

A curiosa proposta de transferência da jurisdição para o Ministério Público: reflexões críticas sobre a interpretação alternativa do artigo 385 do CPP

The curious proposal to transfer jurisdiction to the Public Prosecutor's Office: critical reflections on the alternative interpretation of article 385 of the Code of Criminal Procedure

Ronan Rocha 

Resumo: O art. 385 do CPP autoriza o juiz a proferir sentença condenatória em ações penais públicas incondicionadas ou condicionadas à representação, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. Esse comando legal tem sido cada vez mais criticado por alguns doutrinadores, que sustentam uma interpretação alternativa segundo a qual o juiz não poderia proferir sentença condenatória após o parecer do Ministério Público pela absolvição. O presente artigo analisa os principais argumentos apresentados pelos defensores da tese em questão. Em seguida, são apresentados argumentos desconsiderados no debate, situados nos planos constitucional e legal. Ao fim, conclui-se pela falta de amparo jurídico da tese analisada.

Palavras-chave: processo penal; parecer pela absolvição; princípio acusatório; Estado de Direito; independência do Poder Judiciário; livre valoração da prova.

Abstract: The article 385 of the Criminal Procedure Code authorizes the judge to hand down a conviction in unconditional or conditional criminal actions, even if the Public Prosecutor's Office has given its opinion in favor of acquittal. This legal command has been increasingly criticized by some scholars, who support an alternative interpretation according to which the judge could not hand down a conviction after the Public Prosecutor's Office has given its opinion in favor of acquittal. This article analyzes the main arguments put forward by the defenders of the thesis in question. It then presents arguments that have been disregarded in the debate, both constitutionally and legally. Finally, it concludes that the thesis analyzed lacks legal support.

Keywords: criminal procedure; opinion for acquittal; accusatory principle; Rule of Law; legality; independence of the Judiciary; free assessment of evidence.

Sumário: Introdução; 1 A tese criticada e seus fundamentos; 1.1 Argumentos centrais; 1.1.1 Ofensa ao princípio acusatório; 1.1.2 Ofensa ao princípio do contraditório; 1.1.3 Ofensa ao princípio da imparcialidade; 1.1.4 Ofensa ao

princípio da presunção de inocência; 1.2 Argumentos periféricos; 1.2.1 Argumento genético; 1.2.2 Perda superveniente do interesse processual; 2 Pontos cegos do debate; 2.1 No plano constitucional; 2.1.1 Princípio do Estado de Direito; 2.1.2 Princípios da separação das funções estatais e da independência do Poder Judiciário; 2.1.3 Princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri; 2.2 No plano legal; 2.2.1 Princípio da livre valoração da prova; 2.2.2 Atuação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição; 2.2.3 Subversão do regime da extinção do processo e da coisa julgada; 2.3 Plano teórico; Conclusões; Referências.

Introdução

A atribuição de dizer o direito consiste na atividade precípua do Poder Judiciário desde que concebido. Recentemente, contudo, tem crescido na doutrina brasileira uma posição que coloca em xeque esse dogma do Direito. A pretexto de modernizar nosso processo penal, tem-se defendido uma questionável releitura do art. 385 do CPP¹, segundo a qual, uma vez requerida a absolvição pelo Ministério Público, seria vedado ao juiz proferir sentença condenatória². A controvérsia situa-se apenas no âmbito das ações penais públicas incondicionadas ou condicionadas à representação, na medida em que, nas ações de iniciativa privada, a ausência de pedido de condenação pelo querelante é causa de extinção da punibilidade pela perempção, conforme prevê o art. 60, inciso III, do CPP combinado com o art. 107, inciso IV, do CP.

Nosso objetivo neste estudo é analisar criticamente os argumentos apresentados para sustentar essa tese, dentre eles, especialmente, a suposta inconstitucionalidade (ou, melhor, a não recepção) do referido dispositivo legal, apenas recentemente descoberta. Além disso, serão trazidos para o debate alguns pontos problemáticos da orientação sob exame, os quais não são enfrentados por quem a defende.

Ingressar nesse debate é imprescindível, não apenas pela relevância dogmática do tema, que toca em questões fundamentais do Estado de Direito, mas também pela sua importância prática, na medida em que a tese, embora não

1 CPP, art. 385: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

2 Adotam a orientação criticada, dentre outros: PRADO, *Sistema acusatório*, p. 116 e ss.; LOPES JR., *RBCCrim* 143, p. 117 ss.; LOPES JR., *Direito penal como crítica da pena*, p. 359 e ss.; BADARÓ, *Processo penal*, p. 544; NICOLITT, *Manual de processo penal*, p. 527-528; BEDÊ JR./SENNA, *Princípios do processo penal*, p. 32; GLOECKNER/LEONEL, *RBCCrim* 175, p. 251 e ss.; GARCIA, *RBDPP* 3, p. 1043 ss.; CALABRICH, *Sentença criminal e aplicação da pena*, p. 133 ss. Um panorama didático da orientação criticada é fornecido por GONÇALVES/GOULART, *Código de Processo Penal* 2.

tenha convencido nem o STJ³ nem o STF⁴, tem sido suscitada com frequência na praxe forense.

Procederemos da seguinte forma: inicialmente, analisaremos criticamente os principais argumentos apresentados para sustentar a releitura do art. 385 do CPP. Em seguida, trataremos a lume várias questões que são desconsideradas no debate e que têm aptidão para ensejar a rejeição da tese criticada.

1 A tese criticada e seus fundamentos

Vários argumentos tentam conferir suporte à tese que veda a condenação quando formulado pedido absolutório pelo Ministério Público. Para facilitar a exposição, denominaremos essa tese de interpretação alternativa do art. 385 do CPP, em contraposição à interpretação tradicional, que nunca afirmou o caráter supostamente autoritário do referido comando legal, nem viu ofensa aos princípios regentes do processo penal tampouco à Constituição da República⁵. Os argumentos identificados no debate foram catalogados e separados em argumentos centrais (a seguir, 1.1) e periféricos (1.2), conforme a frequência com que são invocados e o potencial de convencimento de que são dotados para sustentar a tese em análise.

1.1 Argumentos centrais

1.1.1 Ofensa ao princípio acusatório

O fundamento da tese sob exame que parece ser mais recorrente é o de que o juiz, quando condena após o requerimento de absolvição do Ministério Público, violaria o princípio acusatório.

3 REsp 2.022.413, DJe 07.03.2023; AgRg-REsp 1.850.925, DJe 22.10.2020; REsp 1.521.239, DJe 16.03.2017; HC 152.128/SC, DJe 21.02.2013; HC 137.322, DJe 23.05.2011; HC 106.308, DJe 21.09.2009; HC 84.001, DJ 07.02.2008; REsp 738.550, DJ 18.12.2006.

4 HC 185.835, DJE 17.08.2020; AP 976, DJE 13.04.2020; HC 69.957, DJ de 25.03.1994.

5 Nesse sentido, dentre outros: GARCIA, *Comentários ao Código de Processo Penal* III, p. 512 e ss.; ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado* IV, p. 158-159; TORNAGHI, *Curso de processo penal* 2, p. 179; FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal* III, p. 34 (“[...] em nada influi, na conclusão da sentença, o pedido de absolvição por parte do Ministério Público...”); TOURINHO FILHO, *Código de Processo Penal comentado* 1, p. 1051; JARDIM, *Direito processual penal*, p. 123; OLIVEIRA, *Curso de processo penal*, p. 646; OLIVEIRA/FISCHER, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, p. 810-811; NUCCI, *Código de Processo Penal comentado*, p. 729 e s.; MALAN, *Código de Processo Penal comentado*, p. 694; LIMA, *Manual de processo penal*, p. 1453; GONÇALVES/GOULART, *Código de Processo Penal* 2.

Uma resposta a esse argumento pode ser oferecida independentemente de um posicionamento na controvérsia sobre a essência do princípio acusatório, isto é, se ele é determinado pela separação das funções de acusar e de julgar⁶ ou pelo critério da gestão da prova a cargo das partes. Em qualquer dessas orientações, o fundamento em análise não consegue chegar ao fim pretendido, ou seja, demonstrar a ofensa ao princípio acusatório, pois o juiz, quando *julga*, não *acusa*, simplesmente diz o direito, realiza a sua atribuição precípua. Ao julgar a demanda, o juiz não oferece denúncia nem de outra forma dá início ao processo penal, não formula nenhum tipo de pretensão processual, não altera a imputação feita ao réu, não busca novas fontes de provas nem outra modalidade de atividade investigativa, tampouco age de ofício⁷, já que a acusação que lhe é submetida à apreciação já foi apresentada pelo Ministério Público na denúncia. Quando profere sentença condenatória nesse cenário, o juiz apenas desempenha a sua função institucional, dá ao caso a resposta estatal, atribuição que ele realiza há séculos incontestadamente. Ainda que se adote o critério da gestão da prova como revelador da essência do princípio acusatório, novamente o argumento examinado mostra-se falho, já que o juiz não assumiria a gestão da prova ao condenar o acusado contrariamente ao requerimento de absolvição do Ministério Público em alegações finais; o juiz unicamente julga o caso.

A essa mesma conclusão chega Mauro Andrade, no mais profundo estudo sobre o processo acusatório realizado entre nós. A partir de vários exemplos históricos e depois de identificar as características fixas, nucleares, do processo acusatório, ele conclui que “o sistema acusatório não obriga o seu juiz a cegamente obedecer a um pedido de absolvição proveniente do acusador, ou determinar a extinção do processo em razão de sua desistência”⁸.

6 ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, p. 35, 42; ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y derecho penal*, p. 40; AGUILERA MORALES, *Proceso penal y sistemas acusatorios*, p. 76; GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 398-399; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 77; VOLK/ENGLÄNDER, *Grundkurs StPO*, p. 172; GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, p. 243, nr. 1326; GRINOVER, *RBCCrim* 27, p. 71 e ss.; ANDRADE, *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, p. 265.

7 A atuação de ofício do juiz não é necessariamente vedada pelo princípio acusatório, que não torna o juiz um espectador absolutamente passivo do processo (cf., GRECO, *Strafprozesstheorie*, p. 81, com várias ulteriores referências; CORDERO, *Procedura penale*, p. 101; GRINOVER, *RBCCrim* 27, p. 71 e ss.; ANDRADE, *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, p. 238-239, 260). A origem do equívoco está na transposição de características do processo adversarial para o processo acusatório. Os conceitos *acusatório* e *adversarial*, contudo, são distintos e não são intercambiáveis. Sobre a distinção, cf. GRINOVER, *RBCCrim* 27, p. 71 e ss.; VOGLER, *Proceso penal y sistemas acusatorios*, p. 181; VOGLER, Richard. *A World View of Criminal Justice*, p. 129; ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, p. 42; GOLDSTEIN, *Stanford Law Review* 26, p. 1016; PEREIRA, *RT* 964, p. 349 e ss.

8 ANDRADE, *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, p. 277.

Os defensores da tese sob exame, ante a inviabilidade de derivá-la diretamente do conceito de princípio acusatório e da ausência de exemplos históricos que lhe confirmam suporte, tentam robustecer o argumento relativo à ofensa ao princípio acusatório com fundamentos adicionais.

Assim, é dito, por exemplo, que o Ministério Público, ao requerer a absolvição, “retiraria a acusação”⁹ ou a pretensão processual. Esse argumento, também frequente, desconsidera, contudo, que o Ministério Público não obteve autorização do legislador para tanto. Não lhe é permitido *retirar* a acusação, conforme revela a inteligência do art. 42 do CPP¹⁰. Retirar a acusação significa, em última análise, dela desistir. A opção pela expressão *retirar a acusação* é clara *fraude de etiquetas*, vocacionada a contornar a vedação legal. Apesar das sucessivas reformas da legislação processual penal, o referido dispositivo legal continua em vigor por opção legítima do legislador, que, embora tenha ampliado o espaço para a atuação consensual no processo penal, não aboliu a vedação da desistência da acusação. Assim, de acordo com a legislação em vigor, quando não cabíveis os benefícios da transação penal, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução processual penal, uma vez oferecida a denúncia, não está o Ministério Público autorizado a desistir da acusação. Goste-se ou não dessa solução, ela é a que está em vigor e a ela devemos obediência por força dos princípios do Estado de Direito¹¹ e da legalidade.

É defendida, nesse contexto, uma leitura distinta do art. 42 do CPP, no sentido de que o legislador vedou a desistência da ação, e não do processo¹², o que teria como consequência apenas a proibição de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia quando preenchidos os requisitos legais; exercido e exaurido o direito de ação com a denúncia, não vedaria o legislador a desistência do processo.

A proposta não convence. Em primeiro lugar, porque ela subverte o significado do termo desistência, empregado expressamente pelo legislador. A desistência pressupõe a realização inicial de uma atividade ou o exercício de um direito e o seu ulterior abandono. Logo, a desistência da ação pressupõe o prévio exercício

9 Assim BEDÊ JR./SENNÁ, *Princípios do processo penal*, p. 32; BADARÓ, *Processo penal*, p. 548.

10 Art. 42 do CPP: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”.

11 Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 87. A necessidade de respeito às decisões do legislador é salientada também pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão). V. BVerfGE 122, 248 (268). Cf., também, RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, p. 96, 98.

12 GLOECKNER/LEONEL, *RBCCrim* 175, p. 273.

do direito de ação. Desistir do direito de ação antes de exercê-lo, como sustenta a interpretação sob exame, é conceitualmente impossível. Nessa hipótese, existe a *renúncia* ao direito da ação, já que, na renúncia, abre-se mão de um direito antes de exercê-lo. Os conceitos de desistência e renúncia não se confundem e são empregados distintamente pelo legislador. Exemplos disso não faltam no ordenamento em vigor¹³. Assim, a interpretação sob exame transforma o vocábulo *desistir*, empregado pelo legislador, em algo substancialmente diverso, a saber, em *renunciar*. Todavia, como se sabe, não é lícito ao intérprete subverter o sentido das expressões empregadas pelo legislador¹⁴. Além disso, a interpretação em análise adota distinção que não foi acolhida em seu rigor conceitual pelo legislador. A diferenciação entre ação e processo, embora correta do ponto de vista teórico, não foi seguida fielmente pelo legislador¹⁵.

O art. 42, portanto, permanece em vigor e deve ser interpretado como sempre o foi: continua vedado ao Ministério Público desistir da acusação apresentada em juízo, qualquer que seja a etiqueta que se dê a essa desistência (retirada, desaparecimento da acusação ou da pretensão processual, “não exercício da pretensão acusatória”¹⁶ ou expressões quejandas). Essa interpretação, além de fiel à legítima opção do legislador, é harmônica com o Código de Processo Penal, que

13 Desistência voluntária prevista no art. 15 do CP, que pressupõe o início da execução; desistência de recurso interposto (art. 576 do CPP), que pressupõe, obviamente, o exercício efetivo do direito de recorrer; renúncia ao direito de queixa, que se dá não depois, mas antes de oferecida a queixa; distinção entre renúncia e desistência do direito à herança; desistência (CPC, art. 485, VIII) da ação no processo civil, somente viável depois de exercido o direito de ação, etc.

14 Cf. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 84 e s.; ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, p. 85, 89 e ss. A lição do Tribunal constitucional alemão sobre o tema (BVerfGE 118, 212 (234)) é esclarecedora: “Os tribunais não têm permissão para, na interpretação de uma lei que não seja ambígua em termos de sua redação e significado, dar-lhe um sentido contrário ou redefinir fundamentalmente o conteúdo normativo de uma prescrição (BVerfGE 90, 263 [275])”.

15 Várias passagens do CPP comprovam isso. Começamos pela admissão de que cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do ofendido prossigam *na ação* em caso de morte do ofendido ou quando judicialmente declarado ausente (art. 31 do CPP). Note-se que, de acordo com a distinção criticada, segundo a qual a ação se esgotaria com o oferecimento da denúncia ou queixa, seria o caso de o legislador referir-se ao prosseguimento *do processo*. O legislador, todavia, empregou a formulação “direito de [...] prosseguir *na ação*...”. A mesma forma de expressar-se foi empregada pelo legislador no art. 36 do CPP (“[...] prosseguir *na ação*...”). Raciocínio idêntico aplica-se aos arts. 92, *caput*, e 94, em que o legislador prevê a suspensão do “curso da ação penal”; ao art. 111 (“[...] andamento da ação penal”); 268 (“em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente...”); 337 (extinção da ação penal); 561, III, *d* (“a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação”), todos do CPP. Como se pode facilmente perceber, o legislador não se referiu à ação somente no sentido de direito de ação, exercido mediante o oferecimento da denúncia ou queixa. Assim, nada leva a crer que o comando do art. 42 do CPP veda apenas a renúncia ao direito de ação.

16 LOPES JR., *Direito penal como crítica da pena*, p. 364.

prevê, em seu art. 576, outra limitação à liberdade de atuação do Ministério Público ao subtrair-lhe a possibilidade de desistir de recurso que tenha interposto.

Podem ser identificados no debate, ainda, argumentos no sentido de que as alegações finais que contêm requerimento de absolvição formulado pelo Ministério Público fariam desaparecer¹⁷ ou esvaziariam a acusação ou a pretensão processual¹⁸. É dito também que o réu não teria do que se defender¹⁹. O passo seguinte desses argumentos é o de que o juiz exerceria “o poder punitivo sem a necessária invocação”²⁰ e que não haveria “o que a autoridade judiciária julgar [...] quiçá impedindo o exercício da jurisdição”²¹. Por conseguinte, o juiz condenaria sem acusação ou sem pedido²².

Os argumentos são semelhantes e partem da premissa comum de que a acusação deixaria de existir com o parecer ministerial pela absolvição. A premissa, contudo, é uma indistigável tentativa de contornar a vedação do art. 42 do CPP, motivo por que não pode ser considerada correta. Além disso, não há base epistêmica nem jurídica para sustentar-se que a acusação desaparece, já que, para tanto, seria imprescindível eliminar do mundo fenomênico a denúncia oferecida pelo Ministério Público, o que não é possível, já que, não fosse ela, o procedimento não chegaria à fase de julgamento. A acusação, consubstanciada pela denúncia, existe e não pode ser desconsiderada²³. Assim, se o Ministério Público opina em alegações finais pela absolvição do réu, porque, por exemplo, não examinou com atenção os autos e não considerou elementos de prova suficientes para a condenação, isso, naturalmente, não retira do réu o objeto de sua defesa, definido na denúncia.

É interessante notar que os fundamentos apresentados não são levados adiante de forma consequente. Se o regime jurídico das manifestações processuais do Ministério Público tivesse o conteúdo defendido pela corrente criticada, o parecer de segundo grau favorável à absolvição, emitido no bojo de recurso

17 LOPES JR., *Direito penal como crítica da pena*, p. 364.

18 GLOECKNER/LEONEL, *RBCrim* 175, p. 274 e 269, respectivamente. Assim, também, BADARÓ, *Processo penal*, p. 548: “[...] não há conteúdo a ser julgado pelo juiz...”.

19 Próximos: BEDÊ JR./SENNA, *Princípios do processo penal*, p. 33, que questionam de qual alegação final o réu se defenderia.

20 LOPES JR., *Direito penal como crítica da pena*, p. 364.

21 GLOECKNER/LEONEL, *RBCrim* 175, p. 274 e 269, respectivamente. Assim, também, BADARÓ, *Processo penal*, p. 548: “[...] não há conteúdo a ser julgado pelo juiz...”.

22 GLOECKNER/LEONEL, *RBCrim* 175, p. 269, 273; LOPES JR., *RBCrim* 143, *cit.*, p. 13, da versão eletrônica; BADARÓ, *Processo penal*, p. 547-548.

23 Corretamente, nesse sentido, JARDIM, *Direito processual penal*, p. 123.

de apelação contra sentença condenatória, também afastaria as alegações finais de primeiro grau e vincularia o Tribunal, que seria compelido a dar provimento ao recurso para absolver o réu. Como essa consequência do argumento não é postulada, pode-se facilmente suspeitar de que há algo de equivocado com o argumento, suspeita que é corroborada quando ele é confrontado com a legislação em vigor.

Argumentos desse jaez comprovam o nosso diagnóstico de que a tese promove a transferência da jurisdição ao Ministério Público²⁴. A única explicação para *não haver o que o juiz julgar* ou para o suposto impedimento do exercício da jurisdição, considerando que até então não foi prolatada sentença, seria a prévia extinção do processo por ato do Ministério Público. Como a extinção do processo pressupõe, de acordo com a teoria do processo²⁵ e com o direito em vigor²⁶, sentença, *quem julgaria a demanda penal seria o Ministério Público*. Pela simples via interpretativa, propõe-se a transferência da atribuição precípua do Poder Judiciário ao Ministério Público. O que é esvaziado aqui não é a pretensão processual, mas a atribuição constitucional nuclear do Poder Judiciário. Voltaremos ao ponto na sequência. Não podemos deixar de registrar que, *a pretexto de levar adiante o princípio acusatório, a interpretação criticada acaba por fazer justamente aquilo que o princípio acusatório combate, isto é, a reunião das funções de acusar e de julgar*. É alarmante que não se veja (ou não se queira ver) essa contradição.

1.1.2 Ofensa ao princípio do contraditório

Um segundo argumento central na construção da tese criticada é a ofensa ao princípio do contraditório, quando o juiz profere sentença condenatória, apesar do requerimento de absolvição formulado pelo Ministério Público²⁷. O fundamento dessa alegação reside na ausência de fatos controversos e da apresentação de argumentos pelo Ministério Público dos quais o réu possa se defender. Assim,

24 Com a mesma avaliação, o Ministro Rogério Schietti em voto no REsp 2.022.413: “[...] transmutando o órgão acusador em julgador”; PINTO, *Boletim IBCCrim* 154, p. 18.

25 CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 316; ARMENTA DEU, *Sistemas processuais penais*, p. 242; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 425 (falamos de resolução da instância).

26 Art. 316 do CPC: “A extinção do processo dar-se-á por sentença”. Embora esse mesmo raciocínio seja aplicável ao processo penal, a matéria não foi tratada com o desejável rigor técnico, já que, por vezes, o legislador processual penal refere-se a *decisões* mediante o emprego do vocábulo *sentença*, como nos arts. 373, II, e 564, III, *f*, ambos do CPP; assim como prevê a extinção do processo por decisões interlocutórias mistas. Nada disso, contudo, afasta a crítica de que a interpretação alternativa do art. 385 do CPP promove a extinção do processo por simples requerimento do Ministério Público.

27 PRADO, *Sistema acusatório*, p. 116 e ss.; LOPES JR., *Direito processual penal*, p. 917; GARCIA, *RBDPP* 3, p. 1064.

o réu seria surpreendido com os argumentos constantes da sentença, os quais não teriam sido objeto de debate entre as partes²⁸. O argumento sugere que é pressuposto da sentença a manifestação efetiva das partes sobre todos os possíveis fundamentos da sentença e que, apenas nessa hipótese, seria respeitado o princípio do contraditório.

Essa interpretação do princípio do contraditório não pode ser correta. Se lançarmos nossos olhares além dos nossos horizontes, constataremos que, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal alemão tem decidido que o direito ao contraditório exige que somente possam ser considerados como fundamentos da decisão judicial matéria de fato ou resultados probatórios em relação aos quais tenha sido dada *oportunidade* às partes de sobre ele se manifestarem²⁹. Note-se que, de acordo com essa linha interpretativa, o contraditório não exige efetiva manifestação das partes, mas *oportunidade de manifestação*. A doutrina alemã não discrepa. Eberhard Schmidt assinala que o direito ao contraditório é assegurado, no sentido do art. 103, 1, da Lei Fundamental, quando o participante do processo teve *oportunidade* de manifestar-se em tempo hábil antes da decisão do Tribunal³⁰. Krehl enfatiza que o princípio do contraditório significa conceder *oportunidade* para manifestar-se sobre o objeto do processo, a fim de que se exerça influência sobre o processo³¹. Kühne, por sua vez, registra, com razão, que “a não utilização da oportunidade de manifestação, contudo, não muda em nada (o fato de) que ao interessado foi assegurado o contraditório”³².

28 GLOECKNER/LEONEL, *RBCCrim* 175, p. 266 e ss.; GARCIA, *RBDDPP* 3, p. 1064, vai mais longe e afirma que o juiz surpreenderia as partes com uma “narrativa inédita no processo”, que impossibilitaria “a defesa de contraditória”. O argumento somente poderia ser admitido se apenas com a sentença o réu tomasse conhecimento do teor da acusação e se houvesse vedação de apelar da sentença nessa hipótese, o que se sabe não ser o caso.

29 BVerfGE 12, 110 (113); BVerfGE 63, 45 (59): “O art. 103 (1) da *Grundgesetz* garante que o acusado tenha, no processo penal, a *oportunidade* de manifestar-se sobre a matéria de fato subjacente à decisão, em princípio, antes que ela seja proferida e, assim, influenciar o Tribunal. Uma decisão judicial somente pode basear-se em fatos e resultados probatórios em relação aos quais o acusado *pode* manifestar-se” (destaques meus). Cf. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, p. 194.

30 SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* I, p. 194. Schmidt vai além e salienta que não existe dever de manifestação; pelo contrário, fica a critério dos participantes do processo utilizar ou não a oportunidade de manifestação.

31 KREHL, *FS-Hassemer*, p. 1057 (destaque meus).

32 No original: „Die Nichtausnutzung der Gelegenheit zur Äußerung ändert jedoch nichts daran, dass dem Betroffenen das rechtliche Gehör gewährt worden ist.“ (KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 183). No mesmo sentido KREHL, *FS-Hassemer*, p. 1065; SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* I, p. 194. Entre nós, Marinoni também alude à *oportunidade* de as partes se manifestarem sobre os elementos do processo como decorrência do princípio do contraditório (SARLET/MARINONI/MITIDIERO, *Curso de direito constitucional*, p. 881).

Essa orientação apresenta vantagens em relação à interpretação criticada. Em primeiro lugar, porque ela não cria uma interpretação jurídica peculiar, aplicável apenas ao princípio do contraditório. Isso fica claro quando se faz um paralelo entre os direitos ao contraditório e à ampla defesa. Ao que consta, os defensores da tese sob exame não sustentam violação ao direito à ampla defesa, quando, por questão de estratégia processual, a defesa opta por não arrolar testemunhas, a despeito de haver-lhe sido concedida oportunidade para tanto. Para a ampla defesa, portanto, bastaria a concessão de oportunidade para o seu exercício concreto. Para o contraditório, contudo, a mera oportunidade não seria suficiente, de modo que seria imprescindível o seu exercício concreto. A razão jurídica da distinção não é apresentada.

Além disso, a interpretação criticada extrapola a razão de ser do princípio do contraditório. Ela vai além de garantir a bilateralidade de audiência, a influência na construção do provimento jurisdicional e da não surpresa. A tese analisada, se fosse acolhida, daria margem a que as partes excluíssem da decisão judicial elemento de prova que lhes fosse desfavorável. Se o contraditório for interpretado como exigência de efetiva manifestação das partes, bastaria que uma delas silenciasse sobre prova desfavorável para excluir peremptoriamente o elemento de prova da valoração judicial. Não há como acolher conclusão desse teor.

De igual modo, é impertinente a alegação de surpresa. Como o juiz não está subordinado nem vinculado ao Ministério Público, não é nada convincente a defesa alegar surpresa ante a concretização de um dos possíveis e previsíveis resultados processuais, autorizado expressamente pelo art. 385 do CPP, desde que, é claro, respeitados os limites estabelecidos na denúncia, o devido processo legal e fundamentada racionalmente a divergência quanto à avaliação do Ministério Público³³.

33 Em auxílio ao argumento de ofensa ao princípio do contraditório, é invocado, ainda, o art. 384 do CPP, que prevê o instituto da *mutatio libelli*, no sentido de que, assim como o juiz não pode condenar o acusado por fato diverso daquele narrado na denúncia, não lhe seria lícito condenar quando o Ministério Público pedir absolvição, porquanto, em ambos os casos, haveria ofensa ao princípio do contraditório pela surpresa ao acusado. O dispositivo invocado não auxilia a tese criticada, já que as situações são significativamente distintas e, via de consequência, não comportam equiparação. Para que se perceba isso, basta pensar que o réu que comete um crime não pode alegar surpresa ao ser condenado por aquele crime. Contudo, seria certamente surpreendido caso fosse condenado por um crime completamente distinto. Para ficar ainda mais clara a disparidade das situações: imagine-se que um réu primário seja acusado de haver cometido um crime de tráfico de drogas e confesse o cometimento do crime. Desde que ele não tenha considerável comprometimento cognitivo, é de se esperar que ele cogite a condenação, por se tratar de um desfecho natural do processo, a qual, caso venha a se concretizar pelo crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, não seria nenhuma surpresa. Contudo, se, apesar de ter cometido o crime de tráfico de drogas, ele vier a ser condenado pelo crime de estupro de vulnerável, por uma inescusável falha do Poder Judiciário, não é difícil imaginar o tamanho da surpresa, inclusive quanto à natureza e extensão das penas

1.1.3 Ofensa ao princípio da imparcialidade

O ataque ao comando do art. 385 do CPP é feito também por outro flanco. Questiona-se a violação ao dever de imparcialidade do juiz³⁴. A tese consiste, em linhas gerais, na alegação de que o juiz “invadiria a esfera de atuação do Ministério Público”, atuaria como acusador e violaria, desse modo, o dever de manter-se equidistante das partes.

O argumento naufraga logo de início. Primeiramente, porque não é suscetível de ser reconduzido a qualquer das hipóteses de parcialidade previstas em lei. Em segundo lugar, porque, como dito, o juiz, quando julga, não acusa, apenas diz o direito. O juiz não substitui o Ministério Público ao julgar: não oferece denúncia nem benefício processual, não formula pretensão processual, não altera a imputação feita ao réu, não realiza atividade investigativa, não busca novas fontes de provas. Nada disso. O juiz apenas faz aquilo que dele se espera: profere sentença³⁵. Ao simplesmente exercer de forma regular a sua atribuição constitucional, o juiz não deixa de ser terceiro imparcial³⁶.

O raciocínio criticado pressupõe, novamente, a “retirada” da acusação e a criação de um “vazio processual” que seria ocupado pelo juiz. Contudo, essa “retirada” da acusação não é permitida pela ordem jurídica (art. 42 do CPP, como abordado antes – 1.1.1). Não se está a afirmar que o Ministério Público, uma vez oferecida a denúncia, tenha de insistir na condenação até o fim do processo. Obviamente, não se trata disso. O Ministério Público tem independência funcional (CR, art. 127, § 1º) e a missão de promover a justiça por meio do respeito à ordem jurídica³⁷, o que Roxin e Schünemann resumem como a função de atuar como

impostas, que seriam significativamente mais rigorosas. O art. 384 do CPP, portanto, não ilustra a alegada surpresa como fundamento da tese de ofensa ao contraditório em caso de requerimento absolutório seguido de condenação.

34 GLOECKNER/LEONEL, *RBCCrim* 175, p. 267; LOPES JR., *RBCCrim* 143, p. 8 da versão eletrônica; GARCIA, *RBDDP* 3, p. 1061 e ss.; CALABRICH, *Sentença criminal e aplicação da pena*, p. 145-146.

35 TARUFFO, *La semplice verità*, p. 122, defende, com razão, que, para ser imparcial, o juiz não precisa ser passivo e “neutro” no âmbito do processo.

36 Se levamos em consideração, por exemplo, os critérios propostos por Tonini (*Manuale di procedura penale*, p. 98 e ss.) para aferição da imparcialidade judicial, poderemos concluir facilmente que, ao proferir sentença condenatória após requerimento absolutório formulado pelo Ministério Público, o juiz não deixa de submeter-se à lei (já que autorizado pelo art. 385 do CPP); não viola a separação entre as funções jurisdicionais e aquelas que são típicas das partes (cabe ao juiz e não às partes julgar a demanda); não cria vínculo com qualquer das partes nem se aproxima delas (a simples dicção do direito não significa aproximação do juiz com qualquer das partes); não pré-julga a demanda (o julgamento não é antecipado, mas realizado no momento previsto em lei); tampouco desrespeita as garantias procedimentais.

37 Ainda que o art. 127, *caput*, da Constituição da República não fosse explícito a esse respeito, a defesa da ordem jurídica e a promoção da justiça como fins institucionais do Ministério Público poderiam ser derivadas do princípio

“guardião independente da lei”³⁸, de modo que pode mudar de entendimento em relação à acusação³⁹. Contudo, isso não se confunde com autorização para desistir da acusação.

O argumento sob exame parte de uma premissa que não encontra amparo na lei (a possibilidade de o Ministério Público desistir da pretensão processual) para, a partir dela, chegar a um “vazio processual” que seria ocupado pelo juiz em substituição ao Ministério Público. Se – de acordo com a tese – o juiz, ao julgar, substitui o Ministério Público, temos aqui nova confirmação do diagnóstico de que a tese propõe a transferência da jurisdição ao Ministério Público.

1.1.4 Ofensa ao princípio da presunção da inocência

Outro argumento que tenta conferir suporte à tese da inviabilidade de condenação após requerimento absolutório do Ministério Público é a alegação de ofensa ao princípio da presunção de inocência, na sua dimensão de regra de julgamento (*in dubio pro reo*). O argumento é assim formulado: “Quando se verifica a divisão de opiniões entre dois órgãos do mesmo Estado – promotor e juiz – há inequívocas razões para se presumir ser a condenação temerária”⁴⁰.

Pelo menos três objeções podem ser levantadas contra esse argumento.

Do ponto de vista dogmático, há amplo consenso no sentido de que o princípio *in dubio pro reo* não é regra probatória, mas de julgamento⁴¹, de modo que não ilumina a valoração do acervo probatório. Ele entra em cena apenas quando, ao final da valoração da prova, o juiz permanece em dúvida se a hipótese narrada na denúncia foi ou não comprovada⁴². Por pressupor a existência de dúvida remanescente, definitiva e insuperável⁴³, ele não incide quando o juiz não teve dúvida,

do Estado de Direito. Cf. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* I, p. 39, 60-61.

38 ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 329.

39 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, p. 212: “Não é função do MP, com efeito, sustentar ‘a todo custo’ a acusação contra o arguido, mas sim auxiliar o juiz na descoberta da verdade material”.

40 GLOECKNER/LEONEL, *RBCCrim* 175, p. 271.

41 ZOPFS, *Der Grundsatz „In dubio pro reo“*, p. 307; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, § 45, nm. 56; EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, nm. 118; WIMMER, *DRZ* 5, p. 395; GÜNTHER, *Verurteilung im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel*, p. 38; SCHMITT, *Strafprozessordnung*, p. 1259; VELTEN, *SK-StPO*, § 261 nm. 84 e s.; SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* I, p. 209-210.

42 SCHMITT, *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß*, p. 208; ZOPFS, *Der Grundsatz „In dubio pro reo“*, p. 378.

43 ZOPFS, *Der Grundsatz „In dubio pro reo“*, p. 274. Não é, portanto, qualquer dúvida que impede a condenação.

mas deveria ter tido⁴⁴. Assim, não se afigura correto afirmar que, ante a existência de divergência de opiniões, o juiz deveria ter tido dúvida e absolvido⁴⁵.

O raciocínio examinado sugere, ademais, que o juiz deve valorar o grau de suporte conferido à denúncia não pelo exame do acervo probatório, mas pela opinião do Ministério Público. A menos que se pressuponha uma hierarquia das opiniões ou a subordinação funcional do Judiciário ao Ministério Público, o que seria absurdo, não é a avaliação do Ministério Público que deve determinar a valoração judicial da prova, mas o conteúdo concreto do acervo probatório. Deve o juiz, obviamente, considerar a avaliação do Ministério Público, mas não está limitado nem subordinado a ela, seja pelo princípio da independência do Poder Judiciário, o qual se estende aos seus membros, seja pelo princípio da livre valoração da prova (retornaremos a esses princípios na sequência, pois eles estão no ponto cego da tese criticada e são desconsiderados no debate).

Ainda que fosse o caso de desconsiderar essas razões dogmáticas, o argumento não se manteria de pé. Se a divergência de avaliações sobre o acervo probatório justificasse a absolvição com fundamento no alegado princípio *in dubio pro reo*, nunca poderia ser reformada em grau de apelação uma sentença absolutória, já que, nesse caso, sempre haveria divergência entre as avaliações realizadas pelo primeiro e segundo graus de jurisdição. Da mesma forma, sempre que o Ministério Público em segundo grau opinasse pela absolvição haveria divergência

44 SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* II, p. 750: “É geralmente aceito que o princípio ‘*in dubio pro reo*’ não pode ser usado para atacar a avaliação das provas pelo juiz do fato. Somente se os fundamentos da decisão revelarem que o juiz dos fatos estabeleceu um fato como dado, embora ele ainda tivesse dúvidas, uma violação do princípio ‘*in dubio pro reo*’ entra em questão”. Não discrepa WIMMER, *DRZ* 5, p. 394-395: “‘*In dubio pro reo*’ não significa, como é suposto em muitos recursos de revisão, que um resultado probatório dubitável deveria conduzir a uma constatação favorável ao acusado ou eventualmente à sua absolvição. O princípio não contém uma regra probatória”. No mesmo sentido SCHWABENBAUER, *Der Zweifelssatz im Strafprozessrecht*, p. 170: “Como o ‘*in dubio*’ também é um estado mental, uma violação ao princípio da dúvida, em princípio, não entra em consideração se o juiz condena, embora devesse ter duvidado, mas apenas quando ele condena embora esteja em dúvida”.

45 PETERS, *Strafprozeß*, p. 291: “Com esse princípio não pode ser fundamentada a objeção de que o juiz deveria ter tido dúvida”. Eventual réplica no sentido de que essa interpretação esvazia o conteúdo do princípio *in dubio pro reo* seria mal endereçada, já que o âmbito de atuação do referido princípio é dependente da definição do *standard* de prova para a condenação (cf. ZOPFS, *Der Grundsatz „In dubio pro reo“*, p. 279; LAUDAN, *Doxa* 28, p. 112; FREUND, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, p. 51). Assim, a origem do problema não é a interpretação do princípio *in dubio pro reo*, mas uma inadequada definição de *standard* de prova para a condenação. Se o critério adotado pelo legislador é o convencimento do juiz, quando este afirma estar convencido da ocorrência da hipótese narrada na denúncia, não sobra espaço para incidência do princípio *in dubio pro reo* (esse é apenas um dentre vários motivos pelos quais a interpretação subjetiva do critério do convencimento não se revela um *standard* probatório adequado para a condenação). Em todo caso, a réplica em análise não refutaria a crítica. Se divergência de opiniões sobre o caso devesse sempre resultar em absolvição, órgãos colegiados somente poderiam condenar os acusados à unanimidade de votos, o que não é exigido.

de opiniões e o acusado deveria ser necessariamente absolvido. O argumento, como se pode perceber, não se sustenta, nem do ponto de vista dogmático, nem do prisma de suas consequências.

1.2 Argumentos periféricos

1.2.1 Argumento genético

O primeiro deles pode ser chamado de “crítica genética” e consiste em afirmar, resumidamente, que, como o art. 385 do CPP foi concebido em um contexto autoritário, ele manteria essa característica, motivo por que seria incompatível com a Constituição da República de 1988.

A premissa da qual parte o argumento é indisputável. Não há como duvidar do contexto autoritário em que surgiu o dispositivo legal em estudo. Todavia, isso não garante a correção da conclusão de que ele é necessariamente autoritário ou de que somente possa ser interpretado por esse viés autoritário. Essa figura argumentativa – que procura impugnar um argumento com base em sua origem – é conhecida como *falácia genética*⁴⁶.

O contexto autoritário de um dispositivo legal não indica, de forma inequívoca, a sua natureza se outras razões puderem ser indicadas para justificá-lo. Essa é justamente a hipótese em tela. O art. 385 do CPP funda-se em razão autônoma, de natureza constitucional, que o justifica e legitima independentemente do contexto de sua concepção. O art. 385 do CPP dá concretude ao princípio da independência do Poder Judiciário (CR, art. 2º) no desempenho de sua atribuição constitucional de julgar as demandas penais que são submetidas à sua apreciação, a fim de que elas possam ser decididas livre de influências, de pressões e de vinculações externas. Voltaremos a esse ponto na sequência, já que ele também é solenemente desconsiderado no debate. Assim, se existem duas explicações autônomas para a natureza do dispositivo legal, não se justifica que seja simplesmente preterida a de envergadura constitucional para que se permaneça com a explicação genética⁴⁷.

46 SINNOT-ARMSTRONG/FOGELIN, *Understanding Arguments*, p. 311: “Quando sua origem é irrelevante para a verdade de uma afirmação, esses argumentos cometem o que é chamado de falácia genética”.

47 HERDEGEN, *FS-Kleinknecht*, p. 175: “Não se pode falar em argumentação justificante se e enquanto forem apenas apontadas as possibilidades para cuja preferência frente a outras possibilidades nada fala claramente”.

1.2.2 Perda superveniente do interesse processual

Invoca-se, também, a perda superveniente do interesse processual para fundamentar a inviabilidade de condenação após o requerimento de absolvição apresentado pelo Ministério Público⁴⁸. As razões que sustentam essa assertiva não costumam ser apresentadas, de modo que não é claro o motivo por que desapareceria a necessidade ou a utilidade da prestação jurisdicional. Em todo caso, esse argumento não encontra suporte na ordem jurídica em vigor.

Primeiramente, porquanto a necessidade e a utilidade da prestação jurisdicional não desaparecem apenas porque o Ministério Público opina pela absolvição do acusado. A notícia de ocorrência de um fato criminoso enseja uma resposta estatal⁴⁹, o que independe da concepção adotada sobre a função do Direito Penal⁵⁰. Essa resposta estatal, uma vez recebida a denúncia e afastada a hipótese de absolvição sumária, deve ser dada pelo Poder Judiciário, a quem compete a dicção do direito. A avaliação do Ministério Público, conquanto seja relevante e deva ser considerada, não dispensa, torna desnecessária ou inútil a decisão do Poder Judiciário, que examina a pretensão processual de forma independente, como será visto com mais detalhes a seguir. Com inteira razão, argumenta a respeito o Ministro Rogério Schietti, a partir da lição de Giovanni Leoni, que

as posições conti(n)gencialmente adotadas pelos representantes do Ministério Público no curso de um processo não eliminam o conflito que está imanente, permanente, na persecução penal [...]. (a)inda assim remanesce presente a pretensão acusatória formulada no início da persecução penal.⁵¹

Além disso, o argumento pode ser considerado uma forma de burlar a vedação que decorre do art. 42 do CPP. Ao proibir a desistência da ação penal pelo Ministério Público, o legislador concebeu um modelo peculiar de estabilização da demanda penal depois de superados os filtros do recebimento da denúncia e da inexistência de rejeição tardia ou absolvição sumária (art. 397 do CPP). Assim, a menos que ocorra uma hipótese expressamente prevista em lei (a exemplo dos arts. 61 e 62 do CPP), o procedimento deve ser conduzido até alegações finais e

48 Nesse sentido: BEDÊ JR./SENNÁ, *Princípios do processo penal*, p. 32.

49 Cf. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* I, p. 46.

50 Dentre as diversas orientações a respeito, podem ser mencionadas a teoria da proteção subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade (cf., por todos, ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, p. 21) e a teoria do impedimento de um dano à validade da norma (cf. JAKOBS, *Derecho penal* PG, p. 13).

51 Voto no REsp 2.022.413.

sentença⁵². Em outras palavras, apenas quando configurada hipótese prevista em lei deve ser o processo abortado prematuramente⁵³.

2 Pontos cegos do debate

2.1 No plano constitucional

2.1.1 Princípio do Estado de Direito

A interpretação alternativa do art. 385 do CPP, além de não encontrar amparo em nenhum argumento jurídico sólido à luz do ordenamento em vigor, ainda enfrenta dificuldades adicionais, situadas no plano constitucional, as quais não são enfrentadas pelos seus defensores. A primeira delas guarda relação com o princípio do Estado de Direito, fruto importante do iluminismo e das revoluções liberais do século XVIII. A percepção de que a concentração de poderes nas mãos dos monarcas permitia abusos variados ensejou a concepção de um modelo de Estado em que todos passam a ser subordinados ao primado do direito⁵⁴. Toda atuação estatal passa a ser lícita apenas quando realizada dentro de e em conformidade com os parâmetros jurídicos, postulado que espraia os seus efeitos em campos variados.

Naquilo que nos interessa mais de perto, merece ser ressaltada a consequência de que no Estado de Direito não há lugar para o exercício do poder de forma oculta, secreta, arbitrária, irrazoada⁵⁵ ou sem limites⁵⁶. A ideia de racionalidade na atuação estatal é ínsita ao Estado de Direito⁵⁷ e, com ela, a própria limitação das esferas de atuação, sempre com mecanismos de fiscalização e controle, dentro da lógica do sistema de freios e contrapesos.

52 STJ, REsp 1.521.239/MG.

53 Nesse sentido, CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 316; Vide, também, o voto do Ministro Rogério Schietti no REsp 2.022.413.

54 SARLET/MARINONI/MITIDIERO, *Curso de direito constitucional*, p. 280; MENDES/COELHO/BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 43-44; CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 245-246; PAPIER/KRÖNKE, *Grundkurs Öffentliches Recht 1*, p. 107; STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I*, p. 765 e ss.; SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, p. 59.

55 SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, p. 62, 64.

56 Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 86.

57 KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, p. 188; SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, p. 64; MENDES/COELHO/BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 42.

A tese examinada cria uma prerrogativa para o Ministério Público insuscetível de impugnação, de controle ou de revisão jurídica. Independentemente de a manifestação do Ministério Público em alegações finais ser irracional, preconceituosa, juridicamente equivocada, lacônica ou infundada, estaria o juiz compelido a acatá-la. Na hipótese de vingar a interpretação alternativa do art. 385 do CPP, considerada a ordem jurídica em vigor, não haveria nenhuma forma de a avaliação do Ministério Público ser impugnada ou revista. Recorde-se de que os defensores da tese examinada sustentam que, “quando o Ministério Público se abstém de formular pedido de condenação há verdadeiro esvaziamento da própria pretensão processual, quiçá impedindo o exercício da jurisdição, pela ausência de conflito”⁵⁸; “[...] não havendo o que a autoridade judiciária julgar”⁵⁹. É claramente sugerido que não há o que o magistrado fazer. A interpretação criticada criaria um poder ilimitado e insuscetível de controle, o que é ofensivo ao princípio do Estado de Direito. De nada adianta o princípio do Estado de Direito exigir a apresentação de razões para a tomada de decisões públicas⁶⁰, se essas razões forem insuscetíveis de qualquer controle⁶¹. Bem lembra Ferrajoli que o poder judicial, a respeito dos outros poderes do Estado, é um contrapoder, no duplo sentido de que lhe foi confiado o controle da legalidade, isto é, da validade dos atos legislativos e administrativos, e da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos ante as lesões que possam provir do Estado⁶². A proposta criticada inviabiliza o exercício dessa função de controle do Poder Judiciário, ínsita ao Estado de Direito.

Poder-se-ia objetar que a manifestação ministerial no sentido da absolvição do acusado poderia ser revista por intermédio de um recurso, a ser previsto em lei ou mediante aplicação do art. 28 do CPP por analogia⁶³. Ainda que cabível a impugnação sugerida na objeção, não seria afastada a ofensa, já que não apenas dessa perspectiva poderia ser violado o princípio do Estado de Direito.

Em razão do nosso passado autoritário, a doutrina processual penal enfatizou, de modo compreensível, a necessidade de o processo ser pensado como

58 GLOECKNER/LEONEL, *RBCrim* 175, p. 269.

59 GLOECKNER/LEONEL, *RBCrim* 175, p. 274.

60 SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, p. 63, que associa o dever de fundamentação das decisões às ideias de isonomia e de vedação ao arbítrio, todas inerentes ao princípio do Estado de Direito.

61 LÜCKE, *Begründungszwang und Verfassung*, p. 39, para quem são funções essenciais do dever de fundamentação da atuação estatal prevenir ações irrefletidas e assegurar o controle das decisões dos órgãos estatais.

62 FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 580. Próximo, STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* I, p. 842, que ressalta que cabe ao Poder Judiciário decidir os litígios, assegurar direitos e exercer controle jurídico.

63 Dentre outros, propõe a aplicação do art. 28 do CPP CALABRICH, *Sentença criminal e aplicação da pena*, p. 149-150.

garantia em favor do acusado. Essa perspectiva, no entanto, não exaure as complexas funções do processo penal. Como defende Luís Greco, o processo penal atende ao interesse do acusado (deve ser uma demonstração de respeito perante ele) e ao interesse da sociedade, pois serve como meio para a imposição da pena⁶⁴. Para que essa imposição seja justa, é imprescindível que a pena recaia sobre quem efetivamente cometeu o crime. Assim, não é possível dispensar a verdade material como fim do processo⁶⁵.

A verdade material, como fim do processo penal e pressuposto da justiça da decisão penal⁶⁶, decorre do princípio do Estado de Direito⁶⁷, que postula tanto a concepção de um processo justo quanto a punição dos culpados, ideia que é, ademais, coerente com o monopólio estatal do uso da força⁶⁸. Conforme tem decidido o Tribunal constitucional alemão, “o Estado de Direito somente pode realizar-se se houver a garantia de que os criminosos serão, nos limites das leis vigentes, processados, julgados e conduzidos a uma justa punição”⁶⁹.

64 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 157 e ss., 160. De igual modo, SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I*, p. 44, que ressalta o duplo escopo do processo penal: punir os culpados e proteger os inocentes.

65 Como ensina GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 80, nenhum processo pode abdicar seriamente da verdade como objetivo. Para o extenso debate e exame dos argumentos comumente apresentados, cf. GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 168-182. A importância da verdade é tamanha para o processo penal que Ferrajoli a erigiu à base da epistemologia garantista (Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 63). Cf. também HERDEGEN, *NSStZ* 5, p. 197. No debate nacional, oferecem uma proposta sensata para o tratamento da verdade DE-LORENZI/CEOLIN, *RBCCrim* 177, p. 71-132. A verdade material, portanto, ao contrário do que se costuma afirmar no Brasil, não está associada exclusivamente ao processo inquisitivo. Sobre o tema, ZACHARIÄ, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, p. 41: “Offenbar gehört die Identifizierung des Inquisitions-Prinzips und des Prinzips der materiellen Wahrheit zu den verbreitetsten, aber auch schädlichsten Irrthümern der neueren Zeit” (“Claramente, a identificação do princípio da inquisição com o princípio da verdade material integra um dos erros mais difundidos, mas também dos mais prejudiciais dos tempos modernos”). De uma perspectiva mais ampla, que associa a verdade e a justiça à essência da atividade jurisdicional, cf. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I*, p. 39, 43-44.

66 NEUMANN, *ZStW* 101, p. 52; GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 181-182; KUNZ, *ZStW* 121, p. 576; HAUSTEIN, *Zu den Entscheidungsnormen bei Aussage gegen Aussage*, p. 55; HAACK, *Evidence Matters*, p. 27 e s., 55; BEN-DAVID, *The International Journal of Evidence and Proof* 23, p. 293; GÖSSEL, *Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozeß?*, p. 8; HO, *A Philosophy of Evidence Law*, p. 6, 51; LAUDAN, *Doxa* 28, p. 96.

67 GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 170, com várias referências adicionais; SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I*, p. 43-44. Nesse sentido, também, o Tribunal Constitucional alemão (BVerfG) BVerfGE 36, 174 (186); 57, 250 (275); 63, 45 (61).

68 Assim, SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I*, p. 37.

69 No original: “Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, daß Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.” BVerfG, Beschl. vom 20. 10. 1977 – 2 BvR 631/77, NJW 1977, 2355 (2356).

Firmadas essas premissas, voltemos ao exame da interpretação alternativa do art. 385 do CPP. Dois cenários podem dela decorrer. Imaginemos que seja adotada a proposta de que, após a manifestação ministerial pela absolvição do acusado, nada mais resta a fazer ao Poder Judiciário. Nessa hipótese, estaria aberto o caminho para que se perpetuasse uma avaliação probatória (desconsideração de elemento de prova relevante, como um laudo pericial) ou jurídica (como, por exemplo, conclusão quanto à indevida incidência do princípio da consunção) equivocada do Ministério Público, o que deixaria impune, de forma irremediável, um acusado culpado, em contrariedade ao princípio do Estado de Direito. Um segundo cenário poderia ser cogitado, com a defesa de proposta menos radical, que admita a impugnação da manifestação ministerial. Essa contemporização não afasta a crítica, pois ainda assim haveria uma ofensa ao princípio do Estado de Direito pela criação de um obstáculo desproporcional (desnecessário e sem qualquer ganho em contrapartida) à punição dos acusados materialmente culpados.

2.1.2 Princípios da separação das funções estatais e da independência do Poder Judiciário

A tese criticada revela-se, ainda, incompatível com os princípios da separação das funções estatais e da independência do Poder Judiciário, que integram o núcleo do princípio do Estado de Direito⁷⁰.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito (art. 1º), constituído por três Poderes, independentes e harmônicos entre si (art. 2º). O pensamento subjacente a esses dispositivos constitucionais, que ao olhar contemporâneo pode parecer simples e corriqueiro, representa uma conquista civilizatória expressiva, fruto da tradição iluminista e das revoluções liberais do século XVIII, que puseram fim ao autoritarismo dos regimes absolutistas e consagraram fórmulas de destacada importância para a civilização ocidental. Dentre essas fórmulas, encontra-se a separação das funções estatais, um dos pilares do constitucionalismo⁷¹, baseada na acertada ideia de Montesquieu de que todo aquele que exerce o poder tende a dele abusar. Concebeu-se um sistema

70 V. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I*, p. 784; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p. 83; SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, p. 70, TAMANAHA, *On the Rule of Law*, p. 55.

71 De acordo com o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, toda sociedade em que não há repartição de poderes não tem constituição.

de divisão das atribuições estatais, caracterizada por freios e contrapesos, a fim de que o poder estatal seja sempre exercido de forma limitada e contrastável⁷².

Nessa ótica, de acordo com a Constituição da República de 1988, cada um dos Poderes, como se sabe, exerce funções típicas e atípicas. Como funções típicas, cabe ao Legislativo criar o Direito, ao Executivo administrar e ao Judiciário julgar⁷³. Contudo, o constituinte previu expressamente funções atípicas, a exemplo da competência do Executivo para legislar⁷⁴ e do Legislativo para processar e julgar crimes de responsabilidade cometidos por certas autoridades⁷⁵. Essas breves considerações ilustram a concepção de um regime jurídico em que a regra consiste no desempenho das funções típicas pelo Poder a que foram confiadas e, excepcionalmente, em casos expressamente previstos, de funções atípicas. Do ponto de vista organizacional, assinala acertadamente Stern, “a separação de funções significa que o respectivo órgão ou grupo de órgãos desempenha sua função de forma independente, de modo que nenhum outro órgão possa ter acesso à área central da função”⁷⁶.

Dito isso, voltemos à interpretação alternativa do art. 385 do CPP criticada no presente estudo. Ela postula a subordinação do Poder Judiciário ao Ministério Público quando este opina pela absolvição do acusado. Nessa hipótese, de acordo com a tese, estaria o Poder Judiciário vinculado⁷⁷ ao Ministério Público e nada mais poderia fazer a não ser acatar a avaliação feita pelo órgão acusador. O caso penal seria, portanto, decidido pelo Ministério Público e ao Poder Judiciário caberia apenas o papel de homologar ou ratificar o julgamento ministerial.

Essa solução, além de carecer de fundamento jurídico, como acima demonstrado, teria a consequência de retirar do Poder Judiciário, sem respaldo constitucional, atribuição que lhe é própria, que integra o núcleo de sua função típica, que é a de dizer o direito nas demandas submetidas à sua apreciação, e

72 STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I*, p. 792 ss., 796.

73 SCHMIDT, *MDR* 18, p. 630-631: a essência da jurisdição diz respeito à singularidade da decisão judicial que encerra o processo e da coisa julgada dela decorrente para “fins de certeza” com relação ao seu conteúdo fático e jurídico. Da perspectiva alemã, SACHS, *Grundgesetzkommentar*, p. 829 s.; STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I*, p. 794, 844 (“A jurisdição não deve ser exercida por nenhuma outra função estatal além dos Tribunais”).

74 Art. 62 da CR.

75 Art. 52, incisos I e II, da CR.

76 STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I*, 795.

77 LOPES JR., *Direito penal como crítica da pena*, p. 365: “Se o MP pedir a absolvição (já que não pode desistir da ação) a ela está vinculado (!) o juiz” (destaque meu). Contra, acertadamente, BADARÓ, *Processo penal*, p. 548: “Não há como o pedido de absolvição do Ministério Público vincular o juiz”.

transfери-la ao Ministério Público. Essa consequência conflita frontalmente com o princípio da separação das funções estatais⁷⁸, acolhido pelo legislador constituinte, que confiou ao Poder Judiciário⁷⁹ (e não ao Ministério Público)⁸⁰ a competência para julgar as demandas penais. Esse princípio é tão caro à nossa ordem jurídica que foi elevado ao patamar de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição da República).

A interpretação alternativa criticada viola, ainda, o princípio da independência do Poder Judiciário, constitutivo da separação das funções estatais e fundamental para uma ordem democrática livre⁸¹. De acordo com Schulze-Fielitz, a independência do Poder Judiciário é assegurada de forma especialmente rígida pelo monopólio da dicção do Direito, pela autonomia organizacional dos Tribunais e pela independência material e pessoal dos juizes⁸².

Em relação à independência do juiz quanto à matéria sob julgamento, o cerne da independência judicial diz respeito à garantia de atuação do juiz livre de ordens, instruções, recomendações, solicitações, pedidos ou sugestões para proceder de certa forma⁸³. Pretende-se, portanto, assegurar a atuação judicial de forma livre, isto é, sem vinculação ou subordinação a interesses ou juízos de valor externos, sem que seja ditado ao juiz em que sentido há de decidir os casos sujeitos à sua apreciação⁸⁴.

A tese sob análise desconsidera essa importante garantia processual, na medida em que busca subordinar o Poder Judiciário, no exercício de sua atribuição precípua, à avaliação externa feita pelo Ministério Público. A liberdade de

78 Sobre o tema, salienta STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* I, p. 795, que, da perspectiva constitucional, o núcleo de cada área de atuação, a função original de cada um dos Poderes é intocável, isto é, protegida contra qualquer violação.

79 Cf., por exemplo, os arts. 102, I, b e c; 105, I, a; 108, I, a; 109, IV e V; 124; 125, §§ 4º e 5º, da CR.

80 Conforme o disposto no art. 129, I, da CR, cabe ao Ministério Público *promover* (e não *julgar*) privativamente a ação penal pública.

81 HILLGRUBER, *Grundgesetz-Kommentar*, art. 97, nm. 1 e s.; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 85; FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, p. 303 e s.

82 SCHULZE-FIELITZ, *Grundgesetz Kommentar 2*, art. 20, p. 225.

83 SCHUSTER, *MuKo-StPO*, GVG § 1, 2018, nm. 18; FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, p. 305 e ss.; SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* I, p. 269.

84 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, p. 307, que enfatiza: "A valoração última de um caso penal sujeito a julgamento tem [...] de ser autonomamente *jurídica* e pertencer ao juiz *como tal*" (*ibidem*, p. 314-315). PETERS, *Fehlerquellen im Strafprozeß* II, p. 237: "O juiz deve manter a liberdade em relação à opinião do Ministério Público, ainda que o Promotor seja diligente e capaz. Sem independência suficiente, o Tribunal não pode desempenhar sua função de supervisão. O Tribunal não deve seguir cegamente o caminho tomado pelo Ministério Público nem pelo juiz da instrução".

atuação do Poder Judiciário em conformidade com o ordenamento jurídico seria tolhida e transformada em uma atuação limitada, dependente de uma avaliação externa. Isso significaria um retrocesso histórico e a erosão de uma garantia instituída em favor, sobretudo, dos cidadãos⁸⁵, a fim de que as suas demandas sejam julgadas sem indevidas influências externas, como ocorria no período absolutista, quando os juízes eram designados pelo rei e destituídos livremente do cargo quando desagradavam a coroa. A justiça dos julgamentos pressupõe, dentre outras garantias, a independência do Poder Judiciário⁸⁶.

Como ensina Ferrajoli, a independência judicial é favorecida pelo método acusatório⁸⁷. A constatação de que a orientação criticada chega a resultado diametralmente oposto – pois limita a independência judicial em sua atribuição típica – serve de (mais um) indicativo de que não é adequada a interpretação do princípio acusatório por ela defendida.

2.1.3 Princípio da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri

Mais um obstáculo à tese criticada é apresentado pelo princípio da soberania dos vereditos do júri (art. 5º, inciso XXXVIII, c, da Constituição da República), segundo o qual os jurados gozam da mais ampla liberdade para julgarem os casos que envolvem crimes dolosos contra a vida. Os jurados, em razão da soberania de seus vereditos e da desnecessidade de motivação de suas decisões, podem julgar com base nos mais variados critérios, inclusive irracionais; podem absolver o acusado por clemência, a despeito da comprovação de cometimento de crime doloso contra a vida; podem reconhecer excludentes inexistentes ou não comprovadas, dentre outras hipóteses.

Nesse contexto, apresenta-se a questão de examinar como seria resolvido o conflito entre a tese da obrigatoriedade da absolvição em caso de pleito nesse sentido do Ministério Público e o princípio da soberania dos vereditos do júri. Estariam os jurados obrigados a absolver o réu ou a tese deveria ser afastada por causa da soberania dos vereditos?

85 TAMANAHA, *On the Rule of Law*, p. 35, enfatiza que a separação das funções estatais e a independência do Poder Judiciário promovem a liberdade dos cidadãos.

86 Próximos, HILLGRUBER, *Grundgesetz-Kommentar*, art. 97, nm. 2: “Somente juízes independentes podem fornecer a exigida proteção jurídica efetiva”; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, p. 85: “Somente juízes independentes podem oferecer a garantia de um processo justo”.

87 FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 540. Próximo, SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I*, p. 200, afirma que o princípio acusatório não torna o juiz dependente de requerimento do acusador e do acusado.

Parece-nos que a resposta, aqui, deve, necessariamente, ser a recusa da aplicação da tese no plenário do Tribunal do Júri, pois soberania dos jurados subordinada ao entendimento do Ministério Público equivaleria à negação da ideia de soberania. Além disso, a interpretação alternativa não conta com amparo constitucional. O frequentemente invocado princípio acusatório não lhe confere suporte, como visto (*supra*, 1.1.1). Assim, a releitura do art. 385 do CPP ensejaria, sem suporte na Constituição, o afastamento de preceito de inequívoca ancoragem constitucional. Como esse caminho parece inevitavelmente fadado ao insucesso, os defensores da tese criticada não chegam a sustentar a sua aplicabilidade no âmbito do Tribunal do Júri.

Entretanto, essa solução conduz a outro questionamento: Por que o princípio da soberania dos veredictos do júri teria peso superior e deveria prevalecer em detrimento da tese criticada, mas não o teria o princípio da separação das funções estatais? O dado de que ambos são normas constitucionais deveria ser um fator em prol do tratamento semelhante dos princípios, no sentido de ambos prevalecerem em relação à interpretação alternativa do art. 385 do CPP, que não conta com ancoragem constitucional. Os problemas não param aqui, pois essa reflexão pode ser aprofundada, porquanto não é pacífico que os referidos princípios têm o mesmo *status*. Existe séria controvérsia doutrinária sobre a interpretação da locução “direitos e garantias individuais” constante do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República. Os detalhes do debate podem ser deixados de lado⁸⁸. Naquilo que nos interessa, não se pode afirmar que seja pacífica a consideração da soberania dos veredictos do júri como cláusula pétrea. Assim, se a soberania do júri, cuja inclusão no rol das cláusulas pétreas da Constituição é questionável, deve ser respeitada e prevalecer em detrimento da interpretação alternativa do art. 385 do CPP, *com muito mais razão* deve ser respeitada a separação das funções estatais, inquestionavelmente compreendida como cláusula pétrea da Constituição de 1988, conforme o disposto no art. 60, § 4º, inciso III. O ponto não é enfrentado pelos defensores da tese sob exame.

2.2 No plano legal

2.2.1 Princípio da livre valoração da prova

A leitura alternativa do art. 385 do CPP conflita, ademais, com o princípio da livre valoração judicial da prova, consagrado no art. 155, *caput*, do mes-

88 Cf., por todos, SARLET, *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1223-1225.

mo diploma legal. A livre valoração da prova⁸⁹ foi a solução histórica concebida para a superação do regime da prova legal, próprio do processo inquisitório e que vigorou na Europa até o final do século XVIII⁹⁰ e primeira metade do século XIX. O regime da prova legal contemplava a previsão *a priori* tanto das regras de valoração da prova quanto do *standard* para a condenação, e a essas regras estava vinculado o juiz, o que conferia à atividade deste um caráter meramente burocrático⁹¹ na aferição concreta dos valores previstos abstratamente em lei. A condenação e a imposição da chamada *poena ordinaria*, por exemplo, pressupunham a *plena probatio* (prova plena), que consistia, como exemplifica o art. 67 da *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, no depoimento de pelo menos duas testemunhas “boas e de credibilidade”⁹². Diante de dois depoimentos concordantes, o juiz deveria considerar os depoimentos verdadeiros⁹³. Se houvesse suspeita de autoria fundada, por exemplo, no depoimento de uma testemunha “boa”, o déficit probatório dessa *semiplena probatio* poderia ser suprido mediante a confissão do acusado⁹⁴. Esse modelo probatório acarretava várias dificuldades, sobretudo a injustiça das decisões penais, tanto no sentido da absolvição de culpados quanto no da condenação de inocentes, já que, de um lado, nem sempre era possível atender ao rigoroso *standard* de prova para a condenação e, de outro lado, o alcance do referido parâmetro estava longe de ser garantia da verdade (ou da aproximação tanto quanto possível da verdade) da constatação da matéria de fato imputada ao acusado⁹⁵.

89 Sobre o contexto de surgimento do princípio, cf. KÜPER, *Festgabe für Karl Peters*, p. 39; KÜPER, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre Geschichtlichen Grundlagen*, p. 230; GLASER, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, p. 10 e ss., 16 e ss.; MITTERMAIER, *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, p. 84; GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, p. 6, 115.

90 Segundo NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, p. 101, a introdução na Europa do modelo de valoração da prova baseado no livre convencimento ocorreu por intermédio do Decreto da Assembleia constituinte francesa de 16-29 de setembro de 1791.

91 GLASER, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, p. 17 e ss.

92 JEROUSCHEK, *GA 139*, p. 497 e s.; KRIETER, *Historische Entwicklung des „Prinzips der freien Beweiswürdigung“ im Strafprozeß*, p. 7; SARSTEDT, *FS-Ernst E. Hirsch*, p. 171, que esclarece que não eram consideradas testemunhas “boas” aquelas desconhecidas, que receberam recompensa ou que depunham com base em “ouvir dizer”, conforme o disposto nos arts. 63 a 65 da *Constitutio Criminalis Carolina*. KOTSOGLOU, *Forensische Erkenntnistheorie*, p. 131, nr. 19, complementa com alusão ao art. 66 da CCC, segundo o qual as testemunhas não deviam ter “má reputação”.

93 MITTERMAIER, *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, p. 84; SARSTEDT, *FS-Ernst E. Hirsch*, p. 171.

94 JEROUSCHEK, *GA 139*, p. 498; SARSTEDT, *FS-Ernst E. Hirsch*, p. 171; KOTSOGLOU, *Forensische Erkenntnistheorie*, p. 132, acrescenta que a confissão poderia ser obtida, nessa hipótese, por tortura.

95 KOTSOGLOU, *Forensische Erkenntnistheorie*, p. 140.

Assim, como fruto do iluminismo e da Revolução Francesa de 1789⁹⁶, no contexto do surgimento do processo acusatório⁹⁷ e da separação das funções de acusar e de julgar, foi introduzido o princípio da livre valoração das provas⁹⁸, inicialmente na França e na Itália e, posteriormente, na Alemanha⁹⁹. Trata-se de princípio tão consolidado que há muito tempo não é questionado¹⁰⁰ e cuja justificação em futuras reformas – segundo a avaliação de Bohne – nunca mais deve ser colocada em dúvida¹⁰¹.

A doutrina alemã, desde o início dos debates sobre a introdução do princípio do livre convencimento, que acabou concretizada em uma lei da Prússia de 1846, promulgada sob a decisiva influência de Friedrich Karl von Savigny, fez questão de enfatizar dois pontos, ambos relacionados ao significado do princípio em tela. O primeiro diz respeito à sua consequência imediata, a saber, a liberação do juiz das amarras do regime da prova legal¹⁰². Concedeu-se liberdade ao juiz para valorar o acervo probatório, independentemente da observância de regras *a priori*. Contudo – e nisto consiste o segundo ponto –, essa liberdade de valoração não significa autorização para o arbítrio¹⁰³. O princípio da livre valoração da prova não exonera o juiz do dever de observar as regras da lógica, da experiência e do conhecimento científico consolidado¹⁰⁴; liberdade, portanto, não significa autorização para o juiz atuar fora do campo da racionalidade¹⁰⁵.

96 JEROUSCHEK, GA 139, p. 495.

97 RIEB, GA 125, p. 262: “A StPO consuma a superação do processo inquisitivo do direito comum”.

98 Nesse sentido, FLORIAN, *Delle prove penali*, p. 233.

99 NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, p. 181 e s.; GLASER, *Handbuch des Strafprozesses I*, § 35, p. 350: “O reconhecimento do princípio da livre valoração judicial do resultado da prova talvez seja o fato prático mais significativo que ocorreu no processo penal dos anos de 1848 e seguintes”. KÜPER, *Festgabe für Karl Peters*, p. 25: A introdução da “livre valoração da prova” pertence a um dos mais importantes e de certo modo mais surpreendentes resultados da reforma processual penal do século XIX.

100 JEROUSCHEK, GA 139, p. 493; HANACK, *JuS* 17, p. 727.

101 BÖHNE, *Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung*, p. 7.

102 GREGER, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, p. 6; BENDER, *FS-Baur*, p. 249; VELTEN, *SK-StPO*, § 261, nm. 1; PAULUS, *FS-Spendel*, p. 698; KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 300; PETERS, *Strafprozeß*, p. 300. Cf., também, NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, p. 15.

103 BGHSt 29, 18 (20); WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, p. 325; KINDHÄUSER, *Jura* 10, p. 291; ALBRECHT, *NStZ* 3, p. 488; HERDEGEN, *StV* 11, p. 527; VELTEN, *SK-StPO*, Vor § 261, nm. 12, p. 477; SANDER, *Löwe-Rosenberg*, § 261, nm. 1, p. 228; STREE, *In dubio pro reo*, p. 40; RIEB, GA 125, p. 264; KÜPER, *Festgabe für Karl Peters*, p. 45; KUNZ, *ZStW* 121, p. 574, 579; JEROUSCHEK, GA 139, p. 497; HANACK, *JuS* 17, p. 727; FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, p. 202. De uma perspectiva geral, FLORIAN, *Delle prove penali*, p. 235 e s.

104 JEROUSCHEK, GA 139, p. 505 e s.

105 RIEB, GA 125, p. 264; TARUFFO, *La semplice verità*, p. 219.

Essas reflexões do período de introdução do princípio moldaram o debate até hoje¹⁰⁶. Pode-se, por exemplo, atualmente, encontrar a seguinte lição de Sander sobre o princípio em tela em um prestigiado comentário à ordenação processual penal alemã:

livre valoração da prova significa que o Tribunal é, em princípio, livre para extrair as conclusões lógicas que considere corretas a partir das fontes epistêmicas apresentadas na audiência de instrução e julgamento, *sem estar vinculado à opinião de outros participantes do processo*.¹⁰⁷

Quando se tem essas informações em vista, é fácil perceber que a vinculação do juiz à opinião do Ministério Público é ofensiva não apenas à sua independência funcional, mas também ao princípio da livre valoração da prova, já que não há como o juiz ser livre para valorar a prova e, ao mesmo tempo, estar subordinado, de forma vinculante, à conclusão do Ministério Público. O condicionamento da atuação judicial à opinião do Ministério Público cria uma regra probatória sem previsão legal, em indistigável ofensa ao princípio da livre valoração da prova.

Aqui, é inevitável observar que, apenas no plano do CPP, a tese criticada pretende reescrever mais um dispositivo. Além do já referido artigo 42 (em relação ao qual a interpretação alternativa sob exame pretende substituir “desistir” por “renunciar” e “ação” por “processo”), agora os defensores da tese precisam de uma nova redação do art. 155, a fim de que o CPP comporte, sem atritos internos, a absolvição compulsória do acusado. O artigo 155, *caput*, do CPP, para acomodar a descabida tese em exame, seria reformulado e passaria a prever que o juiz é livre para valorar a prova, “mas só pode concluir pela comprovação do fato imputado ao acusado se essa também for a conclusão do Ministério Público”. A livre valoração da prova deixaria de ser de “domínio do juiz do fato”¹⁰⁸ e passaria a ser de um “consórcio do Ministério Público com o juiz ou Tribunal”.

Não é à toa que a ofensa ao princípio da livre valoração da prova não é enfrentada pelos defensores da tese criticada.

106 Assim, HERDEGEN, *NStZ* 5, p. 195, com várias referências. Sobre a extensão do princípio no âmbito do *common law*, v. TWINNING, *Rethinking evidence*, p. 210 e nota 65.

107 SANDER, *Löwe-Rosenberg*, § 261, nm. 71. No original: „*Freie Beweiswürdigung bedeutet, dass es dem Gericht grundsätzlich freisteht, aus den durch die Hauptverhandlung erschlossenen Erkenntnisquellen die von ihm für richtig gehaltenen, denkgesetzlich möglichen Schlüsse zu ziehen, ohne an die Auffassung der anderen Prozessbeteiligten gebunden zu sein.*” (destaque meu). Nesse sentido, também, RIEB, *GA* 125, p. 264.

108 JEROUSCHEK, *GA* 139, p. 508.

2.2.2 Atuação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição

A orientação criticada não se esforça para apresentar solução para o problema de o Ministério Público oferecer parecer pela absolvição em segundo grau de jurisdição: Estaria o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal obrigado a absolver o acusado também nesse caso? Aqui, os defensores da tese ficam, novamente, em difícil situação. Para serem coerentes, teriam de postular a aplicação da tese criticada também em segundo grau, já que os princípios invocados para fundamentar essa concepção (acusatório, contraditório e imparcialidade) vigoram em ambos os graus de jurisdição. Assim, a Procuradoria emitiria um parecer vinculante e os Tribunais seriam compelidos a acatá-lo. A jurisdição em grau de apelação, nessa hipótese, teria o caráter meramente burocrático de homologar o parecer ministerial. Novamente, a demanda penal seria julgada, em última análise, pelo Ministério Público, que, contrariamente aos princípios da separação das funções estatais e acusatório, reuniria em si as funções de acusar e de julgar.

Para evitar esse resultado, os partidários da orientação em análise precisam afirmar que o raciocínio por eles defendido somente se aplica ao primeiro grau de jurisdição. Contudo, com essa solução, eles criam uma limitação incompreensível e infundada dos princípios por eles invocados, os quais somente produziriam efeito no primeiro grau de jurisdição e estabeleceriam uma artificial diferença entre a natureza das intervenções do Ministério Público no processo.

2.2.3 Subversão do regime da extinção do processo e da coisa julgada

Já procuramos demonstrar que a “retirada” da acusação ou da pretensão processual não é admissível à luz do direito em vigor por força do que dispõe o art. 42 do CPP. Imaginemos que o art. 42 do CPP fosse revogado ou reformado e que todos os demais óbices acima apontados não existissem (note-se a extensão dessa concessão argumentativa). Poderia, finalmente, a tese da absolvição compulsória ser acolhida? Não, nem mesmo nesse cenário. A desistência da ação, conforme ensina a teoria do processo, deve ensejar a extinção do processo por meio de sentença terminativa, sem resolução de mérito¹⁰⁹. Desse modo, o juiz não julgaria o mérito da acusação; não poderia, portanto, absolver o acusado.

Deixemos de lado a falta de amparo legal dessa solução (o legislador não prevê extinção do processo nessa hipótese e proíbe expressamente a desistência da acusação no art. 42 do CPP) e prossigamos em nosso exercício mental. Ensina

109 Solução defendida por BADARÓ, *Processo penal*, p. 548; BEDÊ JR./SENNA, *Princípios do processo penal*, p. 32.

a teoria do processo que a extinção do processo sem resolução do mérito produz, como consequência, coisa julgada formal¹¹⁰. No que diz respeito ao nosso problema, a extinção do processo sem resolução de mérito significaria que o réu não estaria protegido de ser novamente processado, caso, por exemplo, surgisse novo elemento probatório. Essa solução equivaleria à repriminção da abominada “absolvição de instância”, instituto do processo inquisitivo que foi dura e corretamente criticado porque deixava o acusado em situação de permanente incerteza.

Mais um atrito sistêmico provocado pela tese examinada. Encurralados no labirinto jurídico criado sem necessidade, os defensores da interpretação crítica são compelidos a sustentar a vedação de proposição de nova ação penal nessa hipótese¹¹¹. O caráter *ad hoc* dessa solução salta aos olhos, pois ela cria uma fissura no regime da coisa julgada ao prever que uma sentença meramente terminativa produza efeitos típicos da coisa julgada material.

2.3 Plano teórico

Ante tantos problemas, o leitor talvez já tenha concluído que é mais fácil simplesmente abandonar a tese, que se mostra inviável e ilegítima. Contudo, um outro leitor ainda mais cético poderia cogitar se não haveria benefícios ou ganhos dogmáticos que compensem tantos desarranjos no sistema processual penal brasileiro. As vantagens anunciadas pelos defensores da tese criticada consistiriam na “efetiva implementação do princípio acusatório” em nossa ordem jurídica e na “modernização” da nossa legislação, com a eliminação de ranços autoritários. Vejamos se a proposta entrega o que promete.

Começemos pelo princípio acusatório, que seria promovido mediante a retirada da atribuição de julgar do Poder Judiciário e a sua transferência ao Ministério Público, que reuniria as funções de acusar e de julgar. A contradição aqui é eloquente. O princípio acusatório postula, incontestadamente, a separação das funções de acusar e de julgar. Essa observação independe do critério adotado para a definição do princípio acusatório. Pode-se dizer que a separação das funções de acusar e de julgar é um dos poucos pontos de consenso na doutrina sobre o que se deve entender sobre princípio acusatório. Ora, como se pode cogitar de promover o princípio acusatório mediante a condução a um estado de coisas que é justamente o contrário daquilo que o princípio postula?

110 Lição acolhida pelo legislador brasileiro no art. 486 do Código de Processo Civil.

111 É o que defende BADARÓ, *Processo penal*, p. 548.

A interpretação criticada não promove o princípio acusatório; pelo contrário, conflita com ele claramente. É emblemático perceber que em outros ordenamentos jurídicos não se deriva do princípio acusatório a reunião das funções de acusar e de julgar no Ministério Público ou, caso se prefira, não se veda ao Poder Judiciário proferir sentença condenatória após requerimento de absolvição do Ministério Público¹¹². Calha, aqui, para arrematar o ponto, a lição de Ferrajoli, que, de forma lúcida, defende que “se é indispensável que o juiz não tenha funções acusatórias, também é essencial que a acusação pública não tenha funções judiciais”¹¹³. O argumento de que a interpretação alternativa do art. 385 do CPP promove o princípio acusatório, portanto, não pode ser acolhido.

A segunda vantagem da tese seria a “modernização da nossa legislação”, com a eliminação de “ranços autoritários”. Seria a condenação após requerimento de absolvição do Ministério Público autoritária?

O debate sobre o autoritarismo no campo criminal é longo e comporta enfoques variados. No que interessa ao nosso objeto de estudo, pode-se afirmar, de modo geral, que a condenação é autoritária quando realizada à margem da ordem jurídica, isto é, com ofensa ao direito material ou com inobservância das normas processuais. Se o acusado cometeu realmente o crime que lhe foi imputado, impõe o princípio do Estado de Direito que esse crime não fique impune, como visto. Assim, associar a condenação pura e simplesmente a uma ação arbitrária do Estado é incorreto, assim como o é associar a passividade judicial a um regime liberal. Essa equiparação foi considerada por Taruffo como um *slogan* polêmico e carente de valor científico¹¹⁴. Debater esse tema por meio de *slogans* é cômodo, pois evita a apresentação de razões. Contudo, os *slogans*, frágeis que são, não resistem a um exame crítico. Etiquetar a condenação fundada no art. 385 do CPP de autoritária não é correto, como já demonstrado, na medida em que ela tem fundamento na ideia de Estado de Direito, na independência judicial e na liberdade de valoração das provas, todos valores liberais, fruto da tradição iluminista, os quais se contrapõem ao alegado autoritarismo. Esses fundamentos legitimam a condenação, ainda quando o Ministério Público requeira a absolvição do acusado.

112 Assim, ANDRADRE, *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, p. 275.

113 FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 583.

114 TARUFFO, *A prova*, p. 189-190.

Conclusões

A tese da inviabilidade de o juiz proferir sentença condenatória quando o Ministério Público apresenta parecer pela absolvição não deriva do princípio acusatório, que postula, em sua essência, a separação das funções de acusar e julgar. Quando se defende a vinculação do juiz ao parecer ministerial, o resultado é iniludivelmente a reunião das funções de acusar e julgar no Ministério Público, o que contraria a principal consequência da adoção do princípio acusatório.

A inviabilidade de condenação nessa hipótese não encontra amparo nem no princípio do contraditório nem no da imparcialidade, como procuramos demonstrar. Além de não ter amparo constitucional nem legal, a tese cria vários conflitos normativos, tanto no plano constitucional quanto no plano legal: naquele, é ofensiva aos princípios do Estado de Direito, da separação das funções estatais, da independência do Poder Judiciário e da soberania dos veredictos do júri; no plano legal, viola o princípio da livre valoração da prova, acolhido pelo legislador no art. 155, *caput*, do CPP, e conflita com os comandos de outros dois dispositivos legais (arts. 42 e 385 do CPP), em claro desrespeito pelas opções legítimas do legislador, que atuou sem exorbitar a sua margem de conformação do perfil acusatório do processo penal brasileiro. Como se isso não bastasse, a interpretação em análise ainda desorganiza o processo penal brasileiro ao criar fissuras nos regimes de extinção do processo e da coisa julgada. Tudo isso sem que a tese examinada promova ganho de eficiência nem de justiça para o processo penal. Não é de admirar que a doutrina majoritária e os Tribunais Superiores sejam refratários a essa inovação interpretativa.

Referências

AGUILERA MORALES, Marien. Regla de exclusión y acusatorio. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 73-108.

ALBRECHT, Peter-Alexis. Überzeugungsbildung und Sachverständigenbeweis in der neueren strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO). *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, [s.l.], v. 3, p. 486-493, 1983.

ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995.

- ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BEN-DAVID, Guy. The “Corroborative Rule” from a comparative and critical perspective. *The International Journal of Evidence and Proof*, [s.l.], v. 23, n. 3, p. 282-298, 2019. DOI: 10.1177/13657127188824.
- BENDER, Rolf. Das Beweismaß. In: GRUNSKY, Wolfgang (Hrsg.). *Festschrift für Fritz Baur*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1981. p. 247-271.
- BÖHNE, Gotthold. *Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung*. Köln: Balduin Pick, 1948.
- CALABRICH, Bruno. Vinculação da sentença ao pedido de absolvição pelo Ministério Público: reafirmando o princípio acusatório. In: BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel. *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 133 ss.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 177, p. 71-132, 2021.
- EISENBERG, Ulrich. *Beweisrecht der StPO*. 10. Auflage. München: C.H. Beck, 2017.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Atualização: José Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, v. IV, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. 3. ed. Milano: Cisalpino, 1961.
- FREUND, Georg. *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*. Heidelberg: C.F. Müller, 1987.

- GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1945.
- GARCIA, Rafael. Verdade real e a impossibilidade de condenação após manifestação do Ministério Público por absolvição. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1043-1070, 2017. DOI: 10.22197/rbdpp.v3i3.81.
- GLASER, Julius. *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*. Aalen: Scientia, 1978 (1883).
- GLASER, Julius. *Handbuch des Strafprozesses*. Goldbach: Keip, v. I, 1997 (1883).
- GLOECKNER, Ricardo; LEONEL, Juliano. O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 175, p. 251-281, 2021.
- GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. Berlin: Julius Springer, 1925.
- GOLDSTEIN, Abraham S. Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure. *Stanford Law Review*, [s.l.], v. 26, p. 1009-1025, 1974. DOI: 10.2307/1227689.
- GONÇALVES, Benedito; GOULART, Felipe. Pode o juiz condenar quando o Ministério Público pede a absolvição do réu? In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI, Rogério. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 2, 2021 [versão eletrônica].
- GÖSSEL, Karl Heinz. *Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozeß?* Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2000.
- GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.
- GREGER, Reinhard. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*. Köln: Carl Heymanns, 1978.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, p. 71-79, 1999.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig. *Verurteilung im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- HAACK, Susan. *Evidence Matters*. Cambridge: CUP, 2014.
- HANACK, Ernst-Walter. Maßstäbe und Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung im Strafprozeß – OLG Celle – NJW 1976, S. 2030. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 17, p. 727-732, 1977.
- HAUSTEIN, Eliane. *Zu den Entscheidungsnormen bei Aussage gegen Aussage*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2017.

- HERDEGEN, Gerard. Bemerkungen zur Beweiswürdigung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, [s.l.], v. 5, p. 193-199, 1987.
- HERDEGEN, Gerhard. Die Überprüfung der tatsächlichen Feststellung durch das Revisionsgericht auf Grund der Sachrüge. *Strafverteidiger*, [s.l.], v. 11, p. 527 ss., 1992.
- HERDEGEN, Gerhard. Tatgericht und Revisionsgericht – insbesondere die Kontrolle verfahrensrechtlicher "Ermessensentscheidungen". In: GÖSSEL, Karl Heinz (Hrsg.). *Strafverfahren im Rechtsstaat*: Festschrift für Theodor Kleinknecht. München: C.H. Beck, 1985. p. 173 ss.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.
- HILLGRUBER, Christian. Art. 97. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter (Hrsg.). *Grundgesetz-Kommentar*. 52. Auflage. München: C.H. Beck, 2008.
- HO, Hock Lai. *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: OUP, 2008.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Tradução: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis S. G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- JEROUSCHEK, Günter. Wie frei ist die freie Beweiswürdigung? *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, v. 139, p. 493-515, 1992.
- KINDHÄUSER, Urs. Das Beweismaß des Strafverfahrens. *Juristische Ausbildung*, [s.l.], v. 10, p. 290-296, 1988.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. 4. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2016.
- KOTSOGLU, Kyriakos. *Forensische Erkenntnistheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.
- KREHL, Christoph. Der verfassungsrechtliche Schutz rechtlichen Gehörs im Strafverfahren. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C. F. Müller, 2010. p. 1055-1071.
- KRIETER, Hugo. *Historische Entwicklung des „Prinzips der freien Beweiswürdigung“ im Strafprozeß*. Hildesheim: Franz Borgmeyer, 1926.
- KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2015.
- KUNIG, Philip. *Das Rechtsstaatsprinzip*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1986.

KUNZ, Karl-Ludwig. Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 121, n. 3, p. 572-606, 2009. DOI: 10.1515/ZSTW.2009.572.

KÜPER, Wilfried. *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre Geschichtlichen Grundlagen*. Berlin: Walter De Gruyter, 1967.

KÜPER, Wilfried. Historische Bemerkungen zur „freien Beweiswürdigung“ im Strafprozeß. In: WASSERBURG, Klaus; HADDENHORST, Wilhelm. *Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren*. Festgabe für Karl Peters. Heidelberg: C.F. Müller, 1984. p. 23 ss.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, [s.l.], v. 28, p. 95-113, 2005. DOI: 10.14198/DOXA2005.28.08.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 143, p. 117-153, 2018 [versão eletrônica].

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário. Madri/São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 359 ss.

LÜCKE, Jorg. *Begründungszwang und Verfassung: Zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1987.

MALAN, Diogo. Artigo 385. Comentários. In: GOMES FILHO, Antônio Magalhaes; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.). *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Atualização: Eduardo Ferrari. Campinas: Millennium, v. III, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*. Darmstadt: Johann Wilhelm Heyer, 1834.

- NEUMANN, Ulfried. Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 101, n. 1, p. 52-74, 1989. DOI: 10.1515/zstw.1989.101.1.52.
- NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PAPIER, Hans-Jürgen; KRÖNKE, Christoph. *Grundkurs Öffentliches Recht 1*. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.
- PAULUS, Rainer. Prozessuale Wahrheit und Revision. In: SEEBODE, Manfred (Hrsg.). *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 1992. p. 687-718.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Para além do reducionismo acusatório-inquisitório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 964, p. 349-374, 2016.
- PETERS, Karl. *Fehlerquellen im Strafprozeß*. Karlsruhe: C.F. Müller, v. II, 1972.
- PETERS, Karl. *Strafprozeß: ein Lehrbuch*. 4. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 1985.
- PINTO, Ronaldo Batista. Pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público e possibilidade de condenação pelo juiz. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 154, p. 18, 2005.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RIEß, Peter. Zur Revisibilität der freien tatrichterlichen Überzeugung. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 125, p. 257-277, 1978.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. I, 2020.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 29. Auflage. München: C.H. Beck, 2017.
- RÜTHERS, Bernd. *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

- SACHS, Michael. *Grundgesetzkommentar*. 8. Auflage. München: C.H. Beck, 2018.
- SANDER, Günther M. § 261. In: SANDER, Günther M.; STUCKENBERG, Carl-Friedrich (Hrsg.). *Löwe-Rosenberg – Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. 27. Auflage. Berlin: De Gruyter, t. VII, 2021.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SARLET, Ingo. Artigo 60. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARSTEDT, Werner. Beweisregeln im Strafprozeß. In: AA.VV. *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch*. Berlin: Duncker & Humblot, 1968. p. 171-186.
- SCHMIDT, Eberhard. *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*. 2. Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, t. I, 1964.
- SCHMIDT, Eberhard. *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, t. II, 1957.
- SCHMIDT, Eberhard. Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde. Strafprozess und Rechtsstaat. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, [s.l.], v. 18, p. 629-633, 1964.
- SCHMITT, Bertram. §§ 226-275. In: MEYER-GOßNER, Lutz; SCHMITT, Bertram (Hrsg.). *Strafprozessordnung*. 62. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.
- SCHMITT, Bertram. *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß*. Lübeck: Max Schmidt-Römhild, 1992.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. Art. 20. In: DREIER, Horst. *Grundgesetz: Kommentar*, 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, v. 2, 2015.
- SCHUSTER, Thomas. § 99, 100. In: KNAUER, Christoph; KUDLICH, Hans; SCHNEIDER, Hartmut (Hrsg.). *Münchener Kommentar zur StPO*. München: C.H. Beck, v. I, 2018.
- SCHWABENBAUER, Peter. *Der Zweifelssatz im Strafprozessrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- SINNOT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. *Understanding Arguments: an introduction to informal logic*. 9. ed. Stanford: Cengage, 2015.
- SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. München: C.H. Beck, t. I, 1984.

- STREE, Walter. *In dubio pro reo*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1962.
- TAMANAH, Brian. *On the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução: João Gabriel Couto. Madri/São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009.
- TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 17. ed. Milano: Giuffrè, 2016.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1983.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.
- TWINNING, William. *Rethinking evidence*. 2. ed. Cambridge: CUP, 2006.
- VELTEN, Petra. § 261. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*. 4. Auflage. Köln: Carl Heymanns, 2012.
- VELTEN, Petra. Vor § 261. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*. 4. Auflage. Köln: Carl Heymanns, 2012.
- VOGLER, Richard. *A World View of Criminal Justice*. London/New York: Routledge, 2005.
- VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008. p. 177-193.
- VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin. *Grundkurs StPO*. 9. Auflage. München: C.H. Beck, 2018.
- WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1979.
- WIMMER, August. Ueberzeugung, Wahrscheinlichkeit und Zweifel. *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, [s.l.], v. 5, n. 17/18, p. 390-396, 1950.
- ZACHARIÄ, Heinrich Albert. *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*. Göttingen: Dieterichschen Buchhandlung, 1846.
- ZOPFS, Jan. *Der Grundsatz „In dubio pro reo“*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1999.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre o autor:

Ronan Rocha | *E-mail:* ronan.rocha@tjmg.jus.br

Mestre (UFMG) e Doutorando em Direito (HU-Berlin/Alemanha). Magistrado (TJMG).

Recebimento: 06.02.2024

Aprovação: 04.04.2024