

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Ata da 10ª Reunião de 2019

Aos **09 de dezembro de 2019**, às 17h, na sala 413, Bloco F, Lâmina I, presentes o Des. Luiz Noronha Dantas, Diretor-Geral do CEDES, e os demais magistrados integrantes do CEDES: Juíza Janaina Pereira Pomposelli, Juíza Roberta Barrouin Carvalho de Souza, Juíza Maria Tereza Donatti, Juiz Marcos Augusto Ramos Peixoto, e Juiz Andre Felipe Veras de Oliveira, reunidos para a 10ª Reunião do CEDES, a quarta do Grupo de Direito Criminal.

Ao início dos trabalhos, o Des. Luiz Noronha Dantas informou que o Des. Nildson Araújo da Cruz, Diretor da Área Criminal, não poderia comparecer à presente reunião, afastado por licença de saúde. O Des. Luiz Noronha propôs que, apesar da ausência, a reunião fosse realizada. Ressaltou que o CEDES, além de ter por vocação principal a proposição de verbetes da Súmula do TJRJ, também tem como importante atribuição a discussão de assuntos que aflijam a Magistratura, temas relacionados à área do direito penal e processual penal, que sejam novos ou que se mostram polêmicos. Lembrou que, em reunião anterior, fora discutido o tema relativo à constitucionalidade da Lei nº 13.827/2019, a qual, modificando a Lei nº 11.340/2006, permite à autoridade policial conceder medida protetiva de urgência no âmbito da Lei Maria da Penha, com acréscimo do art. 12-C a este diploma. Recordou que também já havia sido debatido, em outra reunião, o tema das audiências de custódia, a ser finalizado com a discussão deste tipo de audiência no âmbito da infância e juventude, em apresentação da Juíza Lúcia Mothé Glioche. Frisou que, neste momento, a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019), que entrará em vigor em 03 de janeiro do próximo ano, seria o tema que provavelmente provocaria mais apreensão sobre o trabalho dos Magistrados, especialmente os da área criminal. O Desembargador discorreu novamente sobre as atribuições regimentais do CEDES, relacionadas, principalmente, à proposição de verbetes da Súmula e citou a proposta apresentada pelo Grupo Cível, a qual gerou posicionamentos contrários à sua aprovação no Órgão Especial, após ter sido dada, por meio eletrônico, a oportunidade para que os Desembargadores desta Corte pudessem se manifestar sobre ela. Propôs o referido Desembargador que a nova Lei de Abuso de Autoridade começasse a ser discutida na presente reunião, com objetivo de permitir que as conclusões surgidas aqui pudessem ajudar os demais Magistrados a esclarecer suas dúvidas. A Juíza Roberta Barrouin propôs que fossem discutidos os artigos mais polêmicos da referida Lei, enquanto a Juíza Janaina Pomposelli sugeriu que apenas aqueles que pudessem causar maior impacto na atividade jurisdicional fossem abordados. O Des. Luiz Noronha argumentou no sentido de que fossem escolhidos os temas da referida Lei que causassem maior preocupação aos Magistrados, e que, em cada reunião do grupo criminal, fossem debatidos pelo menos dois deles. Lembraram os Magistrados presentes que, no próximo ano, novos temas polêmicos devem causar impacto na atividade jurisdicional, como, por exemplo, os existentes no denominado Pacote Anticrime, de autoria do Ministro Sérgio Moro (Lei nº 13.964/2019), que entrará em vigor em 24/01/2020. Ressaltou a Juíza Maria Tereza Donatti que alguns advogados já questionam algumas decisões dos Juízes se referindo às mudanças que a referida lei provocará em 2020, como nos casos em que o Magistrado determina que se proceda à penhora *on line* nas contas do executado, ao que a Juíza Janaina Pomposelli citou um caso ocorrido numa audiência no seu Juízo em que o advogado requereu o acesso a todas as mídias, com oitivas de testemunha durante a mencionada audiência, solicitação que a Juíza indeferiu por entender não haver tempo hábil, sugerindo que as mídias fossem ouvidas com antecedência. O Juiz Marcos Peixoto sugeriu que, como forma de delimitar o estudo dos artigos da Lei de Abuso de Autoridade, poder-se-ia verificar quais artigos foram impugnados após entidades terem ingressado com pedido de Ação

Direta de Inconstitucionalidade – ADI no Supremo Tribunal Federal. Também se manifestou no sentido de que o CEDES pudesse encaminhar à Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB alguma contribuição para formulação de outras ADIs. Os Juízes concluíram que os dois artigos mais polêmicos da nova Lei são o 9º e o 30. O Des. Luiz Noronha disse não entender que este último, vazado nos seguintes termos: “*Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa*”, pudesse gerar preocupação, citando algumas situações em que agentes públicos podem ser punidos, como no caso de ocorrerem denúncias manifestamente ineptas, ou em casos em que não se apresente justa causa fundamentada para determinado crime. Citou, para o segundo caso, situações que aconteciam com certa frequência em crimes compartilhados, em que se atribui a culpa a todos os denunciados, como, por exemplo, no caso de haver substância entorpecente dentro de um veículo, e todos os ocupantes, mesmo aqueles que possivelmente não tinham conhecimento das drogas, serem denunciados. Indagou o Juiz Marcos Peixoto ao Des. Luiz Noronha se os efeitos do art. 30 se aplicariam aos Juízes, ao que o mencionado Desembargador respondeu positivamente, afirmando que a expressão “dar início à persecução penal” se refere à atividade dos magistrados. Frisou o Des. Luiz Noronha a necessidade de os integrantes do CEDES aprofundarem os estudos sobre os pontos mais complexos da mencionada Lei, com o objetivo de auxiliarem os demais magistrados da Corte, além de propiciar o diálogo com eles. O Juiz Marcos Peixoto apresentou texto em que a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB pediu a declaração de inconstitucionalidade de alguns artigos da mencionada lei, totalizando 11 artigos: art. 9º, § único, I, II, III; art. 10; art. 19; art. 20; art. 27, § único; art. 30; art. 32; art. 33; art. 36; art. 37; art. 43. A Juíza Roberta Barrouin indagou se os artigos citados seriam divididos entre os presentes para estudo e futura discussão, ao que o Juiz Marcos Augusto propôs que, em vez de 11 artigos, fossem partilhados também os parágrafos únicos e respectivos números, o que totalizaria 16 itens. A Juíza Janaína Pomposelli sugeriu que os 11 artigos fossem sorteados entre os presentes, ficando dois deles para quatro magistrados e três para um. Ao final das discussões sobre o assunto, a *Juíza Roberta Barrouin* se dispôs a estudar os três últimos (**arts. 36, 37 e 43**), e a partir daí os demais participantes decidiram dividir da seguinte forma: *Juiz Andre Felipe Veras* (**arts. 30, 32 e 33**), *Juíza Janaina Pomposelli* (arts. 20, 27 e seu par. único), *Juíza Maria Tereza Donatti* (arts. 9º, III, 10 e 19), e *Juiz Marcos Peixoto* (art. 9º, par. único, I e II). Discutiram os presentes se o art. 36 estaria relacionado apenas à área cível, ao que o Des. Luiz Noronha disse entender que sim, porém, por precaução, resolveram mantê-lo entre os artigos a serem estudados. A seguir, o Juiz Marcos Peixoto procedeu à apresentação do artigo de sua autoria intitulado “**Quando o MP pede absolvição e o Juiz condena**”, publicado na Revista de Estudos e Debates do CEDES (Vol. 4, nº 2, janeiro - junho 2019), lendo-o na íntegra, conforme integralmente transcrito abaixo:

“QUANDO O MP PEDE ABSOLVIÇÃO E O JUIZ CONDENA

Marcos Augusto Ramos Peixoto

Convidado a compor o Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no biênio 2019/2020 pelos eminentes Desembargadores Luiz Noronha Dantas na qualidade de Diretor Geral e Nildson Araújo da Cruz na qualidade de Diretor da Área Criminal, com muita honra aceitei o convite, sendo em seguida incumbido de tratar – o que tento fazer neste artigo – de questão profundamente controvertida na seara processual penal que gira em torno da

possibilidade (ou não) de advir condenação pelo Poder Judiciário não obstante pedido absolutório deduzido pelo titular da ação penal de iniciativa pública.

A melhor doutrina processual penal pátria vem, mais recentemente, se pacificando no sentido de inadmitir a possibilidade de condenação na hipótese de pedido absolutório formulado pelo Ministério Público, entendendo desta forma não recepcionado o artigo 385 do Código de Processo Penal¹ frente ao sistema acusatório acolhido pelo ordenamento constitucional em vigor desde 1988.

Neste sentido, cito inicialmente Geraldo Prado² (as notas no texto estão no original, ora transcrito):

Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição.³ O fundamento da nulidade é a violação do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República).

Como destaca Badaró, “a regra da correlação entre acusação e sentença é uma decorrência do princípio do contraditório”.⁴ Avançando sobre o tema, o culto professor paulista sublinha que, na atualidade, não é correto limitar a idéia – e o alcance – do contraditório apenas ao debate sobre questões de fato.⁵ Também as questões de direito estão afetadas ao contraditório, pois que podem estar marcadas pela controvérsia a ser esclarecida mediante escolha entre duas ou mais teses pertinentes ao mesmo tema.⁶

Assim, quando em alegações finais o Ministério Público opina pela absolvição do acusado o que ocorre em concreto, no processo, é que o acusador subtrai do debate contraditório a matéria referente à análise das provas que foram produzidas na etapa anterior e que possam ser consideradas desfavoráveis ao réu. Como a defesa poderá reagir a argumentos que não lhe foram apresentados? Esta é, em resumo, a posição de Santiago Martínez, ao avaliar a posição dos tribunais argentinos sobre o assunto.⁷

Para Geraldo Prado, portanto, o pedido absolutório subtrai à defesa a possibilidade de contra argumentar os fundamentos de um pedido condenatório, logo, de uma condenação. Em outras palavras: se o Ministério Público pede a absolvição, uma condenação surpreenderia a defesa, que não teria o ensejo de rebater teses condenatórias que simplesmente **inexistiram**. Assim, condenar sem pedido condenatório violaria não só o contraditório como também a ampla defesa.

¹ 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.

² PRADO, Geraldo L.M.. *Sistema Acusatório*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 190.

³ Não é este o entendimento do Supremo Tribunal Federal. No acórdão proferido em HC 82.844/RJ, 2ª Turma, Relator Min. Nelson Jobim, publicado em 28/05/04, fixou-se que é significativo o fato de o Ministério Público ter *sugerido* a absolvição do réu, *sugestão* acatada pelo juiz de primeiro grau, para determinar a absolvição. No caso o Assistente do Ministério Público recorreu da sentença absolutória e obteve a condenação em segundo grau. Esta condenação foi atacada por Habeas Corpus.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*, São Paulo, RT, 2000, p. 27.

⁵ *Idem*, p. 32.

⁶ Exemplo disso é a questão sobre a insignificância de determinada ação não negada pelo réu. O único debate no processo pode ser acerca da qualificação de comportamento insignificante – e atípico – ou não. Negar o contraditório sobre este ponto é esvaziar o princípio constitucional e retornar ao tempo do paleopositivismo, abandonado pela ideologia de princípios da Constituição da República de 1988, no Brasil.

⁷ MARTÍNEZ, Santiago. *La acusación como presupuesto procesal y alegato absolutório del Ministerio Público Fiscal: observaciones sobre una cuestión recurrente*, Buenos Aires, Fabian J. Di Placido, 2003.

Alcançando a mesma conclusão, porém seguindo caminho diverso, Aury Lopes Jr. sustenta:

E por que, então, o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?

Exatamente porque o poder punitivo estatal — nas mãos do juiz — está condicionado à invocação feita pelo Ministério Público através do 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. Condenar sem pedido é violar, inequivocamente, a regra do fundante do sistema acusatório que é o *ne procedat iudex ex officio*. Também é rasgar o Princípio da Correlação, na medida em que o espaço decisório vem demarcado pelo espaço acusatório e, por decorrência, do espaço ocupado pelo contraditório, na medida em que a decisão deve ser construída em contraditório (Fazzalari).⁸

Ao argumento erigido por Prado, acima referido, poderia ser contraposta a seguinte linha argumentativa – e comumente o é por diversos órgão julgadores: por um lado, o pedido de condenação está na denúncia (não nas alegações finais) não podendo o Ministério Público dela desistir face ao princípio da obrigatoriedade e, por outro lado, salvo decisão do Supremo Tribunal Federal em contrário (ou do legislador, eventualmente revogando o dispositivo), presume-se constitucional e em vigor o que dita o artigo 385 do Código de Processo Penal ao estatuir que “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição”. Logo, sendo isto de sabença do acusado ou, no mínimo, por sua defesa técnica, deverão ambos (o primeiro em sua autodefesa a segunda em suas peças processuais) erigir todas as teses defensivas que entendam cabíveis mesmo diante do pedido absolutório do órgão acusatório, inclusive em consonância ao princípio da eventualidade, não podendo, por tais razões, a defesa arguir prejuízo na hipótese de condenação mesmo em face de pedido de absolvição da acusação.

Neste sentido o relativamente recente posicionamento adotado, v.g., no seguinte aresto da e. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, inclusive citando diversos precedentes daquela Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JUIZ. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. 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.

⁸ LOPES JR., Aury, *Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?*, artigo no site Consultor Jurídico, <http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>, consultado em 05 de dezembro de 2014.

2. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes desta Corte.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1612551/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

Vale ressaltar que tal julgado, unânime, curiosamente foi proferido contra manifestação do Ministério Público Federal em segunda instância, assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA QUE CONDENOU O ACUSADO. NULIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 385 DO CPP PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Como corolário do sistema processual penal acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, o juiz não pode atuar de ofício, sendo vedada a condenação sem acusação penal.

2. O art. 385 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de condenação ainda que o Ministério Público tenha deliberado pela absolvição, não foi recepcionado pela Constituição de 1988. O enunciado só faz sentido em um sistema inquisitório, ou tendencialmente inquisitório, e não em um sistema acusatório, que deve primar pela imparcialidade dos julgamentos, como garantia fundamental dos acusados, essencial à realização do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição).

3. O princípio da obrigatoriedade da ação penal é nada mais que um aspecto do princípio da legalidade, segundo o qual a atuação do Ministério Público é pautada pela estrita vinculação à lei.

4. O processo de competência do Tribunal do Júri também é regido pelo princípio acusatório, de forma que somente os fatos alegados pelas partes em plenário merecem ser apreciados e julgados pelo Conselho de Sentença, sob pena de ofensa ao princípio acusatório e conseqüente nulidade do julgamento.

5. Pelo desprovimento do recurso especial.

O melhor argumento, contudo, parece residir na construção elaborada por Lopes Jr., ao nosso sentir insuperável: se o Estado Administração acusa (leia-se: propõe uma denúncia) dizendo "aqui, a princípio, há crime" e, ao final, encerrada toda a instrução e colhidas todas as provas sobre o crivo das garantias constitucionais pertinentes, diz "não, aqui não há crime" (ou qualquer outra das hipóteses contidas nos incisos do artigo 386 do Código de Processo Penal), isto importa em que **não teria sido proposta a ação desde o início** se houvesse clareza quanto ao fato já à época da propositura da inicial, i.e., que o Ministério Público pediria o **arquivamento** das peças de informação ou do Inquérito Policial diante das provas que só passaram a existir depois.

Desta feita, seria teratológico o Estado Juiz proferir sentença de condenação quando o Estado Administração **sequer acusaria!** Por outras palavras, se o processo visa esclarecer os fatos e, esclarecidos, a acusação se convence que

sequer acusaria, não pode haver condenação se o processo, desde o início, sequer deveria ter sido deflagrado. Do contrário, restaria violado o princípio acusatório.

O mesmo se aplica aos casos em que não necessariamente restou comprovada a **inexistência** do fato ou da autoria imputada, mas também naqueles em que pairou dúvida razoável a ensejar o pedido absolutório, pois nessas situações o que afirma a acusação em sua alegação final é o seguinte: encerrada a instrução em Juízo não conseguimos suplantar a presunção constitucional de inocência, logo, continuamos aqui e agora no mesmo estágio inicial, pré-processual, inquisitorial, o que não é suficiente por si só para condenar.

Lembremos que o Código de Processo Penal deve ser analisado sob o foco constitucional e convencional, i.e., deve necessariamente passar pelo filtro de constitucionalidade e de convencionalidade para que sejam suas normas aplicadas. Pelo acima exposto, as regras que possibilitam a condenação apesar do pedido absolutório do Ministério Público não passam por tais filtros considerando as garantias fundamentais inerentes ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e ao princípio constitucional acusatório, logo, **não foram recepcionadas pela ordem constitucional vigente ou são com ela incompatíveis**.

Tal entendimento é adotado pelo ora subscritor desde longa data, sendo que há algum tempo atrás passou por situação deveras interessante – para não usar adjetivo mais forte – a merecer aqui rápida menção.

Em determinado processo, finda a instrução, um certo promotor de justiça requereu a absolvição de um denunciado e, em sentença utilizando a extensa fundamentação acima, o réu foi absolvido. Neste meio tempo, entre as alegações finais absolutórias do Ministério Público e a prolação daquela sentença, nos idos de 2016 houve alteração na promotoria de justiça em exercício perante a 37ª Vara Criminal da Capital do Estado do Rio de Janeiro, na qual exerço a função de juiz titular desde 2013 e, de forma surpreendente, a nova promotora pública recorreu daquela sentença não em razão de discordar do entendimento de seu antecessor, i.e., não para pleitear a condenação do acusado, mas sim para obter tão somente a declaração de nulidade da sentença absolutória por alegada ausência de fundamentação, a fim de que outra, também de absolvição (já que não impugnou o mérito da sentença em observância ao princípio da eventualidade), fosse proferida.

Ressalte-se que isto lamentavelmente se tornou praxe diuturna: em inúmeros processos subsequentes, pleiteada pela acusação a absolvição e absolvido o réu sob aqueles argumentos, passou o Ministério Público a reiteradamente recorrer pleiteando a nulidade da sentença para que outra também absolutória fosse proferida, recursos estes sempre inadmitidos por evidente falta de interesse recursal (falta utilidade a um recurso da acusação contra absolvição para alcançar outra absolvição), do que então recorria o Ministério Público através de recursos em sentido estrito, alguns providos e outros improvidos pela superior instância – saliento que para não prejudicar aos acusados em razão de desinteligências infrutíferas e meramente cerebrinas, verdadeira aventura processual *in malam partem* do órgão acusatório estatal, o Juízo passou a adotar aquela fundamentação e, para argumentar, passou também a adentrar na questão de mérito para, analisando os fatos, também fundamentar a absolvição sob tal ótica, cessando com isto aqueles recursos ministeriais.

Pois bem: em meio a tal (para dizer o mínimo) infrutífera celeuma, advieram dois julgados da mais alta pertinência e relevância. O primeiro, da 3ª

Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reconheceu a mais que evidente inexistência de interesse recursal, restando assim ementado:

0057648-08.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO

Des(a). ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO

Julgamento: 10/10/2017

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO DE PENSÃO E RENDIMENTOS DE IDOSO. ART. 102, DA LEI Nº 10.741/03, DIVERSAS VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. Razões recursais do Ministério Público apontando *error in procedendo* por falta de indicação, na sentença, dos motivos de fato e de direito em que se fundou a decisão. Recurso ministerial embasado tão somente no aspecto formal da sentença, sem pleitear a reforma do decism, seja para absolver, condenar ou requerer a extinção da punibilidade, não tendo esclarecido, nas razões, se está conformado com a absolvição ou se sua irresignação reside, unicamente, no fundamento da absolvição. Incompletas as razões do Ministério Público, sem elas torna-se impossível aferir o seu interesse recursal, já que não está evidenciada a utilidade que pretende com o seu inconformismo, assim entendida como o proveito que a decisão seja capaz de propiciar ao recorrente. Recurso ministerial que não se conhece. Unânime.

Já o segundo aresto, oriundo da 5ª Câmara Criminal desse Tribunal de Justiça, trouxe a seguinte ementa:

0298564-42.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO

Des(a). DENISE VACCARI MACHADO PAES

Julgamento: 16/02/2017

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. ABUSO DE CONFIANÇA. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - Sem razão ao Ministério Público ao requerer a nulidade da sentença sob o argumento de que: "(...) o MM. Juiz *a quo*, ao absolver o réu, o fez em evidente *error in procedendo*, pois deixou de indicar os "motivos de fato e de direito" em que se fundou a decisão, em evidente contrariedade ao inciso III do art. 381 do Código de Processo Penal e, em última análise, ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República (...)", pois, ao proferir o *decisum absolutório*, justificou o Magistrado sentenciante os motivos de fato e de direito em que fundamentou sua decisão, qual seja, a não recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal pelo Ordenamento Constitucional em vigor.

Daí e, ao contrário do que afirma o *Parquet*, a absolvição do apelante contém a indicação pelo Julgador dos motivos de fato e de direito em que baseou a sua decisão, tudo com amparo no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e do artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal.

A seu turno, em que pese se tratar de questão controvertida, partilho da corrente doutrinária e jurisprudencial que defende que não está o Magistrado vinculado ao posicionamento ministerial que requereu absolvição do acusado em sua derradeira manifestação, tendo liberdade de decidir, por força do princípio do livre convencimento motivado, sendo este, inclusive o entendimento sufragado pela Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Ademais, o Supremo Tribunal Federal

reconheceu a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, tudo a justificar a declaração de nulidade da sentença vergastada. Precedentes.

DA FRAGILIDADE PROBATÓRIA - A prova coligida aos autos é frágil e, pois, inapta a sustentar um decreto condenatório, diante das divergências apresentadas nos depoimentos das testemunhas. E havendo duas versões apresentadas em Juízo e sem que a prova coligida aos autos possa, com certeza, abraçar uma, ou outra, a melhor solução que se impõe é a absolvição do acusado, ressaltando-se, aqui, que, no processo penal, cabia ao Ministério Público a prova de que o acusado, efetivamente, praticou o delito de furto narrado na denúncia, ônus do qual, no caso destes autos, não se desincumbiu, impondo-se a aplicação dos princípios do in dubio pro reo e da presunção da inocência. Precedentes.

DESPROVIMENTO DO RECURSO

Deste último julgado se constata que apesar de não ter acolhido a (evidentemente incorreta) alegação preliminar de nulidade da sentença, não sufragou o entendimento por esta adotado ao expressamente sustentar, o acórdão, a recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal.

Contudo, em outro aresto então proferido na Apelação Criminal 0059447-14.2014.8.19.0004, relator o Des. Paulo Baldez, essa mesma 5ª Câmara Criminal sustentou, de forma unânime, na fundamentação do acórdão, o seguinte⁹:

Quanto à possibilidade de prolação de um decreto condenatório quando a Acusação pugna pela absolvição, convém ressaltar o entendimento firmado por este Relator, no sentido de que a manifestação pela absolvição exarada pelo Ministério Público, titular do exercício da ação penal, por força do art. 129, I, da Constituição Republicana, esvazia o objeto da ação penal, não restando ao Magistrado outra alternativa senão a absolvição, sob pena de violação ao princípio acusatório e ao devido processo legal, ambos com sede constitucional e dos mais caros ao Estado Democrático de Direito vigente.

Neste mesmo sentido tem caminhado a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, valendo citar (eis que se trata de entendimento quase pacificado perante aquele órgão jurisdicional) o seguinte julgado, a título meramente exemplificativo¹⁰:

0354390-14.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO

Des(a). LUIZ NORONHA DANTAS

Julgamento: 18/04/2017

SEXTA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL - PENAL E PROCESSUAL PENAL - ROUBO
TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA,
CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO A LIBERDADE DA VÍTIMA E

⁹ No mesmo sentido os acórdãos na Apelação Criminal 0080326-61.2008.8.19.0001 e no Recurso em Sentido Estrito 0053684-71.2010.8.19.0004 – agradecendo expressamente ao Des. Paulo Baldez pela gentileza na remessa dos arestos aqui apontados.

¹⁰ No mesmo sentido os arestos proferidos nos recursos 0245783-09.2012.8.19.0001, 0354390-14.2015.8.19.0001, 0483525-84.2012.8.19.0001, 0307655-83.2016.8.19.0001, 0289876-23.2013.8.19.0001, 0131197-51.2015.8.19.0001, 0049476-58.2007.8.19.0001 ou 0259781-39.2015.8.19.001 – agradeço expressamente ao Des. Luiz Noronha Dantas pela gentileza na remessa dos arestos aqui apontados.

RECEPTAÇÃO - EPISÓDIO OCORRIDO NO BAIRRO DE SANTA CRUZ, COMARCA DA CAPITAL - IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA, DIANTE DO DESENLACE CONDENATÓRIO FRENTE AO ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES E À RECEPTAÇÃO, PLEITEANDO SUA ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE RECEPTAÇÃO, SOB ALENTADA FRAGILIDADE PROBATÓRIA, BEM COMO QUE SEJA AFASTADA A EXACERBADORA DO EMPREGO DE ARMA, UMA VEZ QUE AS TESTEMUNHAS TERIAM CONFIRMADO EM JUÍZO, QUE O RECORRENTE NÃO ESTARIA ARMADO, SEM PREJUÍZO DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE ROUBO NO SEU MÍNIMO VALOR LEGAL, DIANTE DO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO - PARCIAL PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO RECURSAL - INSUSTENTÁVEL SE MOSTROU O JUÍZO DE CENSURA QUANTO AO DELITO PATRIMONIAL ACESSÓRIO, QUER PELA INCOMPROVAÇÃO DE QUE O IMPLICADO EFETIVAMENTE CONHECIA A PRÉVIA NATUREZA ILÍCITA DO VEÍCULO QUE DIRIGIA, APRESENTANDO-SE COMO PLAUSÍVEL A SUA VERSÃO A RESPEITO, QUER POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS AFETOS AO SISTEMA ACUSATÓRIO: DA INÉRCIA JUDICIAL, DA IMPARCIALIDADE, DO CONTRADITÓRIO, DA SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA, DA EXCLUSIVIDADE DO PARQUET NA PROMOÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA, NA MEDIDA EM QUE DESCABE AO MAGISTRADO CONDENAR QUANDO O *DOMINUS LITIS* REQUEREU A ABSOLVIÇÃO CORRESPONDENTE - DESTARTE, IMPÕE-SE O DESFECHO ABSOLUTÓRIO QUANTO A ESTA PARCELA DA IMPUTAÇÃO COM FULCRO NO DISPOSTO DO ART. 386, INC. Nº VII DO C.P.P.

Omissis

PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

Esta última ementa, da lavra do Des. Luiz Noronha Dantas, bem resume todos os princípios relacionados ao sistema acusatório afetados quando se prolata sentença contra pedido absolutório do órgão ministerial.

Enfim, a questão, como se percebe, ainda é tormentosa em nossos Tribunais (inclusive no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, por vezes, dentro de uma mesma Câmara), caminhando a jurisprudência majoritária ainda hoje, lamentavelmente, no sentido inverso ao da melhor doutrina acima citada, aqui acolhida e que respalda o inafastável reconhecimento da não recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal sob pena de frontal violação ao princípio acusatório e a outros a ele estreitamente relacionados, pelo que se espera que também a jurisprudência evolua em prol da concretização de um processo penal efetivamente democrático e avesso a resquícios de inquisitorialidade, em tudo afrontosos à Constituição Federal de 1988.”

Após a leitura do artigo, o Juiz Marcos Peixoto aduziu que, caso o Ministério Público, esclarecido a respeito, peça a absolvição do(s) acusado(s), isto leva a crer que, se os fatos que geraram a acusação fossem esclarecidos desde o início, sequer haveria imputação e a denúncia não existiria. A Juíza Roberta Barrouin obtemperou, lembrando que, em decisão anterior, o referido magistrado condenou réu em situação semelhante, na qual o Ministério Público havia

pedido a absolvição; indagou se, diante de uma situação em que todas as provas incriminem o réu, mas, apesar disso, o Ministério Público pedisse sua absolvição, ainda a decretaria; ao que o Juiz Marcos Peixoto respondeu positivamente, diante da mudança de seu entendimento sobre a questão ora apresentada. A Juíza Janaína Pomposelli disse discordar do posicionamento do referido Juiz diante do tema, pois afirmou que os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais do Ministério Público possuem nuances específicas, lembrando caso ocorrido em seu Juízo no qual réu foi acusado por tentativa de homicídio. Não tendo a vítima realizado exame de corpo de delito, por ter ficado internada no hospital, seu prontuário médico desapareceu (fato que a Juíza relatou ser comum em Cabo Frio), porém havia nos autos os depoimentos da vítima, o de um policial e o de uma testemunha; apesar das provas existentes indicarem a condenação, o Ministério Público requereu sua absolvição; a Juíza Janaina, nesse caso, não acatou o pedido do MP e condenou o acusado, dado que os elementos presentes nos autos a autorizavam a isso. A Juíza Roberta Barrouin indagou ao Juiz Marcos Peixoto se, ainda nesse caso, ele acataria o pedido do MP pela absolvição, ao que o magistrado respondeu, mais uma vez, positivamente. Lembrou o referido Juiz caso em que, quando tinha entendimento contrário acerca da matéria discutida, condenar réu, apesar de o Ministério Público pedir a sua absolvição. Tratava-se de mulher idosa internada em determinado nosocômio, com várias complicações de saúde, dada como morta após o médico o atestar; levada ao necrotério, passara a noite no freezer. No dia seguinte, fora constatado que a idosa não teria ido a óbito, sendo tentado o processo de ressuscitação. Após dez ou doze horas de vida, veio de fato a vítima a falecer. O Ministério Público, nas alegações finais, afirmou que a idosa “morreria de qualquer maneira”, porém, o Juiz Marcos Augusto manifestou-se no sentido de que houve erro médico e, conseqüentemente, condenou o réu. Mais uma vez ressaltou o mencionado Juiz que, hoje, acataria o pedido absolutório do MP. A Juíza Roberta Barrouin assegurou que, apesar de serem casos raros, seria recomendável encaminhá-los à Procuradoria de Justiça do Estado, ou até mesmo solicitar uma correição contra o Promotor em exercício. O Juiz André Felipe Veras arguiu que já havia sustentado posição contrária ao entendimento exposto pelo Juiz Marcos Peixoto em artigo de sua autoria, escrito meses antes, lembrando que, apesar de respeitar tal entendimento, discordava, pois entende que as provas apresentadas devem ser interpretadas não só pelo MP, como também pelo Juiz. O Juiz André Veras ressaltou que, apesar de o conceito de Justiça ser muito subjetivo, dado seu caráter filosófico, há situações em que a injustiça é clara, esclarecendo que quem vivencia situações de injustiça sabe defini-la e aduziu que em experiências científicas controladas, alguns animais demonstram ter um senso de justiça ainda que preso ao instinto. O referido Juiz anuiu também que o Ministério Público é passível de erro ao solicitar absolvição em determinado caso, da mesma forma como o Juiz também pode se equivocar na valoração de uma prova e na condenação de um acusado. Destacou a Juíza Roberta Barrouin que há formalismo excessivo, com o direito processual se sobrepondo ao material. A Juíza Maria Tereza Donatti questionou se, nesses casos, não estaria o Juiz exercendo a função do MP. A Juíza Janaina Pomposelli sustentou que esse entendimento é minoritário e poderia trazer prejuízos no julgamento de casos graves. O Des. Luiz Noronha afirmou que é um erro pensar que as provas devem ser levantadas somente para a análise do Juiz, pois elas devem ser interpretadas por todos os membros que integram a lide. Explicou o referido Desembargador que nos julgamentos da área cível, que não são diferentes daqueles da área criminal, há uma espécie de camisa de força chamada princípio do dispositivo, através do qual o Juiz só pode julgar o que consta do pedido. Na seara criminal ocorre, em termos, a mesma coisa, a única exceção existiria no caso de reforma de mérito, que consta no art. 383 do CPP (*Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave*). Entende o desembargador que o juiz não pode julgar além do pedido que foi formulado pelo MP. Destacou também o perigo de se relativizar um princípio ou de se personalizar julgamentos, pois,

mesmo que o magistrado haja com as melhores das intenções, indignando-se com situação em que pensa estar lidando com caso de injustiça, pode acabar cometendo erro grave. O Juiz Marcos Augusto acrescentou que o magistrado, por não acatar o pedido absolutório do MP, pode violar o princípio da presunção de inocência. O Des. Luiz Noronha explicou que todas as peças da engrenagem do sistema devem funcionar de forma harmônica e se o MP não levou a bom termo o seu trabalho não cabe ao Juiz rever os atos privativos daquela instituição, sob pena de avançar em área que não lhe compete. O Juiz André Felipe Veras ressaltou que, no direito penal, há dois campos ideológicos: o *garantista* e o *punitivista*, sendo que alguns indivíduos defendem uma espécie de meio termo entre os dois e mencionou que não é a favor de nenhum tipo de radicalismo. Nessa linha, alegou que o garantismo radical leva a deslegitimação do direito perante a sociedade, além de fazer com que o Judiciário perca a sua credibilidade, contribuindo com a sensação de impunidade. O referido juiz criticou a doutrina pós-positivista, afirmando que, segundo tal filosofia, tudo pode ser explicado através de princípios, sem a concretude de uma norma; assim, como todo princípio prega uma verdade relativa, toda explicação baseada nesta teoria passa também a ser relativa, o que permite, de acordo com os argumentos apresentados, que uma ideia possa ter diferentes interpretações. Arguiu que o artigo do Juiz Marcos Peixoto, apesar de citar diferentes autores, apresenta também uma opção ideológica em certo sentido baseada no garantismo. A Juíza Janaina Pomposelli sustentou que a jurisprudência majoritária se mostra favorável à recepção do art. 385, do CPP. Apesar de se mostrar a favor do posicionamento defendido pelo Juiz Marcos Peixoto em seu artigo, o Des. Luiz Noronha informou que não se pode declarar a inconstitucionalidade do artigo 385 do CPP. Citou o referido desembargador casos que chegam com certa frequência à 6ª Câmara Criminal, em que o MP, na denúncia, solicita que o réu seja punido de acordo com o art. 35 do CP, indivíduo preso em flagrante por porte de rádio transmissor. Explicou o desembargador que, se não houver prova de que o rádio estava ligado na frequência de associação criminosa, ele decreta a absolvição do acusado, pois, nesse caso, a denúncia não deveria nem mesmo ter sido aceita. O Juiz Andre Felipe Veras indagou se o fato de o acusado portar rádio transmissor não consistiria de prova de associação para o tráfico, na região onde vive, ao que o Desembargador respondeu que não poderia assim considerar, mesmo que haja suspeitas anteriores da associação do acusado ao crime local. O Desembargador Luiz Noronha expôs que, na Alemanha Nazista, indivíduos foram acusados com base em provas superficiais, bastando que o Estado repressor afirmasse: “eu digo que é isto”, o que bastava para incriminar alguém. Perguntou o Juiz André Veras se o Diretor-Geral considerava o depoimento policial prova suficiente para incriminar um acusado, ao que este respondeu positivamente, desde que o depoimento dos policiais não fosse divergente. O referido Desembargador também alertou para o perigo de se incriminar um acusado apenas por estar envolvido em fato grave, mas sem provas suficientes e citou dois processos em que foi relator, decidindo de forma diferente em cada um deles, devido às circunstâncias presentes em cada caso. O primeiro, processo no qual foi decretada a prisão preventiva de 97 policiais militares do Batalhão de São Gonçalo, supostamente envolvidos com o tráfico de drogas da região, pela Juíza Titular da Auditoria Militar, Juíza Ana Paula Monte Figueiredo Pena Barros, integrante do CEDES, e elogiou os motivos expostos na decisão da referida Juíza. Aduziu que, após receber pedido de HC em sua Câmara, determinou que a cautelar fosse mantida, bem como lembrou que, após recursos encaminhados ao STJ e ao STF, a prisão não foi relaxada. O segundo processo tratava da prisão de 96 acusados presos numa festa por estarem supostamente envolvidos com criminosos numa região controlada por milícias. Nesse caso, o Diretor-Geral do CEDES, diante da fragilidade da fundamentação, decidiu pela soltura dos indiciados, após a análise do caso de cada indivíduo em particular. Afirmou o mencionado desembargador que prefere contrariar o mínimo possível um princípio ou regra, pois quanto mais são contrariados, mais deixam de ser um e outro, além de não ser possível justificar em qual situação seria recomendável contrariá-los. Por último, a Juíza

Janaína Pomposelli levantou questão sobre se poderia considerar um acusado de associação para o tráfico de drogas caso estivesse carregando grande quantidade delas. Exemplificou caso em seu Juízo, no qual o acusado confessou carregar grande quantidade de drogas para distribuição, porém, aludindo que não tinha ligação com os traficantes de drogas da região, distribuindo-as por conta própria. A Juíza questionou se seria possível um acusado que portasse grande quantidade de drogas não estar associado a traficantes. O Desembargador Luiz Noronha respondeu que se tratava de questão polêmica, com divergência, inclusive em sua Câmara, na qual dois integrantes consideravam a quantidade razão suficiente para configurar a associação, enquanto outros três, inclusive ele, achavam que somente porte de grande quantidade não bastava.

Deliberaram os presentes, ao encerramento, em marcar a próxima reunião do Grupo de Direito Criminal para o dia **10 de fevereiro de 2019, às 17h**, quando serão discutidos pelos presentes os artigos escolhidos para debate da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019). O Des. Luiz Noronha Dantas, ao final da sessão, agradeceu a presença de todos, não sem antes assinalar, mais uma vez, o espírito público demonstrado pelos magistrados do CEDES, e deram por encerrada a sessão. Nada mais havendo a relatar, pelo secretário foi, por transcrição integral, elaborada esta ata, a qual, depois de lida e aprovada, será distribuída entre desembargadores, juízes e, posteriormente, publicada no *link* Atas do CEDES, no Portal Corporativo do TJRJ.