

UM VELHO NOVO TEMA: A (IM)POSSIBILIDADE DE O JUIZ CONDENAR QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO REQUER A ABSOLVIÇÃO

**AN OLD NEW TEMA: THE (IM)POSSIBILITY OF THE JUDGE TO CONDEMN WHEN
THE PUBLIC PROSECUTION REQUESTS ABSOLUTION**

Marcos Afonso Johner¹  

Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unoesc, Brasil
marcosjohner@yahoo.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.14889552>

Resumo: Desde a promulgação da Constituição de 1988, separadas estão as funções de acusar e de julgar o caso penal (art. 129, I). Com a Lei 13.964/2019, o legislador expressamente atribuiu ao Direito Processual Penal a estrutura acusatória, com o propósito de vedar a substituição do órgão de acusação pelo magistrado, retirando destes poderes *ex officio*, como, *v.g.*, para deflagrar a ação penal, decretar medidas cautelares e produzir provas. Nesse contexto, o art. 385 do CPP, que permite ao juiz condenar mesmo quando o Ministério Público opina pela absolvição, levanta questionamentos quanto à sua compatibilidade com a Constituição e a estrutura acusatória. O artigo explora a problemática, expondo os argumentos favoráveis à validade do dispositivo e os argumentos contrários, que apontam sua incompatibilidade com o processo penal acusatório. Por fim, propõe-se uma interpretação alternativa para o art. 385 do CPP.

Palavras-chave: sistema acusatório; ação penal; pretensão processual.

Abstract: Since the promulgation of the 1988 Constitution, the functions of accusing and judging criminal cases have been separated (art. 129, I). With the advent of Law 13,964/2019, the legislator expressly attributed the accusatory structure to criminal procedural law, with the purpose of prohibiting the replacement of the Public Prosecution by the magistrate, removing, from the latter, *ex officio* powers, such as, *e.g.*, to initiate criminal action, decree precautionary measures and produce evidence. In this context, the art. 385 of the CPP, which allows the judge to convict even when the Public Prosecutor's Office opts for acquittal, raises questions regarding its compatibility with the Constitution and the accusatory structure. The article explores the problem, exposing the arguments in favor of the validity of the device and the arguments against it, which point to its incompatibility with the accusatory criminal process. an alternative interpretation of Article 385 of the CPP is proposed.

Keywords: accusatory system; criminal action; procedural claim.

1. Introdução

Segundo o art. 385 do Código de Processo Penal (CPP),

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 (**Brasil**, 1941).

Esse dispositivo suscita diversas questões sobre sua (in) compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, que separou as funções de acusar e de julgar (art. 129, I, da Constituição Federal, CF) e que expressamente adotou a estrutura acusatória no processo penal (art. 3º-A, CPP). Em razão disso, a constitucionalidade do art. 385 do CPP foi questionada no Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Arguição de

¹ Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2021). Professor do Curso de Direito da Unoesc, Campi de São Miguel do Oeste e Pinhalzinho. Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8575513096222713>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9281-4356>.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1.122, que ainda pende de julgamento.

Nesse contexto, este trabalho apresenta os argumentos favoráveis à compatibilidade do art. 385 do CPP com a CF e, em seguida, aborda os argumentos contrários, evidenciado a incompatibilidade do dispositivo, tal como redigido, com a CF e com a estrutura acusatória do processo penal. Em razão do escopo, não aborda a questão específica da (im)possibilidade de reconhecimento de agravantes não alegadas pela acusação. Ao final, propõe-se uma alternativa normativa para solucionar o problema identificado.

2. Compatibilidade do artigo 385 do CPP com a CF e o sistema acusatório

Segundo o art. 42 do CPP, o Ministério Público não poderá desistir da ação penal. Essa regra se aplica também a qualquer recurso já interposto pelo órgão ministerial, conforme prevê o art. 576 do CPP. Esses dispositivos consagram o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, que, em conjunto com o princípio da obrigatoriedade (art. 24, CPP), impõe ao Ministério Público a obrigação de oferecer denúncia sempre que estejam presentes as condições legais. Uma vez oferecida a denúncia, o Ministério Público fica impedido de desistir da ação penal¹.

A doutrina interpreta o art. 42 do CPP como fundamento para a constitucionalidade do art. 385 do mesmo código, que estabelece uma forma de controle judicial sobre o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Segundo o art. 385 do CPP, o Ministério Público, ao apresentar suas alegações finais, apenas “opina”² pela absolvição, sem força vinculante. Isso ocorre porque um “pedido” formal de absolvição implicaria desistência da ação penal, o que é vedado pelo art. 42 do CPP.

Assim, ao emitir sua opinião final pela absolvição, o Ministério Público não altera o pedido original formulado na denúncia, que, sendo sempre de condenação, permanece válido. Desse modo, ao proferir uma sentença condenatória, mesmo que o Ministério Público tenha se manifestado pela absolvição, o juiz atende ao pedido inicial de condenação constante na denúncia.

Além disso, a doutrina sustenta que o juiz é livre para valorar, motivadamente, as provas produzidas (art. 155, CPP). Essa liberdade de convencimento permite ao magistrado divergir da posição do Ministério Público e, caso identifique provas suficientes, optar pela condenação (Marcão, 2017, p. 879). Há, ainda, quem invoque o princípio do impulso oficial para legitimar a ação do juiz nesse contexto³. Nessa mesma linha, argumenta-se que a vinculação do juiz ao pedido de absolvição implicaria atribuir ao Ministério Público uma dupla função: a de acusar e a de julgar, o que violaria a separação das funções institucionais.

3. Incompatibilidade do artigo 385 do CPP com a CF e o sistema acusatório

A aplicação do princípio da indisponibilidade à ideia de indesistibilidade da ação penal pública resulta de uma distinção equivocada entre a pretensão processual e a pretensão punitiva. A cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) gera efeitos mesmo antes do oferecimento da denúncia, pois o Ministério Público só pode exercer a pretensão processual quando estiverem presentes as condições para o exercício da ação penal

(fato aparentemente criminoso, legitimidade de parte, justa causa e punibilidade concreta). Noutras palavras, não pode haver pena sem uma acusação.

A pretensão processual penal é uma condição necessária para o exercício da pretensão punitiva, que consiste no poder estatal de impor sanção penal a quem comete um crime (Badaró, 2023, p. 563). Dessa forma, a pretensão punitiva depende da existência da pretensão processual penal⁴, a qual corresponde ao direito de o legitimado requerer ao Estado-Juiz a aplicação da sanção cabível pela violação da norma de direito material. A pretensão processual não é exclusiva do Estado, pois, nos crimes de ação penal de iniciativa privada, o ofendido também a exerce. Nesse caso, a vítima não exerce a pretensão punitiva, mas sim a pretensão processual penal, da qual pode dispor por meio do perdão ou da perempção.

Ao oferecer a denúncia, o Ministério Público formula uma imputação, que constitui a pretensão processual, representada pelo pedido de condenação do acusado (Badaró, 2023, p. 564). A função institucional do Ministério Público é promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I, CPP). Assim, como órgão acusador, cabe ao Ministério Público produzir todas as provas necessárias para afastar a presunção de inocência. No entanto, se ao final da instrução o próprio Ministério Público entender que a condenação é inviável (por falta de provas, por atipicidade da conduta, entre outros motivos), a pretensão processual desaparece.

Dentro do contexto da estrutura acusatória (art. 3º-A, CPP), o art. 385 do CPP não resiste a uma filtragem constitucional. Trata-se de dispositivo que coloca o juiz como promotor da ação penal pública, o que contraria sua função. O pedido de condenação formulado na denúncia é genérico e lastreado nos elementos informativos do inquérito policial ou de outras investigações, pautando-se em um juízo de probabilidade. Se as provas produzidas na instrução não confirmarem a hipótese inicialmente formulada pela acusação, não pode o juiz assumir a pretensão processual, pois esta não lhe cabe⁵.

Reconhecer a incompatibilidade do art. 385 do CPP com a CF não compromete o sistema da persuasão racional; ao contrário, proferir uma sentença condenatória sem pretensão processual é que infringe o art. 155 do CPP. Além do mais, não se sustenta o argumento de que a vinculação do juiz ao pedido de absolvição conferiria ao Ministério Público o papel simultâneo de acusador e julgador. Ao requerer a absolvição, o Ministério Público não está desistindo da ação penal; esta, enquanto direito público subjetivo, já foi exercida no oferecimento da denúncia. O que se segue é a pretensão processual, e sem esta não há objeto a ser julgado (Rangel, 2023, p. 80).

Além disso, o ordenamento jurídico dispõe de diversos institutos que mitigam o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, como a transação penal, o acordo de não persecução penal e a cláusula de imunidade processual para o colaborador não líder de organização criminosa que foi o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4º, § 4º, Lei 12.850/2013)⁶. A suspensão condicional do processo é outro exemplo de exceção ao princípio da indisponibilidade, suspendendo a pretensão processual formulada pelo Ministério Público.

A existência de várias exceções aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade indica que essas não são mais regras

absolutas. Em uma interpretação isonômica e sistemática do ordenamento jurídico, se ao Ministério Público é permitido, mesmo com lastro probatório suficiente, optar por não oferecer denúncia em determinados casos, não há justificativa para manter integralmente o art. 385 do CPP quando o titular da ação penal pública conclui pela absolvição do acusado.

4. Interpretação do artigo 385 do CPP conforme a Constituição

Da forma como está redigido, o art. 385 do CPP não resiste a uma filtragem constitucional⁷. No entanto, considerando a necessidade de controle judicial em todas as hipóteses de mitigação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, bem como para evitar manifestações ministeriais com motivações não jurídicas, entendemos que, ao discordar de um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, o juiz deve remeter os autos à instância de revisão ministerial ou ao Procurador-Geral, nos termos do art. 28 do CPP⁸, com a interpretação que lhe foi dada pelo STF nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

Se a instância revisora ou o Procurador-Geral concordarem com o pedido de absolvição, o juiz deverá seguir a manifestação do órgão máximo do Ministério Público, no respectivo âmbito de atuação. Por outro lado, se houver discordância por parte da instância de revisão ou do Procurador-Geral, a pretensão processual permanece, cabendo ao juiz a decisão sobre a condenação ou absolvição. Esse modelo garante a autonomia do Ministério Público, impedindo que o juiz aja na ausência de uma pretensão processual.

Ainda assim, sugerimos uma regra de impedimento para o juiz que determinar a remessa dos autos para revisão ministerial. Tal regra visa a garantir a imparcialidade objetiva do magistrado, considerando sua predisposição quanto ao mérito do processo. Antecipamos possíveis críticas quanto a uma suposta violação do princípio do juiz natural e da identidade física do juiz, mas defendemos que esses princípios podem ser relativizados quando em conflito com o princípio da imparcialidade objetiva, que é fundamental para a validade de qualquer decisão.

Se o órgão revisor ou o Procurador-Geral concordarem com o pedido de absolvição, o juiz deve extinguir o processo sem exame

do mérito, pela ausência de pretensão processual⁹. Contudo nada impede que o juiz, em vez de extinguir o processo sem resolução do mérito, profira sentença absolutória, verificando quaisquer das hipóteses do art. 386 do CPP, em observância ao princípio da primazia da decisão de mérito, prevista no art. 488 do Código de Processo Civil¹⁰ e de aplicação supletiva no processo penal. Em ambos os casos, não será possível o exercício de nova pretensão processual com base nos mesmos fatos, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem* processual¹¹.

Por outro lado, se o órgão revisor ou o Procurador-Geral manifestarem-se pela condenação, a pretensão processual permanece ativa, e o juiz poderá proferir sentença condenatória ou absolutória, de acordo com a sua análise do caso¹². Se o juiz proferir sentença condenatória sem respeitar o procedimento proposto, ela será considerada nula por incongruência com o pedido absolutório do Ministério Público (Lopes Jr., 2024, p. 1099).

Considerações finais

O art. 385 do CPP é incompatível com a CF e a estrutura acusatória do processo penal, uma vez que permite ao juiz proferir sentença condenatória mesmo sem a existência de uma pretensão processual. Enquanto não houver reforma legislativa, o dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição, do seguinte modo: (a) havendo pedido de absolvição, o magistrado deverá extinguir o processo sem exame do mérito, podendo ainda absolver o acusado caso identifique alguma das hipóteses do art. 386 do CPP; (b) caso o juiz discorde do pedido de absolvição, deverá remeter os autos à instância de revisão ministerial ou ao Procurador-Geral; (c) nessa situação, há, pelos menos, duas possibilidades de desdobramento: (i) se a instância revisora ou o Procurador-Geral concordarem com o pedido de absolvição, o juiz estará vinculado à manifestação ministerial; (ii) se a instância revisora ou o Procurador-Geral discordarem do pedido de absolvição, o juiz poderá condenar ou absolver; (d) no entanto o mesmo juiz que determinou a remessa dos autos à instância revisora ou ao Procurador-Geral deverá ser impedido de julgar o processo, em respeito ao princípio da imparcialidade objetiva.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflito de interesse na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: somente o pesquisador que cumpre os requisitos de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:**

o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

JOHNER, Marcos Afonso. A. Um velho novo tema: a (im)possibilidade de o juiz condenar quando o Ministério Público requer a absolvição. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 33, n. 388, p. 17-20, 2025. DOI: 10.5281/

zenodo.14889552. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1660. Acesso em: 1 mar. 2025.

Notas

- ¹ Quanto às impugnações das decisões judiciais, o Ministério Público não tem a obrigação de recorrer, *ex vi* do art. 574 do CPP. Entretanto, interposto o recurso, o *Parquet* não pode dele desistir (art. 576, CPP).
- ² Alguns autores entendem que o vocábulo “opinião” indica a atuação do Ministério Público não como parte, mas como *custos legis*: “Para nós, o *parquet*, do princípio ao fim, subordina-se apenas à sua consciência, tal como ocorre com a magistratura, atuando, sempre, como *custos legis*, de modo a bem zelar pela correta aplicação da lei. É dizer: ele é *parte* apenas do ponto de vista *formal*” (Pacelli; Fischer, 2016, p. 857, grifos dos autores). No ponto, pertinente a crítica de Choukr (2014, p. 736) à impropriedade terminológica do verbo “opinar”: “A opção pelo verbo ‘opinar’ [...] denota o distanciamento do legislador originário do Código dos fundamentos do modelo acusatório de processo, em que partes não ‘opinam’, mas, sim, postulam. Ao inclinar-se por ser o titular da ação penal um mero ‘opinador’, abre-se a porta, do ponto de vista da estrutura linguística, para que opiniões sejam relevadas ou não e, mais que isso, retira-se semanticamente o papel de postulador.”
- ³ “Desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito” (Nucci, 2024, p. 822). No entanto, se bem vemos, o impulso oficial refere-se à correta concatenação dos atos judiciais, incumbindo ao juiz velar pelo processo em contraditório. Impulso oficial não confere ao juiz a possibilidade de imiscuir-se em atos privativos das partes.
- ⁴ “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” (Lopes Jr., 2024, p. 1097).
- ⁵ O art. 385 do CPP fomenta aquilo que Cordero (*apud* Coutinho, 2009) denominou de “primado da hipótese sobre os fatos”: o juiz, a despeito do pedido de absolvição formulado pela acusação, buscará maneiras de externar, na sentença, aquilo que já está confirmado em sua mente. Na síntese de Coutinho (2009, p. 112), “tendem a prevalecer as hipóteses assumidas sobre os fatos e, com liberdade, o juiz orienta o êxito para onde quiser”, o que se alinha a uma perspectiva inquisitória e não acusatória.
- ⁶ “Nas mesmas hipóteses do *caput* deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo” (Brasil, 2013, art. 4º, § 4º). Segundo Lima (2024, p. 865), “o legislador aí inseriu mais uma *exceção ao princípio da obrigatoriedade*, porquanto o órgão ministerial poderá deixar de oferecer denúncia se a colaboração levar à consecução de um dos resultados constantes dos incisos do art. 4º.”
- ⁷ Ressalta-se que pende de julgamento a ADPF 1.122, não havendo, ainda, uma declaração formal, pelo STF, da não recepção do art. 385 do CPP pela CF de 1988.
- ⁸ Contra a remessa, nesses casos, ao argumento da inaplicabilidade do art. 28 do CPP, “quando, no curso do processo, o órgão do Ministério Público de primeira instância pugnar, equivocadamente, pela extinção da punibilidade ou mesmo a absolvição. Nesse caso, basta que o Juiz de Direito indefira o pleito Ministerial e dê ao processo o impulso oficial que entender cabível” (Demercian; Torres, 2017, p. 132).
- ⁹ Nesse sentido: Badaró (2023, p. 567). Por outro lado, Lopes Jr. (2024, p. 1.099) entende que, “pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser absolutória, pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória, impossibilitando assim a efetivação do poder (condicionado) de penar”.
- ¹⁰ “Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485” (Brasil, 2015).
- ¹¹ Questão que ainda fica pendente diz respeito ao âmbito do tribunal do júri. Na fase do sumário da culpa, parece-nos possível aplicar raciocínio semelhante: requerendo o Ministério Público qualquer pronunciamento distinto da pronúncia, esvai-se a pretensão processual, não podendo o magistrado submeter o acusado a julgamento pelo júri. Lado outro, no âmbito dos debates em plenário, opinando o Ministério Público pela absolvição, como os jurados apenas são questionados sobre matéria de fato (art. 482, CPP), eventual condenação implicaria julgamento contrário à prova dos autos, ensejando apelação com fulcro no art. 593, III, d, do CPP.
- ¹² A Advocacia-Geral da União, em parecer apresentado na ADPF 1.122, manifestou-se no seguinte sentido: “[...] o dispositivo [art. 385 do CPP] reclama interpretação conforme para que se imponha ao magistrado, sempre que decidir pela condenação, um ônus de fundamentação elevado, tudo para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal” (Brasil, 2024). A recomendação, assim pensamos, é tautológica, pois em qualquer sentença condenatória o ônus argumentativo deve ser elevado, sob pena de nulidade da decisão por vício de fundamentação (art. 93, IX, CF).

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 7 nov. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 7 nov. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 nov. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1.122*. Relator: Min. Edson Fachin, 2024. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico_nico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6836164. Acesso em: 2 nov. 2024.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 2 nov. 2024.
- 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*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 117-137, 2017. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/347. Acesso em: 18 set. 2024.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2024.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.
- MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 30. ed. Barueri: Atlas, 2023.

Recebido em: 19.09.2024. Aprovado em: 21.10.2024. Última versão do autor: 07.11.2024.