



Excelentíssimo Senhor Presidente da Comissão Permanente de
Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dr. Marcio
Barandier

PARECER SOBRE A INDICAÇÃO Nº 17/2024

Análise da pertinência do ingresso do IAB como Amicus Curiae na ADPF 1.122, que versa sobre a impossibilidade de o Poder Judiciário condenar o réu no processo penal quando há pedido de absolvição do órgão acusador.

Posição firmada pelo IAB sobre o tema desde 2010, constante de parecer emitido no mesmo sentido agora sustentado pelo Autor da ADPF 1.122, que foi apresentado ao Congresso Nacional à época na forma de Projeto de Lei pelo então Deputado Federal Miro Teixeira.

Parecer pelo encaminhamento da análise do pedido do ingresso do IAB como Amicus Curiae na ADPF 1.122 ao Plenário do IAB, condicionado à superação das questões preliminares suscitadas pela AGU e pelo Senado Federal, a partir de exame a ser realizado pela Comissão Permanente de Direito Constitucional.



I – RESUMO DO TEMA TRAZIDO À ANÁLISE

1. Versa o presente parecer sobre a Indicação número 17/2024, de autoria do Dr. Joyce Lima Tejo, voltada à análise da pertinência do ingresso do Instituto dos Advogados Brasileiros, na qualidade de *Amicus Curiae*, no âmbito da Ação Declaratória de Preceito Fundamental (“ADPF”) nº 1.122, proposta pela Associação Nacional da Advocacia Criminal (“Anacrim”) perante o Supremo Tribunal Federal.

2. A ação foi proposta em janeiro de 2024, com pedido para que seja reconhecida “*a não recepção do artigo 385, do CPP (Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941), pela Constituição da República de 1988, uma vez que ele afronta os princípios do devido processo e do contraditório, previstos no art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República, de modo que o juiz não está autorizado a condenar um acusado quando o Ministério Público pedir a absolvição, tampouco pode reconhecer circunstâncias agravantes que não foram alegadas pela acusação*”.

3. Alguns pedidos de habilitação como *Amicus Curiae* foram deferidos em 29 de fevereiro de 2024 pelo eminente Ministro Edson Fachin, relator da ADPF, apresentados pelo Programa de Extensão Libertas – Observatório de Ciências Criminais (UFMG), pelo Instituto de Ciências Penais (ICP) e pela Associação Nacional dos Prefeitos e Vice-prefeitos da República Federativa do Brasil (ANPV).



4. No dia 19 de março de 2024 o Senado Federal se manifestou de forma contrária ao pleito da ADPF, por entender que o tema demanda alteração da legislação, tarefa do Poder Legislativo, por meio de votação e aprovação de projeto de lei, e não do Poder Judiciário, em respeito ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes.

5. A Câmara dos Deputados, por sua vez, se pronunciou no dia 20 de março de 2024, pela procedência da ADPF, alegando que, à luz do sistema de processo penal encampado pela Constituição Federal, seria *“contraditório admitir que o juiz possa suprimir o papel acusatório do Ministério Público”*.

6. Já a Advocacia-Geral da União se pronunciou no dia 3 de abril de 2024, pela ilegitimidade ativa da Anacrim, sob a alegação de que, por representar parcela dos advogados do país, não poderia ser caracterizada como associação de classe, nos termos do Art. 103, IX, da Constituição Federal, asseverando que o *“Supremo Tribunal Federal já decidiu que a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, entidade semelhante à autora da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não possui legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade”*. No mérito, sustenta a procedência parcial do pedido, para permitir que haja condenação do réu mesmo diante de pedido de absolvição do *Parquet* apenas *“quando o magistrado atender ao ônus de fundamentação elevado para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal”*.



7. O exame da matéria foi levado à apreciação das Comissões Permanentes de Direito Penal e de Direito Constitucional do IAB, seguindo a proposta apresentada na Indicação mencionada em epígrafe.

II – POSIÇÃO JÁ FIRMADA PELO IAB SOBRE O TEMA

8. À época em que presidida pelo saudoso Dr. Fernando Fragoso, a Comissão Permanente de Direito Penal do IAB deu início a trabalho de análise de anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado em 2009 por comissão de juristas capitaneada pelo então Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça.

9. O texto entregue em audiência formal ao Senador José Sarney à época despertou a atenção e preocupação da Advocacia, pelo seu viés punitivista, servindo de inspiração para que o Dr. Fernando Fragoso propusesse o início de belíssimo e árduo trabalho de análise crítica da íntegra do anteprojeto, que contou com a participação de diversos membros da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB, cada qual incumbido do exame de uma parte do anteprojeto, com vista à produção de parecer global sobre a matéria.



10. Ao longo de várias manhãs, durante vários meses, debates intensos, profícuos e de alto nível técnico e intelectual foram travados, honrando da melhor maneira possível a vocação e as tradições da Casa de Montezuma. Aqueles que tiveram o privilégio de ali estar certamente foram marcados para sempre pelos memoráveis encontros produzidos, que combinavam confraternização e atividade acadêmica com equilíbrio, graças à liderança natural que o inesquecível mestre Fernando Fragoso emprestava à condução dos trabalhos, concluídos na mesma toada pelo Dr. Carlos Eduardo Machado, que o sucedeu na Presidência da Comissão, uma vez que o primeiro fora alçado à Presidência do IAB.

11. Em dado momento estratégico, quando a ideia de dar andamento célere à tramitação do anteprojeto no Congresso Nacional começava a ganhar força, sinalizando que poderia ser aprovado *a toque de caixa*, o então Deputado Federal Miro Teixeira, impressionado com o resultado dos trabalhos a partir de diálogos com o Dr. Fernando Fragoso, decidiu apresentar o parecer produzido pela Comissão Permanente de Direito Penal do IAB na forma de projeto de lei autônomo à Câmara dos Deputados, onde até hoje se encontra em tramitação, sob o número 7.987/2010.



12. Esta medida foi fundamental para conter o avanço do anteprojeto da comissão de juristas capitaneada pelo então Ministro Hamilton Carvalhido, evitando retrocessos autoritários que decorreriam da sua aprovação, por um lado, e sinalizando caminhos para aperfeiçoamentos do ordenamento jurídico no futuro, por outro.

13. Nesta segunda categoria de boas ideias *de lege ferenda*, vamos nos deparar com relevante contribuição prestada pela eminente Desembargadora Federal Simone Schreiber, que há muito nos honra na qualidade de membra honorária do Instituto dos Advogados Brasileiros.

14. Sua excelência à época ficou incumbida do exame de parte do anteprojeto em que abordou especificamente o tema ora em exame, externando o correto entendimento, registrado em livro cuidadosamente organizado pelo Dr. João Carlos Castellar, de que *“em respeito ao princípio acusatório, o juiz não deve ser autorizado a condenar o réu se o Ministério Público pedisse sua absolvição, a não ser que houvesse pedido de condenação formulado pelo assistente de acusação em alegações finais”*.

15. Em arremate à sua correta avaliação, a Desembargadora Federal Simone Schreiber propôs a seguinte redação de dispositivo legal para disciplinar a matéria:



Quando o Ministério Público postular a absolvição do réu em alegações finais, o juiz só poderá proferir sentença condenatória nos casos em que o assistente de acusação requerer a condenação. O juiz não poderá reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada na denúncia. A sentença será proferida nos estritos termos da denúncia.

16. Nota-se, pois, que o IAB já possui há 14 anos posição firmada sobre a questão posta na ADPF recentemente submetida à cognição do Supremo Tribunal Federal.

III – PRECEDENTES SOBRE O TEMA

17. Em agosto de 2014, a Desembargadora Federal Simone Schreiber, no exercício da jurisdição, voltaria a se debruçar sobre a questão, reafirmando o entendimento que externara anteriormente no trabalho desenvolvido no IAB, ao julgar a apelação criminal nº 0804255-18.2008.4.02.5101, ocasião em que o seu voto condutor foi acompanhado à unanimidade pelo colegiado da Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Confira-se:

“O Ministério Público Federal, em sede de razões finais, pleiteou a absolvição do réu. Apesar disso, o magistrado a quo proferiu decreto condenatório, considerando que as provas dos autos eram suficientes para apontar a ocorrência de dolo do agente. A defesa recorreu e, mais uma vez, o MPF, em contrarrazões, manifestou-se pela absolvição do réu.

O réu (...), de fato, deve ser absolvido das imputações contidas na denúncia.



Inicialmente porque, em face do princípio acusatório, entendo que não há possibilidade de proferir-se decreto condenatório quando há pedido de absolvição pelo Parquet Federal, hipótese dos autos. A regra permissiva do art. 385 do Código de Processo Penal viola o princípio acusatório, consagrado na Constituição Federal tanto em seu art. 129, I, quanto em decorrência da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV).”

18. Posteriormente, em setembro de 2022, o Superior Tribunal de Justiça também enfrentou a matéria no julgamento do AgRg no AResp nº 1.940.726/RO, em que o insigne Ministro João Otávio de Noronha atuou como relator para acórdão, proferindo voto que prevaleceu no colegiado da Quinta Turma da Corte, nos seguintes termos:

“Não desconheço a existência de inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem a possibilidade de prolação de sentença condenatória independentemente de a acusação postular, em alegações finais, a absolvição do réu.

*Não comungo, data venia, desse entendimento por considerar que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve clara opção pelo sistema acusatório. De fato, a Carta Magna reserva ao Ministério Público o monopólio da titularidade da ação penal pública (art. 129, I). E a acusação não é atividade que se encerra com o oferecimento da denúncia, já que a atividade persecutória persiste até o término da ação penal. Assim, considero que, quando o Ministério Público requer a absolvição do réu, ele está, de forma indireta, retirando a acusação, sem a qual o juiz não pode promover decreto condenatório, **sob pena de acusar e julgar simultaneamente.***

Em verdade, a adoção ou aprimoramento de um modelo de persecução penal é atividade paulatina, que deriva de uma construção diária do Poder Judiciário na interpretação dos dispositivos legais pertinentes ao tema. E, desde a promulgação da Constituição de 1988, essa atividade vem sendo desenvolvida na definição dos limites da recepção dos diversos artigos do Código de Processo Penal de 1941.

O importante é pontuar que o caminho que vem sendo seguido, a passos lentos, mas firmes, é no sentido de se extirpar o rançoso viés inquisitório que permanece em nossos diplomas legais. Reformas tópicas vêm sendo herculeamente implementadas, contribuindo para a formação de uma colcha de retalhos



descombinados, cabendo ao Judiciário, de tempos em tempos, ajustá-la para preservar a coerência do sistema.

O ideal, talvez, seria que os projetos de um novo Código de Processo Penal (que, há décadas, tramitam no Congresso Nacional) fossem aprovados, o que se aguarda com grandes expectativas.

O entendimento minoritário de rejeição da tese de possibilidade de condenação sem pedido expresso da acusação em alegações finais já foi defendido, nesta Corte, pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, para quem:

[...] o constituinte brasileiro, por ocasião da Constituição Federal de 1988, optou, claramente, pelo sistema acusatório, sistema este em que a função do juiz é de observador, cabendo ao mesmo a mediação do conflito entre as partes litigantes, não podendo ele agir no lugar das partes [...]

E, lendo o Código de Processo Penal, em especial o seu art. 385, considerando as balizas que permeiam o sistema acusatório, não vejo, pedindo vênias aos que pensam de modo contrário, como entender possível o juiz condenar mesmo quando o Ministério Público requer a absolvição [...]

*Assim, sem querer me prolongar mais, tendo em vista que, **como consequência do sistema acusatório que hoje vige no processo penal brasileiro não pode o juiz condenar sem que haja pedido expresso nesse sentido pelo órgão acusador, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação**, peço vênias à eminente Ministra Relatora e aos que pensam de forma diferente para conceder a ordem nos termos do pedido. (Voto vencido apresentado no HC n. 623.598/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 1o/2/2022.)*

Fosse esse o único argumento, apenas ressaltaria meu posicionamento com relação à impossibilidade de condenação diante de pedido de absolvição da acusação. Ocorre que não há como cancelar uma condenação penal sem fundamentação adequada. Em verdade, para se contrapor a um pedido de absolvição da acusação, a sentença deve ser robustamente fundamentada, com a indicação de provas firmes e coerentes que apontem para direção diversa.”



19. Em fevereiro de 2023 o Superior Tribunal de Justiça analisou a matéria mais uma vez no julgamento do REsp nº 2.022.413/PA, perante a Sexta Turma, sob a relatoria do Ministro Sebastião Reis Junior, que novamente adotou a visão 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”*. Sua excelência, contudo, restou vencido perante o colegiado, prevalecendo o voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, no sentido de que *“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.”*

20. O Supremo Tribunal Federal segue idêntica linha de compreensão, tendo afirmado, em precedente relatado pelo mesmo magistrado sorteado para relatar a ADPF *sub examen*, que *“a tese de inconstitucionalidade do art. 385 do CPP, sustentada pela defesa, mostra-se insubsistente à luz da jurisprudência desta Corte, que tem aplicado o dispositivo em seus julgamentos”* (HC nº 185.633/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, unânime, julgado em sessão virtual realizada entre 12.2.2021 e 23.2.2021).



21. Percebe-se, deste modo, que, a despeito de certa oscilação na jurisprudência sobre a matéria, ainda prevalece nas Cortes Superiores o entendimento de que o artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal, de modo que o juiz poderia condenar o réu mesmo quando o órgão de acusação pede a sua absolvição.

IV – QUESTÕES PRELIMINARES SUSCITADAS

22. A despeito da inexistência de motivo, no momento, para que o IAB reveja a sua posição já firmada sobre o tema, entendemos que a questão da compatibilidade da proposta da ADPF nº 1.122 com o Princípio Constitucional da Separação dos Poderes, suscitada pelo Senado Federal em sua manifestação, deva ser, em caráter preliminar, examinada pela Comissão Permanente de Direito Constitucional do IAB, a quem a presente indicação também fora distribuída, uma vez que se trata de tema com perfil que integra este outro ramo da ciência jurídica.

29. Nesta mesma ocasião, seria também oportuno que a Comissão Permanente de Direito Constitucional analisasse a questão preliminar de ilegitimidade processual da parte autora, suscitada pela AGU no curso



da ADPF nº 1.122, por se tratar, da mesma forma, de matéria estranha aos estudos da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB.

V – SOBRE A INCOMPATIBILIDADE DO ART. 385 CPP COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO, NA HIPÓTESE DO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PEDIR A CONDENAÇÃO.

30. Não se ignora que haja dissenso quanto ao conceito e ao alcance do *sistema acusatório*, bem como se a Constituição Federal o adotou.

31. Há, todavia, inequívoco consenso no sentido de que o sistema acusatório se caracteriza pela separação entre as funções de *acusar, julgar e defender*, que devem ser atribuídas a órgãos distintos. Se a iniciativa probatória do julgador é, ou não, compatível com o sistema acusatório é uma questão muito discutida (talvez até a mais debatida nesse contexto), mas que se afigura irrelevante para a questão aqui versada (a da possibilidade de o juiz condenar, se o Ministério Público opina pela absolvição).

32. Portanto, não há dúvida de que – e isto é o que importa para nossa discussão –, em um sistema acusatório, as funções de acusar, julgar e defender devem estar *implacavelmente* separadas.

33. Nossa Constituição Federal adotou esse núcleo duro (ou conteúdo essencial) do *sistema acusatório* (i.e., separação de funções de



acusar, julgar e defender), especialmente quando se trata da fase *processual* (que é o que nos interessa aqui)? Parece claro que sim. Não apenas pela previsão constitucional dos órgãos do Poder Judiciário, mas também, como *funções essenciais à justiça* (capítulo IV, do título IV – organização dos Poderes – da Constituição Federal), do Ministério Público (art. 127 e segs.), da Defensoria Pública (art. 134 e 135) e da Advocacia (art. 133). Além disso, fica claro que cabe ao Ministério Público promover, *privativamente*, a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I, CF), e que, na sua falta, só a vítima pode propor ação penal privada, se a pública “não for intentada no prazo legal” (art. 5.º, LIX, CF). Aliás, o STF já afirmou que “a cláusula de reserva, pertinente à titularidade da ação penal pública, sofre apenas *uma exceção*, constitucionalmente autorizada (art. 5.º, LIX), na hipótese singular de inércia do Parquet” (STF, Pleno, RHC 68.314, Min. Celso de Mello, j. 20.09.1990).

34. Ou seja, o juiz **não** pode, em nenhum caso, iniciar, de ofício, uma ação penal; isso é estreme de dúvidas. As disposições legais que conferiam legitimidade ativa da ação penal pública a outras pessoas como magistrados, autoridades policiais e demais agentes administrativos *não* foram recepcionadas (STF, Pleno, HC 67.931-RS, Min. Moreira Alves, j. 18.04.1990; STF, 1.ª T., RE 134.515-RJ, min. Carlos Velloso, j. 13.08.1991; STF, 2.ª T., HC 72.073-SP, min. Carlos Velloso, j. 02.04.1996).

35. Ou seja, ainda que a Constituição Federal possa não ter adotado claramente um sistema acusatório em todas as suas consequências (p.ex.,



vedar a iniciativa probatória do juiz), fica claro que, nesse núcleo duro, o adotou: as funções de acusar, julgar e defender são *sempre* separadas.

35. Deve-se ainda avaliar, como pressuposto para opinar quanto à questão aqui posta, o seguinte ponto: iniciado um processo penal, seria lícito ao Ministério Público opinar pela absolvição de um acusado, ou ele estaria jungido a levar a acusação até o final, mesmo que o promotor ou procurador estivesse convencido de que a proposta acusatória é insustentável? O MP deve sustentar um pedido condenatório a qualquer custo? Será que o art. 42 CPP, que impede que o MP desista da ação penal, e o art. 576 CPP, que impede que o MP desista do recurso, não impediria um pedido de absolvição do promotor ou procurador (seja em memoriais finais, seja em sessão de julgamento em segundo grau)? É claro que *não* há esse impedimento; tal possibilidade de opinar pela absolvição decorre limpidamente do *princípio da independência funcional* do membro do Ministério Público, que, aliás, tem assento constitucional (art. 127, § 1.º, CF). Aliás, é a premissa do próprio art. 385 CPP – aqui discutido –, o qual indica claramente essa possibilidade.

36. Ouçamos a lição de Andrey Borges de Mendonça, professor de Processo Penal da USP e Procurador da República: “o MP jamais pode ser considerado um acusador a qualquer custo, mas sim, conforme desenho constitucional que lhe é assegurado, deve zelar pelo resguardo dos direitos fundamentais do imputado. Caso entenda que as provas não alcançaram o nível de cognição necessário para a condenação, pode – em verdade, deve – pedir a absolvição em memoriais finais. E mais: caso se convença das provas apresentadas pela defesa com a resposta



escrita, pode pedir a rejeição da denúncia por ele mesmo ofertada ou, ainda, a absolvição sumária”.¹

31. Os defensores do art. 385 CPP têm argumentado que impedir que o juiz condene, na hipótese de o Ministério Público opinar pela absolvição, seriam enfeixar, nas mãos do Ministério Público, as funções de *acusar* e de *julgar*, e que poderia haver abusos por parte de certos membros do Ministério Público. É, sem dúvida, uma questão a ser discutida.

32. Sustentar que o juiz possa condenar, mesmo que o MP peça a absolvição, porque, do contrário, o MP estaria a julgar a causa é uma compreensão *errônea* do sistema *acusatório*, que foi pensado como uma garantia para o cidadão acusado – essa separação *não* é uma garantia da magistratura, mas da cidadania! Separar as funções de acusar, julgar e defender tem inspiração libertária. A separação das funções de *acusar*, *julgar* e *defender* não pode ser pensada com o sinal trocado. Decidir se acusa, ou não, tem efetivamente um conteúdo decisório, e não se pode fugir disso. Isto ocorre também na hipótese em que o promotor *não* propõe a ação penal e pede o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação; o juiz, ainda que discorde desse posicionamento, *não* pode iniciar, por si, o processo criminal. Isso enfeixa indevidamente as funções de acusar e julgar nas mãos do MP, e transforma o MP em juiz? É evidente que não, muito embora, como dito, o não-acusar tenha um certo conteúdo decisório. Antigamente, se o juiz discordasse, só

¹ Comentário ao art. 42. In MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio et alli (coord.), Código de Processo Penal comentado, 2.^a ed., ed. Thomson Reuters, São Paulo, 2019, p. 187.



podia enviar os autos ao Procurador Geral (art. 28, CPP, na redação anterior), nada além disso. Hoje, nem isso o juiz pode fazer: com o arquivamento, é o MP (e não o juiz) que comunica a vítima, a qual pode, em 30 dias, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial (art. 28, § 1.º, CPP). Ou seja, hoje o juiz não participa de nada – isso usurpa a função de julgar? Claro que não. No arquivamento, sempre houve um controle *legal* da função *acusatória*, que nunca permitiu que se desborde para dar poderes acusatórios ao juiz; e, aliás, a alteração recente, retirando do juiz o poder de remeter os autos ao Procurador Geral (e mesmo de intimar a vítima), também se liga a questões de manter separadas as funções de *acusar* e de *julgar* (afinal, se for revisto o arquivamento, o caso vai ao juiz).

33. Faz sentido que a nossa Constituição Federal preveja claramente o conteúdo *essencial* do sistema acusatório (separação das funções de acusar, julgar e defender), e toda a nossa legislação o respeite no momento do início da ação penal, mas, no momento crucial do processo (i.e., em seu desfecho), permita que, mesmo tendo o MP se convencido da inocência do acusado (lembramos que a presunção de inocência também é princípio constitucional) e deixado de sustentar a acusação, o juiz possa ignorar esse fato e condenar o acusado? Não parece consentâneo, nem coerente, com o núcleo *essencial* do sistema acusatório.

34. No pedido de absolvição, não existe a previsão de que a vítima seja intimada para requerer que o Procurador Geral revise o caso. Talvez até se pudesse pensar nessa possibilidade, *de lege ferenda*; mas aqui não é essa a questão posta.



35. Mas, então, não existiria, *de lege lata*, nenhum controle possível para a atuação do Ministério Público, que pode, validamente, pedir a absolvição ao seu talante (talvez até cometendo abusos!), e isso representaria *ipso facto* que o juiz não possa condenar? Sim, existe um controle *legal* possível, e este pode ser exercido pelo assistente do Ministério Público, normalmente a *vítima do delito* (art. 268, CPP), mas, eventualmente, outras personagens (p.ex., a *Comissão de Valores Mobiliários*, em crimes contra o sistema financeiro nacional, cf. art. 26, parág. ún., L. 7.492/1986).

35. O assistente do Ministério Público pode exercer uma gama variada de poderes processuais, previstos na legislação processual penal (art. 271 CPP), inclusive recorrer, mesmo quando o Ministério Público não o faça (art. 584, § 1.º, e 598, CPP). A atividade *supletiva* da vítima, também nessa hipótese em que o MP peça absolvição, está em consonância com a única ressalva à titularidade privativa do Ministério Público em promover a ação penal pública, que é a permissão de que seja exercida a ação privada, se aquela não for intentada, como já frisado neste parecer.

36. Ausente o art. 385, CPP, a permissão de que o acusado fosse condenado, no caso em que o MP pedisse a absolvição, violaria o art. 129, I, CF? A nosso ver, não, quando se trata do pedido do assistente do Ministério Público, o que é consentâneo com o art. 5.º, LIX, CF. A vítima, constituída como assistente do Ministério Público, tem a possibilidade jurídica (e o poder) de se manifestar, pela absolvição ou pela condenação, independentemente, da opinião do Ministério Público.



37. É inegável que, nos últimos tempos, a vítima tem sido revalorizada no processo penal, seja porque a lei tem condicionado diversos benefícios à reparação do dano, seja porque tem lhe dado diversos poderes processuais novos.² Essa proposta, feita no CPP elaborado por essa Comissão em 2010, e aqui reiterada, está nessa esteira – e se adequa ao direito positivo.

38. Ou seja, na hipótese de o MP opinar pela absolvição, mas o assistente do Ministério Público pedir a condenação, pode, sim, o juiz condenar. Mas, sem que uma parte-legitimada-a-acusar peça a condenação, não pode o juiz condenar, sob pena de enfeixar, em si,

² Tradicionalmente, a atenção à vítima e a reparação do dano por ela sofrido não era um objetivo importante da justiça criminal; só se falava em reparação do dano em poucas hipóteses: se apreendida coisa pertencente ao lesado, a lei dizia que tal coisa devia ser devolvida a ele, mas apenas quando não mais interessasse à prova do processo (art. 119, CPP 1941); previa-se a possibilidade de a vítima pedir o sequestro do produto do crime, ou o arresto de bens, imóveis e móveis, para garantir o ressarcimento do dano (art. 127 a 144, CPP 1941), e de que a fiança pudesse fazer frente à indenização do dano (art. 336, CP); permitia-se uma tímida atenuante de pena, no caso de reparação do dano (art. 48, IV, CP 1940); impunha-se a revogação da suspensão condicional da pena, se não houvesse reparação do dano (art. 59, II, CP 1940; art. 707, II, CPP 1941); e a sentença criminal condenatória transitada em julgado era título executório na área cível (art. 74, I, CP 1940; art. 63, CPP 1941), mesmo se se tratasse de sentença estrangeira (art. 7.º, CP 1940; art. 790, CPP 1941). **Mais recentemente**, os poderes processuais da vítima (e a preocupação com a reparação do dano *ex delicto*) cresceram, como se exemplifica a seguir: i) em 1984, criou-se o chamado arrependimento posterior, que, na hipótese de crime patrimonial sem violência nem grave ameaça, consiste na possibilidade de uma diminuição de até dois terços de pena, se o agente repara integralmente o dano, antes do início do processo (i.e., na fase de inquérito policial) (art. 16, CP); ii) ainda em 1984, a concessão do livramento condicional passou a depender da reparação do dano (art. 83, IV, CP); iii) em 1995, criou-se a suspensão condicional do processo (art. 89, L. 9.099/1995), que prevê, como condição, a reparação do dano; iv) também em 1995, criaram-se os juizados especiais criminais, que têm, como um dos princípios reitores, o princípio da conciliação, prevendo, se as partes chegam a uma composição civil, extinção da punibilidade em crimes de menor potencial ofensivo; v) em 1996, criou-se nova modalidade, mais benéfica ao agente do crime, de sursis (o chamado sursis especial), se ele reparou o dano (art. 78, § 2.º, CP); vi) em 1998, criou-se uma pena nova, sob o nome de prestação pecuniária, que “consiste no pagamento em dinheiro à vítima” (art. 45, § 1.º, CP); vii) em 2003, passou-se a prever que, em crime contra a administração pública, a progressão de regime prisional depende de reparação do dano (art. 33, § 4.º, CP); viii) em 2011, passou-se a permitir que a vítima, habilitada como assistente, possa pedir prisão preventiva (art. 311, CPP), e a impor, como medida cautelar, que o agente do crime não faça contato e fique distante de pessoa determinada, incluindo, claro, a vítima do crime (art. 319, III, CPP); ix) em 2019, adveio o acordo de não-persecução penal, cabível para crimes sem violência nem grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos, sendo as condições mais importantes a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima e o pagamento de prestação pecuniária à vítima (art. 28-A, I e III, CPP); x) ainda em 2019, prevê-se que, na hipótese de leilão antecipado dos bens apreendidos, o dinheiro apurado caberá, em primeiro lugar, à vítima (ou ao terceiro de boa-fé), e apenas o saldo é que caberá aos cofres públicos (art. 133, CPP).



funções incompatíveis. Essa solução atende ao conteúdo essencial do sistema acusatório, constitui um controle legal e constitucional para eventuais abusos que possam ser perpetrados por certos promotores e ainda tem a vantagem de dar voz à vítima do delito (que, evidentemente, não condena, mas só pede a condenação).

39. Com isso, a proposta neste parecer é a de que o art. 385 CPP é *incompatível* com a Constituição Federal, que adotou o conteúdo *essencial* de um sistema acusatório, especialmente na fase processual; a única ressalva, aliás já adotada, como dito, por sugestão da desembargadora Simone Schreiber, no Projeto de CPP do IAB, é a hipótese em que o Assistente do Ministério Público peça a condenação.

VI – CONCLUSÃO

40. Por tais razões, opinamos:

a) em caráter preliminar, pela análise da Comissão Permanente de Direito Constitucional do IAB acerca das questões da ofensa ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes e da ilegitimidade processual da parte autora da ADPF nº 1.122, suscitadas pelo Senado Federal e pela AGU, respectivamente;

b) se porventura superadas as questões preliminares, pela submissão ao Plenário do IAB da análise da pretensão para que ingresse na qualidade de *Amicus Curiae* no âmbito da ADPF nº 1.122, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, à luz da



posição já firmada pela Comissão Permanente de Direito Penal desde 2010 sobre a matéria (i.e., no sentido de que, na hipótese de o Ministério Público opinar pela absolvição, o juiz não pode condenar, salvo se houver pedido de condenação por parte do assistente do Ministério Público), posição que ora se reitera.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2024.

Assinatura manuscrita de Ricardo Pieri Nuñez em azul.

Ricardo Pieri Nuñez
Membro e Vice-Presidente da CPDP

Assinatura manuscrita de Christiano Fragoso em azul.

Christiano Fragoso
Membro da CPDP