

**PARECER PARA O INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS  
– IAB**

– I –

***Breve síntese***

- 1 Trata-se de indicação de Joycemar Lima Tejo ao Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, solicitando o ingresso do Instituto como amicus curiae na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1122, que tramita no Supremo Tribunal Federal.
- 2 A indicação veio para análise e parecer.
- 3 É o relatório.

– II –

***Análise***

- 4 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1122 foi ajuizada pela Associação Nacional da Advocacia Criminal (ANACRIM), em face do art. 385 do Código de Processo Penal, sendo que a relatoria coube ao Ministro Edson Fachin. Diz o dispositivo legal:

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.

- 5 Veja-se, portanto, que a ação se insurge contra a possibilidade, no âmbito do processo penal, de o juiz proferir sentença condenatória do réu em ações penais públicas, nos casos em que o próprio Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

- 6 Argumenta a ANACRIM no sentido de que, se o Ministério Público é o titular da ação penal, sua manifestação pela absolvição deve, obrigatoriamente, vincular o juiz que, além do mais, não pode reconhecer agravantes que não tenham sido alegadas. Ou seja, o artigo 385 do CPC não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.
- 7 Sustenta, ainda, que uma condenação aplicada pelo juiz na hipótese do art. 385 do CPP fere o sistema acusatório, o devido processo legal e o contraditório, sendo considerada uma hipótese de *ultra petita*.
- 8 O processo foi distribuído ao Ministro Edson Fachin, que, nos termos do artigo 6º e 8º da Lei nº 9.882/1999, solicitou informações prévias aos requeridos, bem como a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.
- 9 Atendendo à solicitação, o Senado Federal alegou que a doutrina e a jurisprudência reconhecem a constitucionalidade do art. 385 do CPP, de modo que, se o juiz entender haver provas nos autos que conduzam a uma condenação, deve proferir sentença neste sentido, fundamentando adequadamente, como corolário do livre convencimento motivado que é ínsito ao ofício do juiz. Afirmou que o magistrado não está vinculado ao pedido da acusação para proferir sentença condenatória, e essa atitude não fere o sistema acusatório, desde que não haja confusão entre as funções de acusar, julgar e defender, aduzindo, ainda, que cabe ao Congresso Nacional, através do processo legislativo, mudar a regra em questão. Atualmente, tramita o Projeto de Lei nº 2194/2023, que visa impedir que o juiz profira sentença condenatória se o Ministério Público tiver opinado pela absolvição do réu e reconheça qualquer circunstância não alegada na denúncia que influencie na gravidade da pena.
- 10 A Câmara dos Deputados, em contrapartida, manifestou-se favoravelmente à procedência da ADPF 1122, a fim de considerar que a redação do art. 385 do CPP não foi recepcionada, fundamentando seu parecer na adoção pela Constituição Federal do sistema acusatório no processo penal.
- 11 A Advocacia-Geral da União se manifestou pelo não conhecimento da ADPF e, no mérito, pela procedência parcial do pedido, conferindo-se interpretação

conforme à Constituição, de modo que o dispositivo somente deve ser aplicável quando o magistrado atender ao ônus de fundamentação elevado para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal.

- 12 Inicialmente, insta consignar que quatro são os fatores relevantes para a análise da possibilidade de ingresso da IAB como *amicus curiae* na ADPF referida, sendo eles: o lapso processual para solicitação de ingresso, os dois critérios que orientam a admissão de entidades como *amicus curiae* e a pertinência institucional da participação do Instituto na ADPF.
- 13 O art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, determina que o relator da ação de controle abstrato poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, conforme se verifica:

Art. 7º, § 2º - O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

- 14 Ainda, o art. 138 do Código de Processo Civil traz a figura do *amicus curiae*, determinando que:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

- 15 O *amicus curiae* é figura detentora de representatividade adequada para contribuir com o deslinde da causa. Trata-se de terceiro que ingressa no processo para colaborar com o órgão jurisdicional. No caso de controle concentrado de constitucionalidade, é terceiro que participa ativamente no processo constitucional para esclarecer questões técnicas que tocam à lide. Assim, o amigo da corte fornece ao órgão jurisdicional elementos adicionais,

comumente não apresentados pelas partes, para ampliar o espectro de análise fática e jurídica do caso.

- 16 O Supremo Tribunal Federal coloca a data-limite para para a intervenção do *amicus curiae* no processo o dia da remessa dos autos à mesa para julgamento. Após essa data, não é mais possível requerer ingresso como *amicus curiae*, nos termos da jurisprudência da Corte Suprema. No caso da ADPF 1122, no entanto, o processo ainda se encontra na fase instrutória, ou seja, ainda não foi encaminhado para julgamento, de modo que é possível às entidades requerem o ingresso como *amicus curiae*.
- 17 Sobre os critérios, dois são os que orientam a admissão ou não de entidade ou órgão como *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, sendo eles a **relevância da matéria** e a **representatividade do postulante**.
- 18 No que diz respeito à relevância da matéria, entendo que ela está presente. De fato, ao admitir que o julgador profira sentença condenatória contra o réu quando o próprio Ministério Público, titular da ação penal, opina pela sua absolvição, o art. 385 do CPP viola preceito fundamental previsto na Constituição Federal. Se o próprio Ministério Público, que é o titular da ação penal e possui a função precípua de promover o impulsionamento da ação, entende que da análise do conjunto probatório não era possível concluir pela prática delitiva, então o julgador, que possui dever de imparcialidade, deve acatar a opinião.
- 19 A questão toca diretamente ao sistema acusatório, já reconhecido pelo STF, e às garantias processuais penais do cidadão, em que as figuras do julgador, do investigador e do acusador são muito bem delimitadas, e em que há um aparato constitucional de direitos fundamentais. Nesse contexto, a inércia do magistrado é a garantia da sua imparcialidade. A formulação de pedido de absolvição implica evidente desistência da pretensão acusatória, isso em um contexto em que a base indispensável do processo penal não é a lide ou o conflito de interesses, mas sim o exercício de uma pretensão (logo, se o acusador deixar de exercê-la, o processo perde a sua sustentação).

- 20 O cenário processual brasileiro tem tentado constantemente se adaptar aos preceitos do sistema acusatório desde a promulgação da Constituição, refletido em mudanças legislativas. Isso se deve ao caráter punitivista e inquisitório original do Código de Processo Penal. Esse movimento é constitucionalmente adequado até que ocorra uma reforma completa e não apenas pontual. Em razão disso, há relevância da matéria arguida pela ADPF 1122, porque é necessário que o Supremo promova a recepção do Código de Processo Penal à Constituição Federal.
- 21 Se o sistema processual penal é acusatório, e o Ministério Público pede a absolvição, o juiz não deve condenar ou reconhecer agravantes não mencionadas pela acusação, pois isso violaria o devido processo legal. O juiz, não sendo inquisidor, não deve contrariar o pedido da parte legítima (o Ministério Público).
- 22 Na estrutura acusatória, o juiz só deve decidir quando há casos e questões a serem julgados. Se o Ministério Público pede a absolvição, o juiz não tem o que decidir. O Ministério Público pode retirar a acusação e arquivar o processo, como ocorre em ações de iniciativa privada.
- 23 Se o juiz condena mesmo que o Ministério Público tenha solicitado a absolvição, ele age como inquisidor, violando o sistema acusatório e o devido processo legal. Veja-se que o dever de o Ministério Público promover a ação penal até o desfecho implica que a decisão judicial posterior deveria ser vinculada às alegações finais do Ministério Público. Isso reflete a autonomia e a imparcialidade das manifestações do Ministério Público, comparáveis à da magistratura.
- 24 Permitir que um juiz condene quando a acusação pede a absolvição significa aceitar que o juiz baseie sua decisão em convicções próprias, além dos limites estabelecidos pela parte, violando o sistema acusatório.

- 25 No sistema acusatório, em que o Ministério Público e o juiz devem ser imparciais, aceitar o art. 385 do CPP é admitir, veladamente, a possibilidade de parcialidade do Estado, o que é inaceitável.
- 26 O argumento de que o juiz está autorizado a condenar quando o próprio Ministério Público pede a absolvição em razão do seu “livre convencimento motivado” é um problema do ponto de vista constitucional. Isso porque o juiz, para ser imparcial, precisa necessariamente estar vinculado ao que foi produzido no processo, seja em termos probatórios, seja em termos de tese jurídica e de pedidos das partes. Nesse sentido, não há motivo constitucionalmente legítimo que sustente um “livre convencimento” judicial. Isso porque o convencimento judicial não é livre, pelo contrário, é vinculado ao que foi produzido nos autos. É, também, vinculado às garantias processuais e aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. O juiz não está livre para condenar alguém com base em suas próprias convicções, sobretudo em um contexto em que o próprio titular da ação penal opinou pela absolvição.
- 27 Livre convencimento, no âmbito das práticas jurídicas, implica também a relação pretensamente livre que se estabelece entre o juiz e a interpretação do “Direito”. Baseia-se numa concepção equivocada acerca do que seja a independência do Poder Judiciário – que, na raiz, possui relação com o descolamento da função jurisdicional das prerrogativas do Soberano – apresentando-a como liberdade de amarras interpretativas que permitiriam aos juízes construir o sentido do direito que se adaptasse melhor ao seu conjunto pessoal de afetos (o livre convencimento tem uma íntima relação com o elemento da vontade) bem como de seu monadológico julgamento “racional”.
- 28 No sistema acusatório, não pode haver espaço para parcialidade do juiz, sob pena de violação do devido processo legal, previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, o art. 385 do CPP não se alinha ao modelo acusatório, mesmo que o Ministério Público pleiteie a absolvição com base em uma análise parcial de mérito. A única justificativa, do ponto de vista acusatório, para ignorar ou sobrepor o titular da ação pelo magistrado não está no art. 385 do CPP. Em casos de parcialidade do Ministério Público, a correção deve seguir o art. 104 do CPP.

- 29 Portanto, entendo que há relevância da matéria suficiente para justificar o ingresso do IAB como *amicus curiae* nos autos da ADPF 1122.
- 30 Em relação a sua legitimidade, também entendo estar presente. O Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB é associação sem fins lucrativos, de caráter nacional, com personalidade jurídica de direito privado, que congrega advogados de todas as regiões do país. Dentro as suas finalidades, constam a) a defesa do Estado Democrático de Direito e seus princípios fundamentais; b) o estudo do Direito, a difusão dos conhecimentos jurídicos e o culto à justiça; c) a colaboração e atuação, por todos os meios admissíveis, na manutenção e no aperfeiçoamento da ordem jurídica legítima e democrática; d) a promoção da defesa dos interesses da nação, da igualdade racial, das garantias individuais e coletivas, dos direitos humanos e sociais, conforme art. 2º do seu Estatuto Social Consolidado.
- 31 Assim, há pertinência temática entre as finalidades da IAB e a controvérsia da ADPF 1122, tendo em vista que a norma impugnada viola o devido processo legal, previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, bem como o preceito fundamental da imparcialidade judicial, o que diz respeito ao próprio Estado Democrático de Direito e seus princípios fundamentais, das garantias individuais e dos direitos humanos.

– III –

### **Conclusão**

- 32 Diante do exposto, opino que o Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB requeira seu ingresso como *amicus curiae* no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1122, devendo sustentar pela procedência da ação.

É o parecer que submeto.

Porto Alegre, 22 de novembro de 2024.

*Prof. Dr. Lenio Luiz Streck*

OAB-RS 14.439



**LENIO LUIZ STRECK**  
Membro Consultor  
Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do CFOAB