscar um equilíbrio e não uma mera preservação da separação das atividades processuais”. E conclui: “No lugar de afirmar, de forma maniqueísta, a ilegitimidade de um elemento processual por sua relação histórica com um processo específico, o que nos cumpre é submeter institutos e máximas processuais ao controle da razão. É esse exercício que nos aproximará do que buscamos: um processo que encontre o correto balanço entre a necessidade de condenar culpados e o imperativo de absolver inocentes”.

No mesmo webnário, o renomado Prof. Luís Greco, em apoio ao expositor, aponta a falta, na processualística brasileira, de estudos históricos mais aprofundados para se saber, realmente, o que poderia ser incluído na ideia de um dado modelo de processo penal, como o acusatório. E asseve: “A pergunta correta a se fazer, para se legitimar ou consagrar como ideal um sistema, é a seguinte: essa regra de que o juiz está ou não está vinculado ao pedido do Ministério Público é a que melhor atende aos interesses públicos que justificam a existência de um processo, e ela é a regra que melhor atende às exigências de garantia aos direitos do imputado? São essas as duas perguntas que têm de ser feitas”.

Dito isso, afirmo que o novo art. 3º-A do CPP (“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”), de vigência ainda suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, representa um importante e significativo reforço aos anseios de todos nós por um processo penal pautado por regras e limites científicos e axiológicos voltados a conferir maior grau de proteção ao acusado e segurança à coletividade, **mas não derroga**, como pretendo demonstrar doravante, o art. 385 do mesmo Código.

VII. O modelo processual penal brasileiro

Importa examinar este recurso especial a partir da compreensão teórica das características do processo penal brasileiro e por uma **avaliação pragmática** sobre como a jurisprudência pátria tem enfrentado a ocorrência de situações

aparentemente contrárias ao que se espera de um modelo de persecução penal moderno.

Conforme expus em voto proferido no **HC n. 367.156-MT**, é inarredável a percepção de que **o Brasil**, após a sua independência política, da qual resultou produção legislativa distinta da que regia Portugal, **sempre se deixou permear por um maior ou menor inquisitorialismo na sua estrutura de processo penal**.

A edição do Código de Processo Criminal do Império, ao lado do Código Criminal – primeiros códigos genuinamente brasileiros –, inegavelmente trouxe modernidade à nossa persecução penal daquele período, até então regida pelo já anacrônico Livro V das Ordenações Filipinas. Sem embargo, as práticas jurídicas que se consolidaram entre a Baixa Idade Média e o fim da Era Moderna acabaram por engendrar um sistema chamado misto (ou reformado), inaugurado em 1808 com o Código de Instrução Criminal da França napoleônica, o qual se espargiu pela Europa Continental e por toda a América Latina.

Fácil, portanto, entender a dificuldade de identificar, no recém-nascido direito brasileiro, características importadas apenas de um único outro Estado. Em verdade, as ligações políticas e comerciais que se estabeleceram principalmente no Primeiro Reinado entre o Brasil e a Inglaterra, reforçadas por toda a herança social, cultural e jurídica recebida ao longo de três séculos de dominação portuguesa, deram origem a um sistema criminal bem peculiar, no qual passaram a conviver normas e institutos usuais em Portugal e na Inglaterra, mas também em outros povos que construíram o ordenamento jurídico norteados pelo Código Napoleônico de 1808.

De todo modo, o Brasil optou, com seu primeiro diploma processual, o Código de Instrução Criminal do Império (1832), por **manter práticas inquisitoriais que nos colocavam mais próximos do sistema francês** – cuja marca-mor era o Juizado de Instrução (modelo reformado ou misto) – do que do modelo adversarial inglês, simbolizado pelo julgamento popular, o *Trial by Jury*.

Essa falta de identidade própria de nosso modelo punitivo gerou, como já

pontuei, **nefasta confusão normativa e funcional dos papéis que juízes, promotores e policiais** desempenhavam na persecução penal, com interferências recíprocas em atribuições e competências que deveriam possuir demarcação mais nítida. Nada a estranhar, portanto, que, em semelhante *policialismo judiciário*, eventualmente a juízes se desse atribuição para investigar e a policiais, para acusar e julgar.

Como ilustração do que significava essa visão de mundo naquele momento de nossa história, veja-se o exemplo da Lei n. 261, de 3/12/1841, cujo art. 2º previa que “Os Chefes de Polícia serão escolhidos d'entre os Desembargadores e Juízes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaisquer juízes e cidadãos: serão todos amovíveis e obrigados a aceitar. Art. 3º Os Chefes de Polícia, além do ordenado que lhes competir como Desembargadores ou Juízes de Direito, poderão ter uma gratificação proporcional ao Trabalho, ainda quando não acumulem o exercício de um e outro [...]”. Ou, então, confira-se o que dispunha o Regulamento n. 120, de 31/01/1842: “Art. 64. Aos Juízes Municipais, como Auctoridades policiais, competem as mesmas atribuições que pertencem aos Delegados [...]”.

Tal estrutura sofre algumas pequenas alterações até a entrada em vigor da Lei n. 2.033, de 20/9/1871, diploma de grande amplitude, cujo maior objetivo foi o de instituir o Inquérito Policial, o que resolveu parte do problema, porquanto se definiu, com maior propriedade, o papel da polícia judiciária. No entanto, continuamos a não estabelecer bem as diferentes funções a serem desempenhadas pelos órgãos integrantes da justiça criminal.

Certo que, por ocasião da elaboração do Código de Processo Penal de 1941, rejeitamos a proposta de um modelo assumidamente inquisitorial, como era a feição do Projeto Vicente Ráo, caracterizado pela proposta de instituição do **Juizado de Instrução**, em voga na Europa daqueles tempos. Preferimos, contra a maioria de então, adotar um modelo no qual ao juiz fosse reservado o papel de apenas julgar, e não o de também investigar e acusar – com exceções referentes a determinados crimes –, o que, de certo modo, nos colocou em vantagem com

relação a povos de maior tradição, como a França, a Espanha e a Itália e mesmo Portugal, que apenas no final do século passado se renderam a reformas tendentes a instituir uma estrutura mais acusatória a seus procedimentos penais.

Ainda assim, **permanecemos com fortes ranços inquisitoriais tanto em alguns dispositivos da legislação processual**, especialmente os que dizem respeito ao procedimento e às iniciativas judiciais ao longo do inquérito policial e da ação penal.

Vale recordar que os avanços foram muitos com a Constituição de 1988. Não mais vigem normas que outrora permitiam, v.g., ao magistrado, ou até mesmo à autoridade policial, dar início ao processo criminal, instaurando os assim chamados *processos judicialiformes*, tais quais os que se aplicavam às hipóteses positivadas nos arts. 26, c/c o 531 do CPP, e 1º da Lei n. 4.611/1965.

Restaram em vigor, porém, dispositivos como o art. 3º da Lei 9.296/1996, que permite ao juiz determinar, de ofício, a interceptação das conversas telefônicas de pessoa investigada (embora me pareça que, com a introdução do art. 8-A àquela lei, passa o juiz a somente agir por provocação); e artigos do Código de Processo Penal, como o art. 5º, II (que permite ao juiz requisitar a instauração de inquérito policial), ou o art. 10, § 1º (que torna a autoridade judiciária a destinatária do inquérito policial), ou, ainda, o art. 156, I (que faculta ao juiz ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo durante o inquérito policial, se considerá-las “urgentes e relevantes”), bem como o art. 574, segunda parte (que determina ao juiz “recorrer” *ex officio*, de sua própria decisão, nos casos ali indicados).

Também se poderiam acrescentar a esse rol de dispositivos legais outras situações de possível comprometimento psicológico do julgador, como o **mecanismo de controle do arquivamento do inquérito policial positivado no art. 28 do CPP** – ainda em vigor, dada a suspensão, pelo STF, da vigência da nova redação conferida a tal dispositivo pela Lei n 13.964/2019 – em decorrência do qual **o juiz se substitui ao órgão de acusação no exame da suficiência de**

elementos informativos para dar início a uma ação penal, rejeitando promoção de arquivamento das investigações. Em tal hipótese, não rara no cotidiano forense, **é de se reconhecer que recaem relevantes dúvidas sobre a imparcialidade do juiz que, após remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, recebe-os de volta com uma denúncia ofertada contra o investigado cujo inquérito se recusou a arquivar**, mesmo com pedido do membro do Ministério Público.

Um último exemplo, a meu ver, é ainda mais difícil de imaginar como compatível com um processo penal moderno, sem resquícios inquisitoriais. Refiro-me ao art. 33 da Loman, que **atribui a um desembargador ou ministro a função de investigar e colher prova, inquisitorialmente, antes mesmo de ser proposta ação penal contra magistrado a quem se atribui a prática de crime, previsão corroborada em julgado da Corte Especial do STJ (Apn 460/RO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 25/6/2007).**

Conforme já mencionado, essa **pletora de normas desconformes à Carta Política de 1988** deriva de uma tradição radicada em períodos de nossa história notabilizados por verdadeira confusão de papéis entre juízes, promotores e policiais. Em que pesem tais considerações, **não houve declaração de inconstitucionalidade desses preceitos normativos** que compõem o nosso sistema de justiça criminal.

Há, para acrescentar ao debate, situação outra que, a meu aviso e com todas as vênias dos eminentes pares, não privilegia a estrutura acusatória do processo penal. Refiro-me ao entendimento jurisprudencial que **valida audiências de instrução e julgamento realizadas sem a presença do membro do Ministério Público**. Confirmam-se:

Conforme consignado no decisum monocrático vergastado, o entendimento consolidado desta eg. Corte Superior é no sentido de que "[...] não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência [...]" (REsp n. 1.348.978/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/02/2016). Precedente. (AgRg no REsp n. 1.860.108/AM, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 4/5/2020)

Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP). [...]

(REsp n. 1.348.978/SC, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, Rel. p/ acórdão Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 17/2/2016)

[...]

I - Inexiste nulidade na ação penal por ter o Magistrado conduzido audiência de oitiva das testemunhas de acusação, inquirindo-as sobre os fatos constantes da denúncia, sem a presença do Membro do Ministério Público.

II - Eventual prejuízo pela ausência do representante do *Parquet*, caso houvesse, só interessaria à acusação, sendo inadmissível o reconhecimento de nulidade relativa que só à parte contrária interessa.

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.491.961/RS, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 14/9/2015)

[...]

2. Esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato, impondo-se à defesa a alegação oportuna do defeito processual, bem como a comprovação do prejuízo suportado pelo réu. Precedentes.

3. No caso dos autos, além de não ter havido a impugnação oportuna da defesa quanto à ausência do Ministério Público em algumas das audiências de instrução, seja porque o referido órgão estava atuando em outro processo, seja porque estava em substituição em outra comarca, tem-se que o próprio Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, o que afasta a alegação do prejuízo em tese suportado pelos acusados.

(HC n. 312.668/RS, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 7/5/2015)

Até mesmo a recente reforma do CPP, paradoxalmente – haja vista o novel e bem-vindo texto do art. 3º-A do CPP – persiste em autorizar essas iniciativas oficiosas. Com efeito, note-se que, logo após o dispositivo que anuncia a estrutura acusatória do processo penal brasileiro e a vedação à iniciativa do juiz

na fase de investigação, prevê o art. 3-B, entre outras competências do juiz das garantias, as de "X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação" e a de "XIII – determinar a instauração de incidente de insanidade mental".

Trago esses exemplos para sugerir que, não obstante a proclamada adoção, entre nós, de um **processo com estrutura acusatória**, a **praxe judiciária tem agasalhado diversas situações em que se realizam atividades judiciais com inclinação inquisitorial**. Em verdade, como bem observam Andrea Dalia e Marzia Ferraioli, “mais do que de sistema inquisitorial ou de sistema acusatório, com referência à legislação processual penal moderna, é mais usual falar de modelos com tendência acusatória ou de formato inquisitorial” (*più che di sistema inquisitorio o di sistema accusatorio, con riferimento alla legislazione processuale penale moderna si è soliti parlare di modelli a tendenza acusatoria o di stampo inquisitorio*. DALIA, Andrea; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processual Penale*. 5 ed. Milão: 2003, p. 27).

É preciso, portanto, considerar que **a praxe judiciária não tem acolhido dogmas ou princípios de modo absoluto**. As idiossincrasias de nosso país e do sistema de justiça criminal acabam por engendrar soluções sensíveis a argumentos de cunho prático. E não se há de identificar essa postura, necessariamente, como algo negativo, pois **cada país precisa construir um complexo normativo que, sem desconsiderar as experiências estrangeiras, seja funcional e adaptado às características de nossa realidade**.

A propósito, bem assinala Gustavo Zagrebelsky que o direito é disciplina prática, "necessariamente ancorada na realidade. [...] Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz. **Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica, é necessário uma validade prática**" (*El derecho dúctil*. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123, grifei).

VIII. As características do modelo acusatório

Sendo certo que não existe um modelo acusatório absolutamente puro (embora se reconheça, com razão, ser o modelo norte-americano o que mais se aproxima dessa estrutura arquetípica), é possível identificar algumas características comuns nos ordenamentos processuais que se inspiram em tal modelo.

Inicialmente, para que se possa assegurar a imparcialidade do juiz, dando-lhe condições de julgar a causa sem ideias preconcebidas ou juízos pré-formados e sem que acumule funções que não lhe são próprias, é mister que haja nítida divisão de papéis entre os personagens principais do processo. É preciso, portanto, que exista um órgão responsável pela acusação e pela promoção da ação penal, se possível integrante do próprio Estado – uma vez adotada a obrigatoriedade e a oficialidade da ação penal –, e que esse órgão seja cercado de poderes e garantias que lhe permitam exercer a ação penal de forma independente e sob critérios de legalidade e objetividade.

É necessário, também, que a ação penal seja exercitada apenas por quem tenha legitimidade ativa, vedando-se qualquer iniciativa judicial nesse sentido, visto que, inerte, a jurisdição deve ser provocada por quem detenha a titularidade do poder de exercer o direito de ação. Em verdade, a jurisdição penal, conquanto necessária para a concretização do direito penal – *nulla poena sine iudicium* –, não pode ser acionada de ofício pelo magistrado – *ne procedat iudex ex officio*.

Há de existir, outrossim, defesa técnica efetiva, que possibilite ao acusado manter-se permanentemente em situação de igualdade processual com o Ministério Público, de forma a que ambos – acusação e defesa – desfrutem das mesmas oportunidades para influir na formação do convencimento judicial.

Ainda como característica do modelo acusatório, prevê-se uma fase pré-processual, em que o órgão titular da ação penal, por si mesmo ou com o auxílio da Polícia Judiciária, recolhe **elementos mínimos de convicção** que lhe permitam dar início ao processo. Em verdade, dados os conhecidos efeitos que a simples

instauração de uma ação penal acarreta sobre o *status dignitatis* de qualquer pessoa, todos os ordenamentos dos países contemporâneos preveem uma atividade de natureza administrativa (ou mesmo judicial, como ocorre no modelo misto), anterior ao processo criminal, em que se busca colher evidências quanto à existência do crime e a sua autoria. Com isso, cria-se um filtro processual e evita-se a instauração precipitada de uma ação penal, de sorte a proteger o suposto autor do ilícito contra os efeitos deletérios de um processo, que somente poderá, então, ser instaurado ante a presença de um **substrato probatório mínimo de autoria e materialidade**, a conferir **plausibilidade à demanda**.

Daí por que se exige, também, um juízo de admissibilidade da acusação, preferencialmente por um órgão jurisdicional distinto daquele que vai julgar a causa, preservando-se este da possível vinculação psíquica ao material de que tomou conhecimento para emitir a decisão de recebimento da peça acusatória.

É indispensável, ademais, **que o juiz se mantenha em posição imparcial durante toda a persecução penal**, em razão de lhe serem vedadas as iniciativas investigativas típicas da Polícia Judiciária ou do órgão acusador. Esta exigência do modelo acusatório, todavia, não significa que o juiz, **no momento de julgar a pretensão punitiva**, deva permanecer omissos diante de **relevante dúvida** derivada da deficiente ou precária atividade principal das partes na produção da prova. **A gestão da prova**, conquanto seja considerada por parcela da doutrina nacional como o sinalizador que mais evidencia se um sistema tem ou não caráter acusatório, **não impede, a meu ver, a atividade oficiosa judicial, de modo supletivo, residual**, em relação às partes e cercada de redobrado cuidado para não comprometer a imparcialidade do julgador.

Assinale-se que essas características podem sofrer pequenas variações de acordo com o ordenamento processual penal de cada país, sendo de se observar, a propósito, uma **crescente aproximação entre os modelos misto e acusatório**, de modo a diminuir suas diferenças, rumo à construção de um modelo mundial de persecução penal, o que, aliás, viria ao encontro da **globalização do direito**.

IX. A imparcialidade e os poderes instrutórios do juiz

No magistério sempre atual de Liebman, a imparcialidade do juiz constitui “[...] **garantia do seu prestígio perante as partes e a opinião pública, derivada da certeza de sua independência**. Por isso não basta que o juiz em sua consciência, sinta-se capaz de exercer o seu ofício com a habitual imparcialidade; é preciso que não subsista qualquer dúvida de que motivos pessoais possam influir sobre seu ânimo” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processual civile*, v. 1. Milão: Giuffrè, p. 69, traduzi).

Qualificados segmentos da doutrina pátria efetuam uma relação entre a imparcialidade do juiz e o modelo processual adotado pelo país. Assim, exemplificativamente: “A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificado no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109).

De fato, como alertado na Exposição de Motivos do Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América, “o bom inquisidor mata o bom juiz”.

A observação é pertinente, mas, conforme mencionei alhures, não se há de descartar a hipótese de que um juiz, mesmo exercendo, residual e supletivamente, poderes instrutórios – **tal qual permitem praticamente todas as legislações processuais modernas, inclusive as que rumaram para um modelo acusatório** (Itália, Portugal, Alemanha, v.g.) – possa preservar sua imparcialidade. Sem embargo, concordo que o **modelo inquisitório** (*rectius*, modelo misto, pois não há mais processo puramente inquisitório em legislações contemporâneas) **favorece, e muito, a assunção de uma postura investigativa do magistrado e tende a antecipar a formação de um juízo de mérito** que somente deveria ser alcançado ao cabo da instrução criminal, depois do devido processo legal.

Aliás, é no encerramento da atividade probatória das partes que

pode caber algum poder instrutório residual ao juiz, o que, a meu sentir, não implica dizer tão enfaticamente, como pregam alguns doutos processualistas, ter havido o comprometimento da imparcialidade judicial.

Permito-me, a respeito dessa questão, mencionar, para registro, que o principal referencial teórico, **Franco CORDERO, invocado pelos que não admitem qualquer tipo de atividade oficiosa do juiz na busca de esclarecimento sobre fato duvidoso surgido no exercício da jurisdição**, foi claro, ao contrário do que se costuma ver sustentado em obras nacionais, ao defender tal possibilidade.

É preciso dizer que os aventados “quadros mentais paranoicos” que o juiz desenvolveria ao colaborar na atividade probatória das partes, mesmo supletiva e residualmente – mencionados insistentemente em alguns textos de juristas nacionais – têm como referência histórica o juiz instrutor presente na Itália do Código Rocco (1930), substituído pelo Código Vassali (1988), e foi já na vigência deste novo diploma processual que Franco Cordero, sobre os poderes instrutórios do juiz, asseriu:

Sono un residuo necessario questi poteri d'intervento diretto, coordinati al sistema penale italiano: azione obbligatoria nonché irretratabile; processo a oggetto indisponibile e non lo sarebe più, almeno de facto, se a chi giudica fosse negato ogni accesso allá prova. Gli artt. 507 e 603 risolvono l'equazione (São um resíduo necessário estes poderes de intervenção direta, coordenados ao sistema penal italiano: ação obrigatória bem como irretratável; processo com objeto indisponível e não o seria mais, ao menos de fato, se a quem julga fosse negado qualquer acesso à prova. Os artigos 507 e 603 [do Código de Processo da Itália, que autorizam tais iniciativas judiciais] resolvem a equação.
(CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 567, traduzi)

É preciso distinguir: **se ainda não há imputação**, não há processo e, portanto, são impertinentes e atentatórias à imparcialidade e ao modelo acusatório as iniciativas judiciais tendentes a, **durante as investigações inquisitoriais e sem provocação do interessado**, buscar provas. Sem embargo, diversa é a situação quando, **já iniciada a ação penal (ou mesmo antes, desde que provocado)**, passa

o juiz da causa a exercer, com soberania, sua função natural de entregar a prestação jurisdicional, sem condicionamentos outros que não as regras procedimentais e os limites epistemológicos e éticos no cumprimento de seu múnus.

Relembro, a propósito, que o sistema acusatório não se confunde com o *adversarial system*, de matriz anglo-saxônica, no qual “a plena disponibilidade das provas pelas partes é reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz à sociedade” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. *In: A marcha no processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 78-81).

Com efeito, cuidando-se de atividade de **natureza pública**, que interessa a toda a coletividade, não se pode tolher por completo o juiz da possibilidade de, **com isenção e prudência**, também diligenciar para trazer aos autos informações e provas que conduzam à verdade mais próxima possível da realidade histórica dos fatos sobre os quais gira a pretensão punitiva.

Michelle Taruffo, nesse ponto, bem observa que as partes, diferentemente do juiz, não têm compromisso com a verdade e, por isso, deixar a atividade probatória exclusivamente nas mãos delas poderia comprometer o escopo maior do processo. Veja-se:

De um modo mais geral, é lícito duvidar que um bom método para encontrar a verdade consista no choque entre dois sujeitos, nenhum dos quais tem realmente interesse em que essa seja descoberta. A ideia expressa na exposição de motivos do código, segundo a qual cada parte faria emergir com as suas provas um aspecto da verdade, de modo que o juiz não restaria que combinar a “verdade das partes” para descobrir a real verdade dos fatos [...]. Portanto, um processo em que a formulação de uma decisão verdadeira constitua uma finalidade fundamental não pode fundar-se apenas na atividade probatória das partes, qualquer que seja o modo como configurada, e muito menos pode fundar-se sobre o monopólio exclusivo das partes com respeito aos meios de prova. (TARUFFO, Michele. A prova no processo civil contemporâneo. Tradução de José Maria Rosa Tesheiner. *In: RIBEIRO, Darci Guimarães (Org.). Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 141-142)

No mesmo sentido, amparada no mestre italiano, é a lição de Gustavo Badaró, para quem

As partes no processo estão em situação de engajamento, com interesse em ganhar a causa. Não formulam suas versões dos fatos, sendo-lhes indiferente o resultado de procedência ou improcedência, ou, no caso do processo penal, mais especificamente, a condenação ou a absolvição. Não é interesse das partes demonstrar os fatos em sua integralidade, exatamente como ocorreram. Seria ingênuo supor que cada parte, do seu lado, afirma ao juiz e depois deseja provar toda a verdade, somente a verdade, e nada mais do que a verdade! Normalmente não lhe é indiferente o resultado. Ao contrário. O Ministério Público acusa porque acredita que o acusado é culpado e almeja a sentença condenatória. O réu, ressalvados os casos de confissão – e mesmo assim muitas vezes, estas ocorrem com alguma reserva mental – quer ser absolvido ou em caso de condenação, que lhe seja imposta a menor sanção possível.

[...]

[...] o ponto de equilíbrio está em admitir que o juiz possa determinar prova tendo por objeto fatos narrados pelas partes, na imputação ou na defesa, e que já constituam o *thema probandum*. Por outro lado, ao juiz não é permitido criar hipóteses fáticas novas, não alegadas pelas partes, e para confirmá-las, determinar a produção de prova de ofício. Se as partes têm nos fatos imputados ou naqueles constantes da resposta à acusação uma baliza para requerer a produção das provas de suas alegações, é evidente que o julgador, igualmente, não poderá ultrapassar tais limites. **Iniciativas probatórias do juiz somente podem ser aceitas em caráter excepcional. Além disso, devem ser contidas nos limites traçados pela acusação e pela defesa em suas alegações.** (BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 34-35, grifei)

Assim, se, por um lado, o processo – **como instrumento público de pacificação social** – não pode abrir mão de todo e qualquer critério de verdade, em um relativismo cético absoluto, por outro, também não deve se ocupar de perseguir, **a qualquer custo**, o inalcançável e pernicioso dogma da verdade real, típico dos ultrapassados modelos substancialistas de direito penal.

Um dos grandes perigos desses modelos – alerta Luigi Ferrajoli – é o de que, em nome de uma fundamentação metajurídica (predominantemente de cunho moral ou social), se permita incontrolado subjetivismo judicial na determinação em

concreto do desvio punível. Daí por que a verdade a que aspira esse modelo é a chamada "**verdade substancial ou material**", ou seja, **uma verdade absoluta, carente de limites, não sujeita a regras procedimentais e infensa a ponderações axiológicas**, o que, portanto, degenera em julgamentos privados de legitimidade, ante a ausência de apoio ético no modo de ser do processo.

De lado oposto, sob a égide de um processo penal de cariz garantista – o que nada mais significa do que concebê-lo como atividade estatal sujeita a permanente avaliação de conformidade com a Constituição da República ("O direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado", dizia-o W. Hassemer) –, busca-se uma **verdade processual** em que a **reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas**, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional.

Se outros fins, que não a simples apuração da verdade, são também importantes na atividade investigatória e persecutória do Estado, algum sacrifício epistêmico, como alerta Jordi Ferrer-Beltrán, pode ocorrer, especialmente quando o processo penal busca, também, a proteção a direitos fundamentais e o desestímulo a práticas autoritárias (FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 114-115).

Nesse cenário de delicado equilíbrio, o poder probatório do magistrado se insere como **possível, mas relegado a um papel subsidiário, secundário e excepcional, que não pode assumir um caráter de protagonismo**, sob pena de retorno ao indesejado modelo inquisitivo, com confusão entre os papéis de investigar/acusar e julgar, conforme aponta Marcos Zilli ao afirmar que

[...] a iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade do melhor acerto possível do fato posto a julgamento em virtude do dever imposto ao juiz de aplicar, eficazmente, o direito penal. **E nesses precisos termos, trata-se de situação excepcional, concretizável, apenas e tão somente, quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes. Não pode assumir, portanto, contornos de atividade, o que lhe emprestaria características de reiteração e continuidade, sob pena, aí sim, de concentração de todos os poderes nas mãos de um único sujeito processual,**

abrindo espaço para que dúvidas fossem levantadas quanto à imparcialidade do julgador. Deve aproximar-se, destarte, de uma atividade supletiva àquela a cargo dos sujeitos parciais. (ZILLI, Marcos. *A iniciativa Instrutória no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 144, grifei)

Em suma, “a verdadeira discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* deve ser travada não no campo do pode ou não pode, mas em relação aos limites para que esses poderes sejam validamente exercidos pelo magistrado” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *A atividade probatória ex officio judicis na recente reforma processual penal*, Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=334. Acesso em: out.2022).

Feito esse registro, entendo, sob outra ótica, que, a despeito de o sistema acusatório melhor preservar o magistrado contra juízos antecipados de mérito e conferir-lhe papel mais passivo na busca da verdade processualmente válida, não assegura que um determinado juiz não forme antecipadamente sua convicção sobre a causa que julgará futuramente.

Fato é que, **sob as regras de qualquer sistema**, é nefasto à jurisdição – notadamente a criminal – que o acusado não tenha a garantia de que será julgado por um juiz imparcial, um **terceiro subjetivamente desinteressado no resultado final do processo**.

Na precisa dicção do Ministro Cezar Peluso, em voto proferido no **HC n. 94.641/BA** (Rel. para o acórdão Ministro **Joaquim Barbosa**, j. 11/11/2008):

A imparcialidade da jurisdição é exigência primária do princípio do devido processo legal, entendido como justo processo da lei, na medida em que não pode haver processo que, conquanto legal ou oriundo da lei, como deve ser, seja também justo – como postula a Constituição da República –, sem o caráter imparcial da jurisdição. Não há, deveras, como conceber-se processo jurisdicional – que, como categoria jurídica, tem por pressuposto de validade absoluta a concreta realização da promessa constitucional de ser justo e devido por justiça (*due process*) –, sem o predicado da imparcialidade da jurisdição.

O juiz, pontua Ferrajoli:

[...] se não deve gozar do consenso da maioria, tem no entanto de desfrutar da confiança dos sujeitos individuais e concretos por ele julgados, de modo que essas pessoas não só não tenham, mas inclusive não temam, ter um juiz inimigo ou, seja como for, não imparcial. (...) **É necessário que ele não tenha um interesse acusatório, e que por isso não exercite simultaneamente as funções de acusação como inversamente ocorre no rito inquisitório e, ainda que ambigualmente, no misto.** Só desse modo o processo pode preservar caráter “cognitivo” ou, como diz Beccaria, “informativo”, e não se degenerar em “processo ofensivo” em que “o juiz se torna inimigo do réu.

(FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: RT, 2002, p. 466, grifei)

Nossa Constituição, entretanto, é omissa – ao menos não o diz explicitamente – quanto ao dever de imparcialidade judicial, o que, evidentemente, desautoriza concluir que não tenha essa garantia do jurisdicionado *status* constitucional, pois o direito a um juiz imparcial integra o próprio conceito do *due process of law*, referido no art. 5º, LIV, da CR, a par de encontrar abrigo na cláusula aberta do § 2º daquele mesmo dispositivo constitucional.

E, quanto a isso, não há dúvida de que, ao fazer ingressar em nosso sistema jurídico positivo, por meio do Decreto n. 678/1992, o Pacto de San José da Costa Rica (**Convenção Americana sobre Direitos Humanos**), passamos a ter norma específica sobre o tema, *verbis*:

Artigo 8. Garantias judiciais

I. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Sem embargo, melhor faria nosso Constituinte se seguisse a letra expressa da Constituição da Itália, cujo art. 111, § 2º, determina que “*ogni processo si svolge (...) davanti a giudice terzo e imparziale*”. E, para que se tenha efetiva imparcialidade do juiz, impõe-se: “1) a sujeição do juiz à lei; 2) a separação entre as funções jurisdicional e as típicas de uma parte; 3) a ‘terzietà’; 4)

a ausência de pré-juízos como situação psíquica de ausência da ‘força da prevenção’; 5) a equidistância das partes (no sentido de que o juiz deve ser ‘supra-partes’); 6) a presença de garantias procedimentais que consintam de afastar o juiz que seja (ou apareça) parcial” (TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processual penale*. Milão: Giuffrè, 2016, p. 41, traduzi).

Espera-se, portanto, do magistrado, já no momento inicial da persecução penal, um comportamento tal que não interfira na inarredável imparcialidade que todo julgador necessita possuir para bem julgar. Essa postura há de acompanhar o magistrado ao longo de toda a persecução penal, máxime naqueles momentos em que, já na colheita da prova, já na adoção de medidas cautelares, deverá zelar para não se descurar de seu dever de manter-se imparcial.

E, tanto sob a ótica do jurisdicionado quanto do público em geral, não convém que parem dúvidas acerca da correção e da justiça do provimento jurisdicional imposto no caso concreto. A justiça dos homens, na sabedoria de Calamandrei, tem necessidade “não somente de ser, mas de parecer justa” (CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia* (Trad. Hector Zamudio), Buenos Aires, EJE, 1960, p. 37). Bem antes, aliás, já advertia Carrara:

Não basta que o juízo tenha atingido efetivamente seu fim jurídico, isto é, de conduzir à exata cognição da verdade enquanto seja propriamente condenado o verdadeiro culpado, e condenado somente na medida de seu merecimento. É necessário que o povo creia nisso. Eis o fim político das formas processuais. Quando as formas não foram observadas, a confiança pública na justiça do julgado não é senão a confiança na sapiência e na integridade do homem que julgou, e nem todos podem tê-la; mas quando as formas foram observadas, a confiança pública se apoia racionalmente nessa observância.

(CARRARA, Francesco. *Programma*, par. 819, p. 281-282, *apud* Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão*, São Paulo: RT, 2002, nota 357, p. 552)

Essa também é a dicção da Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que costuma usar uma fórmula que denota a mesma ideia: “*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*” (cfe. DELMAS-MARTY, Mireille. *Prospettive sulla procedura penale in Europa*. In: *L'Indice Penale*,

Esse dever de não apenas ser imparcial (imparcialidade subjetiva) como também de agir de tal forma que não parem dúvidas sobre tal qualidade (imparcialidade objetiva) é ainda mais premente no momento atual da humanidade, que se caracteriza pela volatilidade e pela superficialidade do saber (*rectius*: da opinião), a evidenciar a “modernidade líquida” de que tanto falou Zygmunt Bauman.

Cada vez mais todos parecem, como diria o poeta, já ter “uma opinião formada sobre quase tudo”. Nenhuma notícia, estudo, reportagem ou entrevista passa imune a “comentários” nas redes sociais, onde pessoas são condenadas antes de serem julgadas e onde qualquer defesa da legalidade e do respeito a direitos conquistados pela civilização pós-iluminista, quando não alinhadas à histeria punitiva das massas, provoca reações extremadas, que exalam ódio e rancor aos que ousam pensar de modo mais racional.

Daí por que o zelo pela preservação da imparcialidade deve ser ainda maior quando o juiz conduz processos relativos a crimes de grande repercussão midiática e que hajam causado notória repercussão social. Em situações tais, é bem-vindo o conselho de Garapon: “A mídia, ao nos colocar sob a influência de emoções, afasta-nos da influência do direito. Ela se autoproclama representante da opinião pública, mas é apenas, na maioria das vezes, o porta-voz da emoção pública” (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 100).

É, assim, temeroso e arriscado – como acentua Caferra – que, em nome do combate à corrupção e às imoralidades, o juiz acabe se apresentando como “o especialista e o demiurgo da questão moral” [...] porque o magistrado moralista “tende a fazer valer a sua verdade, que considera possuir antes mesmo e independentemente do processo. Quanto mais convencido e quanto mais forte a vontade de agir maior é a tentação de deformar os fatos e as normas e de simplificar a realidade, reduzindo-a a poucos lugares comuns, em nome de um mal

compreendido substancialismo” (CAFERRA, Vito Marino. *Il magistrato senza qualità*. Roma: Laterza, 1996, p. 62/64, traduzi).

X. A possibilidade de o juiz condenar o acusado mesmo quando o Ministério Público pede a absolvição em alegações finais

Tecidas essas alongadas, mas, segundo penso, necessárias considerações introdutórias sobre o sistema acusatório, os poderes instrutórios e a imparcialidade do julgador, passo a examinar o ponto central da controvérsia, que gira em torno da possibilidade de o juiz condenar o réu ainda que haja pedido absolutório do *Parquet* ao final da instrução, nos termos do art. 385 do CPP (“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”).

A interpretação do referido artigo é objeto de intenso debate na doutrina – reavivado recentemente com a edição do novel art. 3º-A do CPP –, embora sedimentado há longa data na jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o dispositivo foi recepcionado pela Carta Magna de 1988. Ilustrativamente:

[...]

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 parcas 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).

(STF, **Ap n. 976/PE**, Rel. Ministro **Roberto Barroso**, 1ª T., DJe 13/4/2020, grifei)

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 n. 185.633/SP, Rel. Ministro Edson Fachin, 2ª T., DJe 24/3/2021, destaquei)

[...]

2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que o artigo 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não havendo falar em ilegalidade quanto ao posicionamento diverso da manifestação ministerial, diante do fato de o Magistrado gozar do princípio do livre convencimento motivado.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.850.925/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 22/10/2020, grifei)

[...]

3. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal (AgRg no REsp 1612551/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 605.748/PI, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 27/11/2020, destaquei)

De um lado, há respeitáveis autores que sustentam a incompatibilidade do referido dispositivo com o sistema acusatório, agora reforçado em nosso ordenamento com o art. 3º-A do CPP – com eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal –, 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”.

Para essa corrente, em síntese, o magistrado que condenasse contra o pedido absolutório do órgão acusador estaria agindo de ofício, porque as alegações finais do *Parquet* retirariam e substituiriam a pretensão condenatória inicialmente

veiculada na denúncia. Haveria, ainda, violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, inexistindo pedido de condenação nas alegações finais do Ministério Público, o réu não teria como se contrapor previamente aos fundamentos invocados pelo julgador apenas no momento da sentença.

Nem todos os que se posicionam nesse sentido, porém, defendem a mesma conclusão a ser alcançada a partir dessas premissas, conforme bem expõem Benedito Gonçalves e Felipe Berkenbrock Goulart em interessante artigo sobre o tema (GONÇALVES, Benedito; GOULART, Felipe Berkenbrock. Pode o juiz condenar quando o Ministério Público pede a absolvição do réu? O art. 385 do CPP entre o sistema acusatório e o poder jurisdicional. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*: v. 2. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 341-362).

Para alguns, como Geraldo Prado (*Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116-117), Aury Lopes Jr. (<https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>) e Alexandre Moraes da Rosa (ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal estratégico* : de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. Florianópolis: Emais, 2021, p. 696-697), diante de um pedido absolutório do Ministério Público caberia ao julgador apenas absolver o réu, embora, para Lopes Jr., o ideal fosse a extinção do processo sem resolução do mérito, solução não aplicável, segundo o autor, por falta de previsão legal.

Já para outros, tais quais Paulo Queiroz (<https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao>) e Bruno Calabrich (Vinculação da sentença ao pedido de absolvição pelo Ministério Público: reafirmando o princípio acusatório. In: BEDÊ JUNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (org.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 149-150), nessa situação, o juiz deve aplicar por analogia o art. 28 do CPP e remeter os autos para análise do

órgão superior do Ministério Público. Se for mantido o pleito absolutório, os autores divergem quanto à solução: para Queiroz, só restaria ao juiz absolver o réu; para Calabrich, ele poderia absolvê-lo ou extinguir o processo sem resolução do mérito, por perda superveniente do interesse de agir.

Uma terceira vertente entre os que afirmam a invalidade do art. 385 do CPP, a exemplo de Américo Bedê Freire Júnior, Gustavo Senna (SENNA, Gustavo; BEDÊ JÚNIOR, Américo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*, São Paulo: RT, 2009, p. 32-33) e Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021), defende que o juiz não poderia condenar, mas também não estaria obrigado a absolver: deveria, caso discordasse do pedido absolutório, extinguir o processo sem resolução de mérito, por perda superveniente do interesse de agir, sem a necessidade de primeiro aplicar por analogia o art. 28 do CPP, como defende Calabrich. Badaró pondera, apenas, que, diante de um pedido absolutório do Ministério Público, o juiz deveria, antes de decidir, oportunizar a manifestação da defesa, a qual poderia ter interesse em ver o mérito da causa apreciado, pois a absolvição lhe seria mais favorável do que a extinção. Nessa hipótese, todavia, para o autor, o juiz poderia absolver ou mesmo condenar o réu.

Contrapondo-se a essa respeitável corrente – subdividida, como visto, em algumas vertentes –, há, de outra parte, uma que defende a plena validade do art. 385 do CPP, **à qual me filio**, ladeado por autores como Eugênio Pacelli, Douglas Fischer (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 810), Guilherme de Souza Nucci (*Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 775-776), Fernando da Costa Tourinho Filho (*Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 937) e Ronaldo Batista Pinto (https://www.conjur.com.br/2006-fev-06/juiz_condenar_reu_mesmo_mp_desista_denuncia), pelos fundamentos que passo a expor.

Faço lembrar que o Ministério Público, instituição a que o Constituinte de 1988 incumbiu, privativamente, de promover a ação penal pública (art. 129, I,

da Constituição Federal), tem o dever de deduzir, presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, a pretensão punitiva estatal, compromissado com a descoberta da verdade e a realização da justiça.

Ao contrário de outros sistemas, em que o Ministério Público dispõe – por critérios de discricionariedade –, da ação, **no processo penal brasileiro o Promotor de Justiça não pode abrir mão do dever de conduzir a *actio penalis* até seu desfecho**, quer para a realização da pretensão punitiva, quer para, se for o caso, postular a absolvição do acusado, hipótese que não obriga o juiz natural da causa, consoante disposto no art. 385 do Código de Processo Penal, a atender ao pleito ministerial.

Deveras, o art. 385 do Código de Processo Penal prevê que, quando o Ministério Público pede a absolvição do acusado, ainda assim o juiz está autorizado a condená-lo, dada, também aqui, sob a ótica do Poder Judiciário, a **soberania do ato de julgar**. Ademais, no nosso sistema, ao contrário de outros, o órgão ministerial não dispõe livremente da ação penal. É dizer, o Ministério Público é o titular da ação penal, mas dela não pode, por razões de conveniência institucional, simplesmente dispor, tal como ocorre na ação penal de iniciativa privada.

Dito de outro modo, **quando o *Parquet* pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação** ("Art. 42 do CPP: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal"), como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (*decision on prosecution motion to withdraw counts*) e vincula o posicionamento do juiz. Em nosso sistema, é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho, mesmo que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente – ou mesmo oposta – à do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado.

No tocante à natureza dos interesses postos em conflito no Processo

Penal, reporto-me à oportuna e avalizada lição de Giovanni Leoni (*Diritto Procesuale Penale*. 7. ed., Napoli: Jovene, 1968, p. 497 ss), que, em tradução livre, assere: “No Processo Penal se estabelecem duas situações distintas: uma imanente de conflito entre o direito punitivo do estado e o direito de liberdade do agente; e, outra, contingente, de relação entre o Ministério Público e o acusado, que pode reproduzir a primeira situação ou divorciar-se integralmente dela”. E acrescenta o eminente professor italiano: “Na jurisdição criminal não há propriamente uma demanda do Ministério Público contra uma demanda do réu, mas uma posição estática de interesse punitivo que está atrás do Ministério Público. E uma posição estática de interesse à liberdade que fica às costas do agente”.

A compreensão, portanto, de tal escólio, é de que **as posições contingencialmente adotadas pelos representantes do Ministério Público no curso de um processo não eliminam o conflito que está imanente, permanente, na persecução penal**, que é o conflito entre o interesse punitivo do Estado, representado pelo *Parquet*, Estado-acusador, e o interesse de proteção à liberdade do indivíduo acusado, **ambos sob a responsabilidade do órgão incumbido da soberana função de julgar**, por meio de quem, sopesadas as alegações e as provas produzidas sob o contraditório judicial, o Direito se expressa concretamente.

Portanto, mesmo que o órgão ministerial, em alegações finais, não haja pedido a condenação do acusado, ainda assim remanesce presente a pretensão acusatória formulada no início da persecução penal – pautada pelos **princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade e pelo caráter publicista do processo** –, a qual é julgada pelo Estado-juiz, mediante seu **soberano poder de dizer o direito** (*juris dicere*).

Daí a afirmação de Pedro Henrique Demercian e Tiago Caruso Torres de que a previsão do art. 385 do CPP não conflita com a estrutura acusatória do processo, pois “[e]stá **ligada aos poderes instrutórios do juiz e à ausência de poder dispositivo do Ministério Público**, já que nosso sistema é marcado pela obrigatoriedade e indisponibilidade, o que se evidencia, inclusive, na fase de expansão da própria ação, em grau de recurso. Como se sabe, o órgão do

Ministério Público, *ex vi legis*, não pode, nem mesmo, desistir do recurso que haja interposto (CPP, art.576)” (DEMERCIAN, Pedro Henrique; TORRES, Tiago Caruso. A Constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 12, p. 114-132, 2017, grifei).

Deveras, consoante pontuei ao tratar dos poderes instrutórios residuais do juiz no sistema acusatório, eles se justificam excepcionalmente à vista do risco de se relegar a busca da verdade processual apenas às partes, as quais, retomando as lições de Badaró e Taruffo, estão em situação de engajamento e têm interesse em ganhar a causa, e não necessariamente em demonstrar o que de fato aconteceu. Justamente pela mesma razão se explica a possibilidade – **também excepcional**, conforme esclarecerei adiante – de que o juiz condene o réu mesmo quando o Ministério Público peça a absolvição dele.

É preciso lembrar, a propósito, que o princípio da correlação vincula o julgador apenas aos fatos narrados na denúncia – aos quais ele pode, inclusive, atribuir qualificação jurídica diversa (art. 383 do CPP) –, **mas não o vincula aos fundamentos jurídicos invocados pelas partes em alegações finais para sustentar seus pedidos**. Dessa forma, uma vez veiculada a acusação por meio da denúncia e alterado o estado natural de inércia da jurisdição – inafastável do Poder Judiciário nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição –, o processo segue por **impulso oficial** e o juiz tem o dever – pautado pelo sistema da **persuasão racional** – de analisar o mérito da causa submetida à sua apreciação à vista da hipótese acusatória contida na denúncia, sem que lhe seja imposto o papel de **mero homologador** do que lhe foi proposto pelo *Parquet*.

A submissão do magistrado à manifestação final do Ministério Público, a pretexto de supostamente concretizar o princípio acusatório, implicaria, em verdade, subvertê-lo, transmutando o órgão acusador em julgador e solapando, além da **independência funcional** da magistratura, duas das basilares características da jurisdição: a **indeclinabilidade** e a **indelegabilidade**.

Com efeito, é importante não confundir a desistência da ação – que é expressamente vedada ao Ministério Público pela previsão contida no art. 42 do CPP e que levaria, se permitida, à extinção do processo **sem resolução do mérito e sem a formação de coisa julgada material** –, com a necessária vinculação do julgador aos fundamentos apresentados por uma das partes em alegações finais, cujo acolhimento leva à extinção **com resolução do mérito** da causa e à **formação de coisa julgada material insuperável**, porquanto proibida a revisão criminal *pro societate* em nosso ordenamento.

Alguns exemplos bem ilustram os possíveis problemas decorrentes da tese que ora se intenciona rebater: imagine-se que, por um lapso, o Ministério Público cometa um erro matemático banal e se manifeste, em alegações finais, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Estaria o juiz obrigado a cancelar o referido cálculo e declarar extinta a punibilidade do réu, mesmo ciente de estar diante de um evidente equívoco?

Fábio Capela apresenta outra situação hipotética:

E, imagine quão absurdo seria o caso de, ocorrendo sucessão entre membros do Ministério Público, o primeiro atuando até o ato das alegações finais requestando a condenação e o segundo, assumindo a causa depois da sentença condenatória, formulasse outra *opinio delicti* e entendesse que era caso de absolvição, pedindo-a, tempestivamente, via recursal ao juízo *ad quem*. De nada adiantaria a referida sentença condenatória do juízo *a quo*, porquanto em decorrência da alteração de entendimento da instituição do Ministério Público, a absolvição seria decidida por esta e não pelo Judiciário, uma vez que o recurso vincularia o Tribunal. Na verdade, nesta hipótese, estar-se-ia transferindo a função jurisdicional do Poder Judiciário para o *Parquet*. (CAPELA, Fábio. *Uma visita ao Código de Processo Penal*, art. 385. Boletim IBCCRIM, v. 169, p. 14-15, 2006)

Como lidar, ainda, com a hipótese aventada por Benedito Gonçalves e Felipe Berkenbrock Goulart (*op. cit.*), na qual o Ministério Público peça a absolvição do réu no plenário do Tribunal do Júri? Os jurados seriam obrigados a acompanhar esse pleito, a despeito da soberania dos vereditos? O juiz-presidente deveria dissolver o Conselho de Sentença?

Pense-se, outrossim, na situação – também proposta pelos mencionados juristas – em que o Ministério Público pleiteie a absolvição do réu porque, apesar de provadas a materialidade e a autoria delitivas, considera inconstitucional determinado tipo penal. O Magistrado seria obrigado a declarar incidentalmente inconstitucional o dispositivo, mesmo discordando? Agravando o problema, imagine-se que o Supremo Tribunal Federal, por sua composição plena, já haja declarado a constitucionalidade do referido tipo penal e disciplinado a matéria em Súmula Vinculante, da qual o membro do Ministério Público discorde, por entender inconstitucional o delito. Estaria o magistrado vinculado ao entendimento pessoal do promotor de justiça que pedir a absolvição em alegações finais fundadas em tal argumento de inconstitucionalidade ou ao da Suprema Corte, firmado em precedente obrigatório?

É de se notar, nesse ponto, o **grave déficit de sindicabilidade** dos atos do membro do Ministério Público que o pretendido entendimento acarreta. Isso porque eventual erro – a que todos estão sujeitos, falíveis que são os seres humanos – ou até mesmo algum comprometimento ético do representante do *Parquet* **não seria passível de nenhum controle**, diante da ausência de interesse em recorrer da decisão judicial que acolhe o pedido absolutório ou extintivo da punibilidade, cenário afrontoso aos princípios fundantes de qualquer Estado Democrático de Direito.

É dizer, nem o juiz, nem o Tribunal, tampouco a instância revisora do Ministério Público poderiam controlar o ato viciado, porquanto, diferentemente do que ocorre na sistemática do arquivamento do inquérito (art. 28 do CPP), não há previsão legal para remeter os autos ao órgão superior do *Parquet* nessa hipótese. Ainda que se aplicasse o referido dispositivo por analogia – o que mitigaria a falta de controle sobre o ato –, tal solução, 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.

Bem observam os referidos autores, ademais, que, ao atribuir privativamente ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública, o

Constituinte ressaltou no art. 129, I, que isso deveria ser exercido “**na forma da lei**” (“promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”), de modo a resguardar ao legislador ordinário alguma **margem de conformação constitucional** para tratar da matéria, dentro da qual se enquadra a disposição contida no art. 385 do CPP. É dizer, 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 entre nós adotado.** Confira-se:

A primeira parte do art. 385 do Código de Processo Penal, quando, no âmbito de ação penal pública ou privada subsidiária, autoriza o juiz a condenar o réu mesmo em face de pedido do Ministério Público pela absolvição, foi editado em contexto histórico e social completamente diverso; tal não significa, porém, que não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Observa-se que muitos dispositivos do CPP foram alterados por leis supervenientes, especialmente após a Constituição de 1988 (como a Lei n. 11.719/2008, a Lei n. 12.403/2011 e a Lei n. 13.964/2019), a fim de conformar o processo penal brasileiro ao sistema acusatório. A jurisprudência também tem redesenhado constantemente o processo penal, havendo consistentes julgados que buscam adequar a legislação processual a esse sistema. A despeito disso, o art. 385 do CPP nunca foi expressamente revogado, nem declarado não recepcionado pelos tribunais superiores.

A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório principalmente a partir de seu art. 129, I, ao estabelecer a titularidade exclusiva da ação penal ao Ministério Público; todavia, a estabeleceu “na forma da lei” – o que, ademais, decorre do princípio da legalidade (CF/1988, art. 5º, caput). A Constituição atribuiu ao Poder Judiciário o poder jurisdicional, e não a outro órgão. Além disso, ela própria firmou, sem excluir outros mecanismos passíveis de positivação pelo legislador infraconstitucional, um mecanismo de fiscalização da atuação do Ministério Público nos crimes de ação pública: a ação penal privada subsidiária da pública, nos moldes de seu art. 5º, LIX.

Dessa forma, parece-nos que existe, no mínimo, uma margem de conformação legislativa para que uma norma infraconstitucional defina que o julgador pode proferir sentença condenatória mesmo diante de pedido de absolvição do parquet. Temos que a regra extraída do texto do art. 385 do CPP não é nem totalmente irrazoável e desproporcional, nem absolutamente incompatível com o sistema acusatório, tomando em consideração sobremaneira os aspectos mencionados: promoção exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público, mas na forma da lei; fiscalização de sua atuação nos crimes de ação penal pública por meio da ação penal privada subsidiária, sem exclusão de outros mecanismos de fiscalização (e, paralelamente, fiscalização do ato judicial

condenatório não só pela defesa, mas também pelo Ministério Público, em apelação favorável à absolvição do réu); e atribuição do poder ou da função jurisdicional aos membros do Poder Judiciário. Assim, apesar de sua origem histórica e social diversa, a manutenção do dispositivo no ordenamento não nos parece violar o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. O art. 385 do CPP não foi até hoje alterado ou mesmo revogado expressamente, apesar de pelo menos três expressivas reformas no sistema processual penal, como as de 2008, 2011 e de 2019. Por fim, ele guarda relação com o princípio da legalidade, uma vez que não é possível desistir da ação penal pública proposta – e, portanto, nem sua extinção sem resolução do mérito –, cabendo ao magistrado (ou ao tribunal do júri, nos casos de crimes dolosos contra a vida), que não a iniciou nem substituiu as partes na gestão da prova, exercer sua função jurisdicional e julgar o mérito da acusação constante da denúncia, a partir da prova colacionada aos autos, embora, claro, tomando em grave consideração as narrativas construídas pelas partes em contraditório.

(GONÇALVES, Benedito; GOULART, Felipe Berkenbrock. Pode o juiz condenar quando o Ministério Público pede a absolvição do réu? O art. 385 do CPP entre o sistema acusatório e o poder jurisdicional. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*: v. 2. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 341-362, grifei).

Faço apenas a necessária ponderação, à luz das pertinentes palavras do eminente Ministro **Roberto Barroso** no julgamento da já citada **Ap n. 976/PE**, de que “[t]al 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**”.

Vale dizer, uma vez formulado pedido de absolvição pelo *dominus litis*, caberá ao julgador, na sentença, apresentar os motivos fáticos e jurídicos pelos quais entende ser cabível a condenação e refutar não apenas os fundamentos suscitados pela defesa, mas também aqueles invocados pelo *Parquet* em suas alegações finais, a fim de demonstrar o equívoco da manifestação ministerial. Isso porque, **tal como ocorre com os seus poderes instrutórios, a faculdade de o julgador condenar o acusado em contrariedade ao pedido de absolvição do *Parquet* também só pode ser exercida de forma excepcional, devidamente fundamentada à luz das circunstâncias do caso concreto.**

Assim, diante de todas essas considerações, não há falar em violação dos arts. 3º-A, do CPP (Art. 3º-A. 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) e 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior"), porquanto **o art. 385 do CPP não é incompatível com o sistema acusatório entre nós adotado e não foi tacitamente derogado** pelo advento da Lei n. 13.964/2019, responsável por introduzir o art. 3º-A no Código de Processo Penal.

XI – Arts. 316 do CP e 386, I, do CPP – pedido de absolvição

Em relação ao efetivo mérito da condenação, a defesa pretende a reforma do acórdão recorrido, em síntese, “ante a não configuração da prática do verbo do tipo 'exigir', por não haver descrição da imposição ou obrigação imposta por parte do acusado em face da vítima, a qual foi deduzida por parte do Julgador, o que não pode ocorrer ante o Estado Democrático de Direito” (fl. 1.296).

Aduz, nesse sentido, que “por uma dedução do próprio Julgador, a vítima depositava os valores por medo de perder o cargo, contudo, a própria, em seu depoimento, negou que houvesse qualquer ameaça ou coação para o depósito da quantia” e que “Em nenhum momento houve a afirmação, por parte da própria vítima, de que esta era compelida a depositar qualquer valor, tampouco, no decorrer da instrução processual, a mesma afirmou, categoricamente, que nunca foi ameaçada, direta ou indiretamente, pelo acusado de que sofreria alguma consequência caso não efetuasse o repasse” (fl. 1.293).

Acrescenta que “[a]inda que se considere a exigência como um ‘temor’ sentido unicamente pelo sujeito passivo do crime, como coloca o Relator em seu voto perante o TJPA, com todas as vênias, isso também não restou configurado, visto que, conforme alegado pela mesma, os supostos repasses indevidos iniciaram em 07/2015 e finalizaram em 01/2017, anotando-se que ela continuou no cargo até

09.01.2019, ou seja, ainda perdurou 2 (dois) anos na função pública, sem sofrer qualquer consequência ou sanção por isso” (fls. 1.293-1.294).

Sobre a questão, após transcrever toda a vasta prova colhida entre as fls. 1.015-1.063, o acórdão assim argumentou para firmar a responsabilidade penal do acusado (fls. 1.064-1.085, grifei):

Extrai-se desses depoimentos — além da contradição do denunciado em especificar o momento em que foi informado dos depósitos na conta de sua esposa, outubro de 2016 (PIC) ou quando "saiu" o PAD, março de 2018, (interrogatório) — que a Senhora Nilceia Sousa da Silva Alvarenga tem, ou tinha, um trabalho Social junto à Igreja Assembleia de Deus no Bairro da Barreiro; que, até a correição realizada pelo CNMP, não havia qualquer ato que desabonasse a vida profissional do denunciado; que a vítima indicava, pela percepção pessoal das testemunhas, um certo apego pelo denunciado; e que Annelise Clara Cordeiro Barros fazia os depósitos na conta da esposa do acusado.

Não desconsidero a possibilidade do numerário exigido ter sido eventualmente utilizado na obra assistencial, entretanto, tal questão, corno demonstrarei mais adiante, não tem o condão de servir como excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Como já tive a oportunidade de assentar, a forma como a vítima tratava o denunciado e sua esposa também não desconstitui o verbo nuclear do tipo pelo qual o Dr. Bezaliel foi denunciado.

Neste ponto, creio ser de salutar importância tecer breves comentários a respeito das 02 (duas) atas notariais juntadas pelo denunciado (fls. 251/259), onde se revela a extrema intimidade entre a vítima, a esposa do denunciado e a testemunha arrolada pela defesa Ariane Rebelo Viana.

A vítima sempre teve liberdade de falar da sua vida, tanto para a esposa do denunciado, quanto para a ex-estagiária da Promotoria Ariane Rebelo Viana e se utilizava dessa confiança para influenciar, por intermédio da Sra. Nilceia, na administração da Promotoria de Justiça, tanto que no dia 06/04/2017, solicitou, através do aplicativo de mensagens WhatsApp, que a Sra. Nilceia, ajudasse na exoneração de uma pessoa de nome Lourdes, mas que tal pedido não poderia chegar ao conhecimento do denunciado. Para demonstrar, transcrevo trecho da ata notarial (fls. 251/254):

[...]

Constata-se, desta e de tantas outras mensagens que a relação entre a vítima e a família do denunciado, especialmente a esposa deste, extrapolava a relação profissional, sendo também perceptível, a compreensão da influência que a Senhora Nilceia exercia sobre o marido, quando na gestão da Promotoria de Justiça, o que corrobora parte específica do depoimento da vítima, prestado no PIC, quando afirmou:

"Que então respondeu que estava tudo bem. Que por ser uma condição para permanecer no cargo, aceitou. Que não houve

uma indicação direta de que seria uma condição para permanecer no cargo, mas ele falou que ela tinha outras pessoas para colocar, só que ele tinha priorizado a mim, pelo fato de já conhecer o meu trabalho e eu conhecer também o trabalho, dele como ele gostava de atuar e por isso ele tinha optado por mim e aí justamente ele queria dar uma ajuda para ela de mil reais".

Dessa forma, colhe-se da prova oral, em cotejo com os demais elementos que embasaram a decisão tomada pelo Conselho Nacional do Ministério Público que o réu exigiu da vítima, percentual de seus vencimentos e que tal pleito infligia, na vítima, medo de perder o cargo se não se submetesse.

Não bastassem os argumentos consignados anteriormente, é de bom alvitre salientar a existência, nos autos, de outros elementos concatenados e convergentes a alicerçar a prova de que o denunciado foi autor do crime em exame. **Aliás, confirmando que o repasse feito pela vítima à esposa do denunciado não era espontâneo, mas sim decorrente de exigências, cumpre trazer à baila parte das conversas, entre o acusado e a ofendida que, repito, foram juntadas ao Procedimento Administrativo Disciplinar pela própria defesa do denunciado e trazido ao processo no PIC juntado à denúncia:**

[...]

De todos os prints colacionados, chamo a atenção para a troca de mensagens entre o denunciado e a vítima conversa do dia 27/12/2016, onde Bezaliel diz, às 11h04min:

"Bom dia, tudo bem com vocês? Como foi o natal? Estamos no preparando para viagem amanhã. Esse mês veio uma diferença do auxílio alimentação, de 1.200,00 muito bom". Ao que a vítima respondeu, às 11h06min: "Bom dia Dr.! Boa viagem! **Não precisa então mais eu dar aquele valor do meu salário que eu deposito na conta da Dra.? É isso? Se for, lhe agradeço!**", momento em que é advertida pelo acusado: "Você precisa depositar. É valor que te informei é que vem a mais pra você esse mês! *esse valor
*"

Como se vê, além dos prints demonstrarem que o réu tinha conhecimento das transferências para a conta pessoal da sua esposa – o que foi negado em seu interrogatório –, não há como cancelar a tese encampada pelo Ministério Público nas alegações finais – dúvida sobre a existência do núcleo do tipo (exigir) –, e da defesa, de "prova da inexistência do fato criminoso imputado ao réu", por que ficou evidenciado, do conteúdo probatório, que havia exigência do numerário pois outra compreensão não pode haver do comando "você precisa depositar" e, de acordo com a testemunha arrolada pelo Ministério Público, Fábio Comes Laredo: "ficava subtendido que era pela manutenção dela no cargo".

Aliás, o renitente e tenaz esforço da defesa do réu na tentativa de retirar dos autos ou desqualificar a prova revelada nos prints que ela própria se valeu e terminou ensejando sua inserção processual é porque sabe que esta resposta do réu "você precisa depositar" — às perguntas da vítima "não precisa mais dar o valor do meu

salário que eu deposito na conta da Dra? É isso? — somada as demais evidências decorrentes das provas testemunhais, constitui uma prova concreta e irrefutável de que a vítima não fez nenhuma contribuição espontânea e houve sim exigência, vale dizer, repetindo palavras constantes do memorial defensivo, ordem ou imposição do réu.

Quem é minimamente iniciado na boa hermenêutica, firmada após chamado giro linguístico, sabe que as palavras não se submetem ao percebido pela nossa pré-compreensão, nos dizem apenas, e tão somente, o que nos querem dizer, impondo-nos, vocalizadas ou escritas, compreendê-las e interpretá-las como fatos certos e de existência incontornável. No processo penal ou mesmo fora dele os fatos provados nos autos evidenciam verdades que impedem compreensões ou percepções subjetivas discricionárias, solipsistas ou distorcidas.

Como advertiu corretamente John Adams, famoso advogado que chegou à presidência dos Estados Unidos da América: "fatos são coisas teimosas; e quaisquer que sejam nossos desejos, nossas inclinações, ou ditames de nossa paixão, eles não podem alterar o estado dos fatos e das evidências".

No caso, diante da prova documental e testemunhal são fatos incontroversos que: 1) houve depósitos feitos por Annelise Clara Cordeiro Barros (vítima) na conta bancária de Nilcéa Sousa da Silva Alvarenga (esposa do réu); 2) esses depósitos, segundo Annelise, foram exigidos pelo réu como uma ajuda financeira à sua esposa, porém, segunda esta última, teriam sido doações espontâneas para obras de caridade que mantinha e eram feitos em conta pessoal conforme permitido pela Igreja da qual é pastora. 3) o conteúdo dos prints anexados pela defesa de Bezaliel no processo administrativo disciplinar, trazidos aos autos desta ação como prova anexa à denúncia, deixa evidente sua exigência dos depósitos (isso é claro e indubitado no seguinte diálogo: Você precisa depositar. É valor que te informei é que vem a mais pra você esse mês! *esse valor*, fls. 471 do arquivo pdf_completo_1) e elide o álibi da espontaneidade, embora não tenha o alcance de afastar a possibilidade de destinação final filantrópica, o que, porém, é irrelevante para haver ou não a consumação do delito cuja prática foi imputada pelo detentor da ação penal.

Com efeito, se a exigência é para si ou para outrem e se esse outrem é pessoa determinada ou indeterminada, física ou jurídica, é irrelevante, para consumir o delito de concussão.

Aliás, este último ponto, ou seja, a finalidade dos depósitos comprovadamente feitos na conta bancária de Nilcéa deixa dúvida, não há negar, quanto à veracidade da versão dada pela vítima de que tais depósitos foram exigidos como ajuda à esposa do réu, em razão dos reiterados e convergentes testemunhos de sua inverossimilhança diante da razoável condição financeira desta última, não sendo, pois, descartável sua finalidade assistencial (embora essa dúvida de finalidade, não afaste a tipificação do crime atribuído ao réu).

Por outro lado, os fatos provados nos autos, por si sós, impedem a possibilidade de se inventar versões introduzindo circunstâncias

por via retórica. Assim é que a tentativa de por via transversa induzir a possibilidade de que Annelise tenha plantado mensagens no celular do réu, de modo a comprometê-lo e atribuir-lhe a conduta infracional imputada na denúncia, não consegue ultrapassar o incontornável fato de os prints, que confirmam a veracidade da narração da vítima quanto à exigência dos depósitos, terem sido juntados, vale repetir, pela própria defesa de Bezaliel.

Aqui, destaco que as insinuações feitas por algumas testemunhas arroladas pela defesa e pelo próprio denunciado, de que tais mensagens, poderiam ter sido "produzidas" pela vítima, que tinha acesso ao aparelho do réu durante o expediente, não encontram respaldo nos autos, uma vez que, ao analisar o conteúdo das conversas anteriores e posteriores ao envio dos comprovantes de depósito, constata-se que, **além de estarem no contexto do dia-a-dia da administração do gabinete da Promotoria de Justiça, algumas foram trocadas durante o recesso de final de ano.**

Ademais, **as declarações de que a vítima teria entregue os valores a título de contribuição com a Ação Social realizada pela esposa do réu, não exclui a tipicidade do delito.** Isso porque, uma vez concretizada a coação, a finalidade do dinheiro não influencia na caracterização, ou não, do crime de concussão, sendo sua entrega mero exaurimento do tipo, ficando claro, apenas, que o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) mensais, para o viés filantrópico, em princípio, mostra-se desproporcional à remuneração da vítima e o dobro daquilo que as religiões cristãs convencionaram como o percentual do dízimo.

Nessa mesma linha, ao julgar o Procedimento Administrativo Disciplinar, o Conselho Nacional do Ministério Público destacou que:

"diante dessas circunstâncias é difícil concluir que os depósitos bancários mensais, na conta da esposa do requerido, na quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), se deram de forma espontânea e para a finalidade das obras sociais, por diversas razões: a uma, pois quem fazia os depósitos (Annelise Clara Cordeiro Monteiro de Barros) disse que não eram espontâneos, mas em razão de uma exigência para manutenção do cargo e, só cessou depois de uma notícia na imprensa local de que parlamentares estavam fazendo isso com seus assessores; a duas, ainda que fosse doação, a quantia para a 'donatária' (Annelise) corresponderia a pelo menos 1/5 do seu salário, ou seja, seria de grande impacto para seu orçamento mensal, considerando o que foi colhido do seu depoimento, de que o seu salário era a maior contribuição orçamentária de sua família (...) a quatro, a 'donatária' (Annelise) apesar de evangélica não era adepta da mesma religião da Sra. Nilceia e do Dr. Bezaliel. Feitas essas considerações, é de se concluir que a aceitação das transferências feitas por Annelise Clara Cordeiro Monteiro de Barros, assessora do requerido, em favor de Nilceia de Sousa Alvarenga, esposa do requerido, configura infração disciplinar análoga a conduta

tipificada no art. 316 do Código Penal, razão pela qual há de ser aplicada sanção administrativa compatível".

Contudo, como disse antes, não desconsidero que o destino dos depósitos feitos pela vítima na conta bancária da esposa do réu — ante o depoimento das testemunhas Ariane Rebelo Viana, Viviane dos Santos Couto Delaquis Perez, Ivanilson Paulo Correia Raiol e Ophir Beckman Alfaia — possam ter sido para fins filantrópicos.

E, assim cogito, porque tais depoimentos, além de afirmarem que Nilceia Sousa da Silva Alvarenga possuía, à época, condições financeiras tranquilas, mantinha, em razão do ofício de pastora, atividades de ajuda social à pessoas carentes.

Aliás, a única dúvida que remanesce no exame aprofundado das provas, coletadas na instrução processual, diz respeito ao destino dos valores pecuniários que, em desfalque de seu vencimento, a vítima foi compelida clara e sutilmente a depositar, se para benefício do próprio réu, de sua esposa ou para fins filantrópicos, mas isso nada altera ou afeta a tipificação do crime de concussão.

De outra banda, apesar do tempo que perduraram os depósitos, bem como as diversas mensagens de WhatsApp, não constato a ocorrência do crime continuado, uma vez que, tudo demonstra ter havido apenas uma exigência, sendo os vários depósitos mero exaurimento do crime.

Dessa forma, diante da análise de tudo que consta encartado nos autos, a condenação é o único desfecho que se compadece com as provas dos autos.

Na hipótese, não identifico ilegalidade na decisão do Tribunal estadual que, rebatendo os argumentos de ambas as partes, considerou provada a concussão a despeito do pedido absolutório do *Parquet* — o qual havia desconsiderado a validade dos *prints de WhatsApp* — e chegou à mesma conclusão atingida pelo Conselho Nacional do Ministério Público no Processo Administrativo Disciplinar que impôs ao acusado a pena de disponibilidade pelos mesmos fatos.

Embora o recorrente pretenda a absolvição do crime que lhe foi imputado, o Tribunal de origem assentou suas conclusões sobre o argumento de haver provas suficientes nos autos para concretizar a tese da condenação. Afirmou, por exemplo, a existência de mensagem em que, diante de questionamento da vítima quanto à necessidade de efetuar depósito na conta da esposa do acusado, ele lhe respondeu de forma contundente “você precisa depositar”, frase cujo caráter intimidatório seria reforçado pelo depoimento da testemunha Fábio e pelo fato de que, apesar de o acusado haver negado conhecimento sobre os depósitos mensais, a ofendida enviou-lhe o comprovante de transferência logo após a confirmação da

exigência.

É pertinente lembrar, sobre o tema, que a prática do núcleo do tipo penal (“exigir”) pode se configurar em razão de uma intimidação decorrente do chamado *metus publicae potestatis*, consistente no temor do indivíduo diante de uma autoridade pública (em tradução literal “medo do poder público”), **a despeito da ausência de violência ou ameaça expressas por parte do funcionário público. A propósito:**

[...] atuando o funcionário público mediante grave ameaça ou por meio de violência visando obter vantagem econômica, o crime por ele praticado será sempre o de extorsão; **limitando-se o funcionário público a explorar aquele natural sentimento de temor do particular frente à autoridade pública, o crime será o de concussão.**

Nesse sentido, Hungria afirma que “existe afinidade entre a extorsão e a concussão, distinguindo-se esta daquela porque o seu sujeito ativo há de ser, necessariamente, funcionário público (crime próprio), e **a vítima cede, exclusivamente, *metus auctoritatis causa*.**”

(GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. O crime de concussão e sua distinção dos crimes de extorsão e corrupção passiva no direito penal brasileiro. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. RASSI, João Daniel (org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 275-276, destaquei)

Núcleo do tipo é exigir, isto é, impor, ordenar e reclamar. Constrange o funcionário o sujeito passivo a que lhe conceda a vantagem indevida. Sendo, como falamos, delito a fim da extorsão, há também ofensa à liberdade individual, pois a ofende a exigência equivalente a constrangimento. Pode esta ser feita abertamente pelo funcionário: valendo-se do cargo, intima, sem rebuços, a pessoa a lhe conceder a vantagem. É a exigência explícita. Pode, entretanto, não revestir essa forma crua ou insólita, agindo, antes, o concussionário com manha, malícia, ou de modo capcioso. É a maneira mais comum. Como escrevia CARRARA, “o funcionário venal não pede, mas faz compreender que aceitaria; não ameaça, mas faz nascer o temor do seu poder. Agora, **o particular (houvesse ou não motivo justo de temor), compreende e teme; e oferece o dinheiro**”. **A primeira modalidade denomina-se explícita, a segunda implícita. Em qualquer delas há o *metus publicae potestatis*.** Nada impede que a exigência seja direta, ou feita por interposta pessoa; os meios de que se vale o funcionário não contam. É indispensável, porém, que se valha da função, ou se prevaleça da autoridade que possui.

(MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. v. 4, São Paulo: Saraiva, 1962, p. 330, grifei)

Assim, para alterar a conclusão alcançada pelo Tribunal *a quo* e acolher a tese defensiva de “não configuração da prática do verbo do tipo ‘exigir’” (fl. 1.296), **seria indispensável nova incursão vertical na seara fático-probatória, providência vedada em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.**

[...]

1. A mera intenção de pré-questionamento não impõe o acolhimento de embargos de declaração.
2. Quanto ao óbice da Súmula 7, mostra-se mesmo intransponível, pois, como já frisado, para esta Corte Superior de Justiça decidir se o agravante concorreu ou não para a infração penal, teria, inescapavelmente, de esmerilar fatos e provas.
3. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios termos.
4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 787.161/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 1º/8/2017)

[...]

1. Para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, entender pela inexistência dos fatos e mudar os fundamentos da absolvição do agravante quanto ao crime de coação ou para absolvê-lo pelo delito de concussão, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.
2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.060.650/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 28/6/2017)

[...]

1. Para que fosse possível a análise da pretensão recursal, segundo a qual não haveria prova suficiente para embasar a condenação do agravante, no caso, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula 7 desta Corte. Precedente.

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.074.107/MG, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 30/5/2017)

XII. Art. 155 do CPP

Como última tese, a defesa aduz a violação do art. 155 do CPP, visto que “a condenação do recorrente por incurso na prática do verbo exigir descrito no art. 316, CP foi fundamentada em elemento de informação colhido em sede de

procedimento investigatório criminal, qual seja: Prints de Whatsapp de fls. 472/575, não havendo confirmação perante o deslinde processual penal” (fl. 1.303).

Melhor sorte aqui não socorre a defesa.

O legislador ordinário, ao buscar maior efetividade das garantias constitucionais previstas para os acusados em processo penal, estabeleceu, expressamente, a **vedação à condenação baseada exclusivamente em provas produzidas no inquérito policial**, consoante o disposto no art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Portanto, não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de um decreto condenatório fundamentado, **exclusivamente**, em elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, no qual inexistente o devido processo legal (com seus consectários do contraditório e da ampla defesa). No entanto, é possível que se utilize deles, desde que sejam repetidos em juízo ou corroborados por provas produzidas durante a instrução processual.

No caso, a leitura do acórdão de fls. 984-1.090 evidencia que, além dos “*prints de whatsapp*” – juntados, repita-se, pela própria defesa técnica do acusado no PIC – e dos comprovantes de depósito, também foram consideradas **outras provas judicializadas em desfavor do réu, principalmente a vasta prova oral colhida, transcrita e analisada no acórdão entre as fls. 1.015-1.085**.

Assim, as instâncias ordinárias, soberanas na análise aprofundada das provas, apontaram elementos **judicializados** para demonstrar a prática delitiva, de modo que não há como acolher a pretensão defensiva de violação do art. 155 do

CPP.

XIII. Dispositivo

À vista do exposto, com a devida vênia, **divirjo** parcialmente do eminente relator para **conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2.022.413 - PA (2022/0035644-0)

VOTO-VOGAL

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Eminentes Pares,

Refleti detidamente acerca dos judiciosos fundamentos expostos pelos Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz em seus respectivos votos e destaque, de início, o privilégio de integrar um órgão colegiado capaz de produzir este elevado debate, que toca o sensível tema dos limites da atuação jurisdicional no contexto do sistema acusatório.

Compartilho com os colegas que me antecederam neste julgamento, a preocupação de que a imparcialidade do julgador não seja comprometida por inclinações inquisitórias, as quais, consoante detidamente ressaltou o Ministro Rogério Schietti, fincaram fortes raízes no processo penal brasileiro.

No entanto, pedindo vênias ao eminente Relator, não me convenci de que o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público deva vincular o julgador, tampouco de que a prática importe em violação ao sistema acusatório.

Em outras ocasiões, recorrendo à interpretação sistemática, tive a oportunidade de me manifestar pela compatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal com o atual modelo acusatório e garantista, sendo ilustrativa a ementa que abaixo transcrevo:

"HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DEFENSIVA SUSCITADA CONCOMITANTEMENTE NESTE FEITO E EM RECURSO DE COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO PRETÉRITA NÃO RESOLUTIVA DE MÉRITO. LITISPENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE ÓBICE AO EXAME DA CONTROVÉRSIA. ABSOLVIÇÃO REQUERIDA PELO PARQUET NAS ALEGAÇÕES FINAIS. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO VINCULA O JUDICIÁRIO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento AgRg no AREsp 1.832.823/SP, Rel. MINISTRA LAURITA VAZ, não resolveu o mérito da controvérsia identicamente alegada neste writ e naquele recurso - o que não induz à litispendência. Assim, não há óbice ao exame da controvérsia por reiteração de pedido. Precedentes.

2. A circunstância de o Ministério Público requerer a absolvição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acusado, seja como custos legis, em alegações finais ou em contrarrazões recursais, não vincula o Órgão Julgador, cujo mister jurisdicional funda-se no princípio do livre convencimento motivado, conforme interpretação sistemática dos arts. 155, caput, e 385, ambos do Código de Processo Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

3. *"Quando o Ministério Público pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação, como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (decision on prosecution motion to withdraw counts) e vincula o posicionamento do juiz. Em nosso sistema, é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho, ainda que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente - ou mesmo oposta - do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado" (STJ, REsp 1.521.239/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 9/3/2017, DJe de 16/3/2017).*

4. *Ad argumentandum, vale referir que o Legislador Ordinário, ao editar a Lei n. 13.964/2019, acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 3.º-A, 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". Todavia, qualquer interpretação que determine a vinculação do Julgador ao pedido absolutório do Ministério Público com fundamento, por si só, nessa regra, não tem legitimidade jurídica, pois o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida no dia 22/10/2020 pelo Ministro LUIZ FUX, "na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305", suspendeu, "sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, [...] da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal)".*

5. *"A instauração do incidente de inconstitucionalidade é incompatível com o rito do habeas corpus, ante a impossibilidade de suspensão do feito e da afetação do tema à Corte Especial para exame do pedido" (STJ, AgRg no RHC 90.145/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).*

6. *Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem de habeas corpus denegada.*

(HC n. 588.036/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022.)

Concordo com o Ministro Rogério Schietti quando aponta que, a se entender pela revogação tácita do art. 385 do Código de Processo Penal, transfere-se para o órgão acusatório a função precípua do julgador que, inerte diante do requerimento ministerial, estaria relegado a acatar a leitura que o órgão acusatório fez das provas produzidas, cabendo aqui relembrar que, à luz do princípio da comunhão da prova, as provas pertencem ao processo, e não a uma parte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

específica.

A rigor, a impossibilidade de julgar de forma diversa do entendimento ministerial (alegações finais, contrarrazões recursais ou parecer), retira do julgador a própria função de dizer o direito à luz dos fatos, ou seja, a própria função jurisdicional acaba transferida para o órgão acusatório.

A nossa sistemática de produção de provas está edificada sobre a premissa de que o juiz é o destinatário da prova e, nessa condição, formará sua livre convicção motivada. A se acolher o entendimento de que o juiz se vincula irremediavelmente à manifestação ministerial, também se violaria tal postulado, modificando-se o destinatário da prova, que passaria a ser, afinal, o Ministério Público.

Note-se que a ação penal pública não é regida pelo princípio da oportunidade, que vigora no âmbito das ações penais privadas, de sorte que a disposição prevista no art. 385 do Código de Processo Penal está em harmonia com a natureza da ação pública, que se desenvolve por impulso oficial e caminha para o seu desfecho absolutório ou condenatório, de acordo com o convencimento motivado do sujeito processual que detém exclusivamente a função jurisdicional, no caso, o juiz.

Nessa linha, cito a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

"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. Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, consequentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la" (Código de Processo Penal Comentado, Forense, 21ªed., p. 843; sem destaques no original)

Feitas essas breves considerações, com a devida vênia, divirjo parcialmente do eminente relator para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento, acompanhando a divergência.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2022/0035644-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.022.413 / PA

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001404-61.2019.8.14.0000 00014046120198140000 1404-61.2019.8.14.0000
14046120198140000

PAUTA: 20/09/2022

JULGADO: 14/02/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **BEZALIEL CASTRO ALVARENGA**

ADVOGADOS : **ROBERTO LAURIA - PA007388**

ANETE DENISE PEREIRA MARTINS - PA010691

ANA BEATRIZ LACORTE ARAUJO DA MOTA - PA026752

RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ**

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Concussão

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negando-lhe provimento, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz, a Sexta Turma, por maioria, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz. Vencido o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jesuíno Rissado (Desembargador convocado do TJDF).