

A (IN)COMPATIBILIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DIANTE DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO REALIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Bianca Zanardi Rodante¹

Marina Calanca Servo²

RESUMO:

No âmbito do sistema processual penal, existem três sistemas: inquisitivo, acusatório e misto. Como evidenciado na Constituição Federal de 1988, o modelo adotado pelo Brasil é o acusatório, que se caracteriza pela separação das funções de acusar, julgar e defender. O Código de Processo Penal (CPP), Decreto-lei nº 3.689/1941, entrou em vigor em 1942 e, apesar de ter passado por inúmeras reformas, ainda possui traços inquisitórios. O artigo 385 do CPP dispõe que, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público (MP) tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. Esta pesquisa tem como objetivo investigar a (in)constitucionalidade do artigo 385 do CPP, devido a adoção expressa do sistema acusatório. Como ponto de partida lançou-se a questão: em que medida o Processo Penal efetivamente se presta para garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, em situações que ferem o sistema acusatório? Para isso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, com análise dos institutos jurídicos, tendo como parâmetro a regra da proporcionalidade. Em conjunto, foram utilizados métodos analítico-sintético, por meio do discurso dialético dedutivo. O Direito Processual Penal, encontra no sistema acusatório sua razão para acusar, julgar e defender, de maneira a garantir a imparcialidade e segurança durante o processo penal. Portanto, o ato de proferir sentença condenatória em prejuízo de pedido de absolvição do MP fere o sistema acusatório e deve ser considerado inconstitucional.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; sistema acusatório; devido processo legal.

ABSTRACT:

Within the scope of the criminal procedural system, there are three systems: inquisitive, accusatory and mixed. As evidenced in the Federal Constitution of 1988, the model adopted by Brazil is the accusatory, which is characterized by the separation of the functions of accusing, judging and defending. The Criminal Procedure Code (CPP), Decree-law nº 3.689/1941, came into force in 1942 and, despite having undergone numerous reforms, it still has inquisitorial traits. Article 385 of the CPP provides that, in crimes of public action, the judge may issue a conviction, even if the Public Ministry (MP) has opined for the acquittal, as well as recognize aggravating factors, although none has been alleged. This research aims to investigate the (un)constitutionality of article 385 of the CPP, due to the express adoption of the accusatory system. As a starting point, the question was raised: to what extent the Criminal Procedure effectively lends itself to guaranteeing due process of law, the contradictory and ample defense, in situations that hurt the accusatory system? For this, a bibliographic research was carried out,

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – UNIFEV. Votuporanga. São Paulo. Brasil. E-mail: biancarodante01@gmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – UNIFEV. Votuporanga. São Paulo. Brasil. E-mail: marinacservo@gmail.com.

with analysis of legal institutes, having as parameter the rule of proportionality. Together, analytical-synthetic methods were used, through deductive dialectical discourse. Criminal Procedural Law finds in the accusatory system its reason to accuse, judge and defend, in order to guarantee impartiality and security during the criminal process. Therefore, the act of issuing a condemnatory sentence to the detriment of a request for acquittal by the MP hurts the accusatory system and must be considered unconstitutional.

Keywords: Criminal procedural law; accusatory system; due process of law.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal surgiu sob a égide da Constituição de 1937, denominada de “Polaca”, implantada no Estado Novo e marcada pelo autoritarismo. Em decorrência disso, são incontáveis os resquícios inquisitórios presentes em seus artigos. Não obstante, a Constituição Federal de 1988 foi escrita após a Ditadura Militar e ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, nela estão previstos princípios acusatórios em razão dos direitos e garantias assegurados ao cidadão. Devido às mudanças sociais, econômicas e jurídicas, são muitos os desafios para a correta aplicação do processo penal no Brasil. Na tentativa de torná-lo mais democrático, o operador do Direito nota uma assimetria entre os valores acusatórios, presentes na Constituição Federal, e inquisitivo, contidos no Código de Processo Penal.

A pesquisa, portanto, através de método de pesquisa dedutivo, sendo não empírica e documental, comentará acerca da (in)constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, indagando-se se o referido artigo, ao autorizar o juiz a proferir sentença condenatória, na hipótese de pedido de absolvição, pelo Ministério Público, fere os princípios e valores acusatórios, adotados pela Constituição Federal de 1988.

No decorrer da pesquisa serão abordadas as principais características dos sistemas processuais penais, mostrando seu contexto histórico e suas diferenças. Além disso, a posição dos Tribunais quando se deparam com a alegação de inconstitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal e as correntes doutrinárias que discutem sobre o tema. Por fim, serão destacados os princípios que sustentam a (in)constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal e também as tentativas de reforma deste dispositivo.

1 DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, a pesquisa parte da exposição acerca das principais características dos sistemas processuais penais clássicos, inquisitório, acusatório e misto.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

A evolução do processo penal até os dias atuais foi paulatina, todavia necessária para alcançar um procedimento capaz de proporcionar a justiça. A devida aplicação dos Princípios e Leis, promove ao acusado a possibilidade de defender-se, ser julgado por um juiz imparcial, ser acusado por um promotor natural e por meio de provas lícitas. Entretanto, essas características que aparentam ser intrínsecas ao processo penal, por muitos anos, foram ignoradas.

Segundo Aury Lopes Junior:

A estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária. Goldschmidt afirma que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição. (2021, p. 31).

Assim, a Doutrina classifica o Sistema Processual Penal em três categorias: Inquisitivo, Acusatório e Misto.

2.1 Sistema Inquisitivo

O sistema inquisitivo ou inquisitório corresponde a um modelo histórico e é importante destacar que, antes de seu surgimento, o sistema utilizado era o Acusatório. Este modelo nasceu junto com o advento da Santa Inquisição e se consagrou por toda Europa. Segundo Aury Lopes Junior:

Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. As transformações ocorrem ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório. (...) No transcurso do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento. (2021, p. 31-32).

Ainda complementa:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. (2021, p. 32).

Como bem aponta Salo de Carvalho:

A máquina inquisitiva de repressão penal institucionalizada, ao sintonizar o conjunto dos diversos discursos penais (criminalístico, criminológico, penal e processual penal) e direcioná-lo à punição do herege, estabelece regime extremamente rigoroso na imposição gótica de sofrimento, que tende a se transmutar, na terminologia weberiana, em tipo ideal. Não é demasiado, pois, recordar as lições de Jacinto Coutinho: “trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu, e conhece.” (2021, p. 150).

O modelo inquisitório permaneceu até o início do século XIX, com a Revolução Francesa, correntes filosóficas que valorizam o homem começaram a ser adotadas, dando início ao processo de passagem para o sistema misto (LOPES JUNIOR, 2021). Contudo, apesar das práticas inquisitórias terem sido erradicadas no século XIX, sua matriz material e ideológica predomina na legislação laica, orientando os sistemas penais da modernidade. Infelizmente, continuando vivo ainda em alguns ordenamentos atuais (CARVALHO, 2022).

As características inquisitivas são relacionadas por um princípio unificador, que promove a concentração dos poderes de acusar e julgar nas mãos do órgão julgador. Nessa toada, o juiz italiano Ferrajoli leciona:

Chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa. (2002, p. 452).

Resumindo, as principais características do sistema inquisitivo são:

- a) poderes de provar, acusar e julgar nas mãos do juiz;
- b) ausência das funções de acusar, julgar e defender;
- c) o acusado representa um objeto, não um sujeito de direitos;
- d) não há contraditório;
- e) ausência da paridade de armas.

Derradeiramente, o doutrinador José Frederico Marques ensina:

Se o processo penal é também "Direito Processual", claro está que o primeiro de todos os princípios da justiça penal é o de que esta se encontra "jurisdicionalizada". No procedimento inquisitivo, a persecução penal, apesar de "judicializada", não possuía estrutura jurisdicional. O juiz era ali um órgão da *persecutio criminis*, armado dos poderes de auto-detesa do Estado na luta contra o crime, e nunca um órgão destinado a atuar com a imparcialidade que distingue e marca a atividade jurisdicional. (1997, p. 83).

Também, ao comparar os sistemas inquisitivo e acusatório, explica:

O sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições. Embora integrado por preceitos que visam a descoberta da verdade real, oferece ele, como notou POLANSKY, poucas garantias de imparcialidade e objetividade e objetividade, por serem psicologicamente incompatíveis "a função do julgamento objetivo com a função da perseguição

criminal". Enquanto na sistemática acusatória, há uma verificação de pretensão das partes, na inquisitiva, existe tão-só um exame da presunção do juiz. E o nosso PIMENTA BUENO, com grande realismo e clarividência, ensinava, outrossim, que o "juiz não deve ser senão juiz, árbitro imparcial, e não parte porque, do contrário, criará em seu espírito "as primeiras suspeitas", e, por "amor próprio de sua previdência", ele "julgará antes de ser tempo de julgar". (1997, p. 70).

Desse modo, percebe-se que o modelo inquisitivo é extremamente autoritário, todos os poderes estão concentrados nas mãos de uma só pessoa (juiz/monarca), o acusado não tem acesso as provas que o incriminam e as partes não estão em pé de igualdade, sendo assim totalmente incompatível com os fundamentos dos direitos e garantias individuais, assegurados pela Constituição Federal de 1988.

2.2 Sistema Acusatório

O Sistema Acusatório, verdadeiro oposto do sistema inquisitivo, se originou na Grécia Antiga, onde eram realizados julgamentos com a participação direta do povo, acusando e julgando, pois se acreditava que quanto maior a participação popular, maior a probabilidade de a Justiça ser feita. Já no final da República Romana, surgiu a *accusatio*, onde a persecução e o exercício da ação penal eram atribuídos a um representante da sociedade, distinto do Estado.

De acordo com Jacinto Coutinho:

Conforme desenvolve Jacinto Coutinho, a diferenciação entre os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório é delineada a partir do princípio unificador: inquisitivo ou dispositivo. E a inquisitorialidade ou a disponibilidade caracterizadoras das estruturas referem-se, fundamentalmente, à gestão da prova, pois "(...) se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador." Neste quadro, é possível perceber que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, "(...) tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor." (COUTINHO, 2021, p. 169 *apud* CARVALHO, 2022).

Somando a esse entendimento, Aury Lopes Junior ensina que:

O estudo dos sistemas processuais penais na atualidade tem que ser visto com o "olhar da complexidade" e não mais com o "olhar da Idade Média". Significa dizer que a configuração do "sistema processual" deve atentar para a garantia da "imparcialidade do julgador", a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (2021, p. 34).

Em síntese, Luigi Ferrajoli destaca que:

Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. (2002, p. 452).

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos os cidadãos brasileiros o direito ao devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), ao acesso à Justiça (CF, artigo 5º, LXXIV), ao juiz e ao promotor natural (CF, artigo 5º, XXXVII e LIII), ao tratamento igualitário das partes (CF, artigo 5º, caput e I), a ampla defesa (artigo 5º, LV, LVI, LXII) e da publicidade dos atos processuais (artigo 93, IX). O livro Constitucional também confirma o modelo acusatório, quando determina a função de acusar ao Ministério Público, em seu artigo 129, inciso I:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
(BRASIL, 1988)

Da análise histórica, percebe-se que o processo acusatório é heterônomo de reparto, ou seja, sua base é a imparcialidade, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz supraordenado a ambas, é *actum trium personarum* (LOPES JUNIOR, 2021). Conclui com o mesmo pensamento, o professor José Frederico Marques:

O sistema acusatório processualizou a justiça penal, visto que colocou o juiz no seu verdadeiro lugar de árbitro imparcial e o investiu, assim, da função jurisdicional para dirimir o conflito entre o jus puniendi do Estado e o direito de liberdade do réu. O *ne procedat judex ex officio* substituiu a antiga parêmia do direito gaulês de que "*tout juge est procureur général*". A justiça penal passou a figurar sob a forma do trinômio descrito por BULGARO (*judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*), em que órgão do interesse estatal de punir é o Ministério Público, cabendo ao juiz tão-só o papel de decidir o litígio. (1997, p. 83 e 84).

Enumeram-se as principais características que compõem o modelo acusatório:

- a) a divisão das funções de acusar, defender e julgar;
- b) a atividade probatória é papel atribuído às partes;
- c) um juiz imparcial;
- d) paridade de armas;
- e) a presença do contraditório;
- f) o duplo grau de jurisdição como meio de impugnação das decisões.

Assim, no sistema acusatório o investigado é considerado como sujeito de direitos, dentre estes o de defesa, o Ministério Público é o órgão acusatório e o Juiz, um julgador imparcial. Dessa forma, se todas as partes atuarem nos limites de suas respectivas legitimidades, eventual condenação terá a presença do contraditório e da ampla defesa, garantidos pela CF/88.

2.3 Sistema Misto

Após o fim da Santa Inquisição se tornou evidente a falha do sistema inquisitivo, extremamente autoritário e desumano, que não considerava o acusado um sujeito de direitos, seus objetivos não buscavam a verdade dos fatos, mas sim a punição rápida e efetiva. Em decorrência disso, com o nascimento da Revolução Francesa e das correntes iluministas, o homem passou a ser valorizado e a ideia da total concentração de poderes nas mãos do monarca começou a ser questionada. Assim, se deu a transição do Sistema Inquisitivo para o Sistema Misto.

Conforme definição de Guilherme de Souza Nucci:

Surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas. (2022, p. 28).

A partir disso, o sistema misto é alvo de muitas críticas, importante analisar que a mera separação das funções de acusar e julgar não é suficiente para representar o sistema acusatório, se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória. O sistema processual não pode ser pensado de maneira desconexa do princípio da imparcialidade, pois juiz que vai de ofício atrás da prova está contaminado e não pode julgar, porque ele decide primeiro e depois vai atrás da prova necessária para justificar a decisão já tomada. Ademais, o ativismo judicial quebra o contraditório e assim, o provimento judicial deixa de ser construído em contraditório para ser um mero ato de poder (LOPES JUNIOR, 2021).

De acordo com José Frederico Marques:

O chamado sistema misto ou francês, com instrução inquisitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis do processo, porque a existir esse procedimento escalonado, com *judicium accusationis e judicium causae*, necessário se torna que o primeiro tenha também forma acusatória. Daí ter sido abolida a instrução preparatória, por inútil, salvo para os procedimentos em que o julgamento final é proferido pelo Júri. (1997, p. 71).

Segundo Salo de Carvalho: “A burla de etiquetas do Código Napoleônico (Processo Misto) apenas mantém viva estrutura cuja característica primordial é a concentração dos poderes instrutórios na figura do juiz (ator)”. (2022, p. 164).

Percebe-se que o sistema misto, inquisitivo na fase do inquérito policial e acusatório na fase do julgamento, apesar de receber muita rejeição dos doutrinadores brasileiros, é a realidade de muitos sistemas processuais no mundo atual, principalmente na Europa, sob a justificativa de que nenhum processo é totalmente acusatório ou inquisitivo.

E com essa alegação, concorda o escritor Guilherme de Souza Nucci quando cita Gilberto Lozzi:

Conforme bem atesta Gilberto Lozzi, na realidade, não existe um processo acusatório puro ou um processo inquisitório puro, mas somente um processo misto, de onde se possa perceber a predominância do sistema acusatório ou do inquisitivo (Lezioni di procedura penale, p. 5). Essa é, sem dúvida, a realidade da maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo atual. (apud NUCCI, 2022, p. 28).

Percebe-se, portanto, que ao realizar a fazer pré-processual em sigilo, mantendo-se o juiz na colheita de provas, a imparcialidade do processo restou comprometida. Logo, incompatível com os princípios do devido processo legal e do contraditório.

3 A DECISÃO CONDENATÓRIA DE OFÍCIO PROFERIDA PELO JUIZ

O juiz, em um modelo acusatório, deve julgar de maneira imparcial, a fim de garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal). Além disso, o juiz ainda possui a função de fiscalizar a investigação, a fim de garantir os direitos do acusado. Como citado na introdução, o Código de Processo Penal brasileiro surgiu no contexto histórico do Estado Novo, por isso, ainda possui resquícios do autoritarismo presentes em seus artigos, como no artigo 385, que dispõe:

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. (BRASIL. Decreto Lei nº 3689/1941).

Esse dispositivo, dá poder para o juiz condenar, mesmo quando o Ministério Público opina pela absolvição em Alegações Finais. Além disso, possibilita ao magistrado reconhecer agravantes que não estejam presentes na denúncia.

Na ação penal verifica-se a presença de dois poderes, acusar e punir, que são realizados por dois órgãos distintos, Ministério Público e Poder Judiciário, mais específico a

figura do Juiz. Sendo essa duplicidade de poderes uma exigência do Sistema Acusatório (LOPES JUNIOR, 2021).

De acordo com o artigo 127 da Constituição Federal, o "Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (BRASIL, 1988), trata-se de um órgão de Estado independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Como dito anteriormente, suas funções estão previstas no art. 129 da Constituição Federal e dentre elas, a de promover a ação penal pública.

Assim, o Ministério Público é o dono da pretensão acusatória, sem o pleno uso dessa pretensão, não há abertura para o Juiz exercer o poder de punir, visto que a punição é condicionada à acusação. Nessa lógica, o pedido de absolvição equivale ao não exercício pleno da pretensão acusatória, ou seja, o acusador abre mão de proceder contra o investigado. Assim, o juiz não pode condenar, sob pena de exercer sua função punitiva sem a determinada invocação, retrocedendo ao modelo inquisitivo (LOPES JUNIOR, 2021).

Sobre a pretensão acusatória, o doutrinador José Frederico Marques pontua:

A titularidade da pretensão punitiva pertence a Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o jus puniendi e a liberdade do réu. Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional. (1997, p. 71).

Sobre a última parte do artigo 385 do Código de Processo Penal, o jurista Renato Marcão afirma que:

Não é possível admitir que o juiz possa, em pleno Estado de Direito, sem a iniciativa do órgão acusador e sem que a defesa seja oportunamente chamada a tratar do tema durante a instrução do processo, reconhecer, por exemplo, que o acusado agiu: por motivo fútil ou torpe; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido etc. Não guarda conformidade com a ordem constitucional vigente a sentença que reconhece agravante não imputada na inicial acusatória, por fazer configurar flagrante violação aos princípios da imparcialidade do juiz; iniciativa das partes; ampla defesa, contraditório e, por evidente, desconsiderar o devido processo de modelo acusatório. (2016, p. 417).

Destarte, o fato de o juiz proferir sentença condenatória diante do pedido absolutório realizado pelo Ministério Público transgredir também o art. 3º-A do Código de Processo Penal, que dispõe:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (BRASIL. Decreto Lei nº 3689/1941).

O artigo 3º-A do Código de Processo Penal surgiu com a Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime e reforçou a Constituição Federal, afirmando que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório. A primeira parte do dispositivo veda a atuação do juiz de ofício na fase de investigação e a segunda parte impede a substituição da atuação probatória do Ministério Público. Assim, o juiz não poderá determinar atos investigatórios sem o requerimento da Autoridade Policial ou do Ministério Público e nem agir na atuação probatória como se fosse órgão acusatório.

Ademais, reiterando Aury Lopes Junior:

Ademais, aponta PRADO, há violação da garantia do contraditório, pois esse direito fundamental é imperativo para validade da sentença. Como o juiz “não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. O fundamento da nulidade é a violação do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República)”. (PRADO, 2021, p. 1157-1159 apud LOPES JUNIOR, 2021).

Assim, a sentença que reconhece agravantes não alegadas pelo Ministério Público é *extra petita*, pois concede pedido diverso daquele postulado pelo autor. Também, a inclusão, por parte do juiz, de agravantes que não estavam na imputação representa uma indevida modificação no fato processual (LOPES JUNIOR, 2021).

Em síntese, a sentença condenatória diante do pedido absolutório do Ministério Público fere o princípio substancial do Sistema Acusatório, que é o da imparcialidade, além de todos os princípios acusatórios, como exemplo, do contraditório, do devido processo legal e da paridade de armas. Ademais, essa sentença conduz a uma nulidade, isso porque, não havendo o objeto da ação penal, o juiz não é invocado para exercer seu poder punitivo, não devendo promover uma condenação ou reconhecer agravantes da qual o investigado não foi acusado.

3.1 A Posição dos Tribunais

O debate acerca da constitucionalidade do art. 385, do Código de Processo Penal, é um tema pouco debatido, visto que a *emendatio libelli* (art. 383, do CPP) e *mutatio libelli* (art. 384, do CPP) são questões mais enfáticas no Processo Penal. Também, porque, não é comum o pedido de absolvição realizado pelo Ministério Público em Alegações Finais.

Nesse sentido, a maioria dos Tribunais Brasileiros adotam a tese de que o art. 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Sistema acusatório. O

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu pela não adoção da tese de que o artigo referido acima está tacitamente derogado por força do Sistema Acusatório:

REVISÃO CRIMINAL. Pleito de absolvição por violação ao sistema acusatório. Tese de não recepção do artigo 385 do CPP. Pugna ainda pela nulidade do reconhecimento fotográfico e absolvição por ausência de provas. De forma subsidiária, requer a revisão da dosimetria e a extensão dos efeitos de uma decisão proferida em favor do corréu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Não conhecimento. A alegada violação ao sistema acusatório não se sustenta. Apesar de toda a exposição teórica, fato é que o artigo 385 do Código de Processo Penal teve sua vigência recentemente reafirmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial 2022413/PA. Reconhecimento fotográfico que se mostrou seguro e foi corroborado por outros elementos de prova. Investigação policial que apontava para a suspeita de que o revisionando participara de outros delitos de igual natureza, com o mesmo modus operandi. Causas de aumento de pena que efetivamente incidem no caso concreto. Desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo. Dosimetria realizada pelo Juízo de primeira instância e ratificada por este e. Tribunal de Justiça que não se mostrou teratológica, a ponto de possibilitar sua modificação por esta via. Ainda que o corréu tenha conseguido, perante o STJ, a redução da reprimenda que lhe foi imposta e por mais que os argumentos apresentados pelo referido Tribunal Superior possam ser aplicados ao Revisionando, é entendimento deste C. Grupo que a extensão dos efeitos de uma decisão deve ser requerida a quem a proferiu. Recurso não conhecido.³

Da mesma forma, decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC 69.957/RJ:

HABEAS CORPUS. RECURSO DO MP. ALEGAÇÃO DE FALTA DE INTERESSE DO MP PARA RECORRER DA SENTENÇA ABSOLUTORIA, PORQUE, NAS ALEGAÇÕES FINAIS, O PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE INTERVEIO PEDIRA A ABSOLVIÇÃO. RECURSO INTERPOSTO POR OUTRO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE FOI PROVIDO, COM A CONDENAÇÃO DO ORA PACIENTE, EM FUNDAMENTADO ARESTO. HIPÓTESE EM QUE NÃO CABE VER VIOLAÇÃO AO PARAGRAFO ÚNICO DO ART. 577 DO CPP. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.FUNÇÕES DE "CUSTOS LEGIS" E "DOMINUS LITIS". A MANIFESTAÇÃO DO MP, EM ALEGAÇÕES FINAIS, NÃO VINCULA O JULGADOR, TAL COMO SUCEDE COM O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUERITO POLICIAL, NOS TERMOS E NOS LIMITES DO ART. 28 DO CPP. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.⁴

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça, em Agravo Regimental no Recurso Especial 1325831/PR152 deferiu que:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. PARQUET. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. VINCULAÇÃO. MAGISTRADO. INEXISTÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPERVENIÊNCIA. POSSIBILIDADE. IMPORTAÇÃO DE CIGARROS. CONTRABANDO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE.

³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (7. Grupo de Direito Criminal). Acórdão. Revisão Criminal 0024111-19.2021.8.26.0000. Voto nº 9896. Peticionário Carlos Antônio Ferreira de Sousa Junior. Relator: Xisto Rangel, 05 de abril de 2023. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16634845&cdForo=0>. Acesso em: 25 out. 2022

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 69957/RJ. Paciente: José Antonio de Oliveira Almeida. Impetrante: Roberto Duarte Butter. Relator: Min. Néri da Silveira, 09 de março de 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153589/false>. Acesso em: 25 out. 2022.

1. O fato de o Parquet ter postulado pela absolvição sumária não vincula o Juiz e não impede que haja a superveniente prolação de sentença condenatória.
2. O ato de importar cigarros constitui crime de contrabando, e não de desca-minho, uma vez que se cuida de mercadorias cuja importação é proibida. Dessa forma, por se tratar de crime que lesiona vários bens jurídicos tutela-dos, a sua consumação ocorre com a simples entrada dos bens no País, motivo pelo qual não é exigível a constituição definitiva do crédito tributário como condição objetiva de punibilidade.
3. Mesmo no caso de descaminho, o Superior Tribunal de Justiça, pacificou seu entendimento no sentido de que tal delito é formal, não sendo necessária a constituição definitiva do crédito tributário para a sua configuração.⁵

Não obstante, notou-se que as decisões que afirmam a inconstitucionalidade do art. 385 do CPP são raras e se concentram nos Tribunais da Região Sul e Sudeste, e devem ser destacadas em razão da clara fundamentação, como essa do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS DECRETADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS – VINCULAÇÃO DO JULGADOR – SISTEMA ACUSATÓRIO. I – Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador. II – O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor. III – Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório. IV – A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público.⁶

Dando continuidade, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu a seguinte decisão:

EMENTA: PENAL - PROCESSO PENAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - MATERIALIDADE - LAUDO PERICIAL AUSÊNCIA - BAM - INSUFICIÊNCIA - ARTIGO 385 DO CPP - PEDIDO DE ABSOLVICÃO DO MINISTÉRIO

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial 1.435.343/PR. Recorrente: Wesley Sabino. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Moura Ribeiro, 27 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/153316248>. Acesso em: 25 out. 2022.

⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5. Câmara Criminal). Recurso em Sentido Estrito 1.0024.05.702576-9/001 (7025769-06.2005.8.13.0024). Recorrente: E.R.V.O. Recorrido: M.P.E.M.G. Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho, 13 de 10 de 2009. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNPJEspelhoAcordao.do;jsessionid=5D732AEC0B1D7447D3EB2FF97196A344.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.702576-9%2F001&pesquisaNumeroCNPJ=Pesquisar. Acesso em: 25 nov. 2022.

PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS - AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES FINAIS DA DEFESA TÉCNICA - ABSOLVIÇÃO - APELAÇÃO MANEJADA POR OUTRO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DÚVIDA QUANTO AO ELEMENTO SUBJETIVO – ABSOLVIÇÃO. Inobstante a literalidade do artigo 385 do CPP permitindo ao juiz condenar o acusado por crime de ação penal pública mesmo tendo o Ministério Público pugnado pela improcedência da pretensão punitiva respectiva ao final da instrução, há controvérsia na doutrina acerca da constitucionalidade de tal dispositivo legal, por força do artigo 129, I, da Carta Maior e do sistema acusatório adotado pelo ordenamento processual vigente. Inobstante a controvérsia, ainda que possível à condenação nesta hipótese, não há como deixar de considerar na valoração da prova a conclusão a que chegou o órgão acusador no exame dos elementos carreados aos autos ao final da instrução, merecendo destaque a lição de Fauzi Choukr, citado por Nicolitt, ainda que adotada em outro contexto, que "não há como sustentar a condenação de alguém quando o próprio acusador avalia a impropriedade da sanção". No caso concreto, o próprio órgão acusador entendeu não haver prova da materialidade do delito, pretensão encampada pelo juiz de piso sem a oitiva da defesa técnica que não foi intimada para se manifestar naquele momento processual. Recurso de outro representante do Ministério Público que não deve ser acolhido por ausência de sucumbência, eis que o juiz atendeu ao pedido ministerial, certo, ainda, que não há prova da materialidade do crime, eis que imprestável o boletim de atendimento médico para tal fim, até mesmo pela precariedade dos seus termos, sem esquecer, por último, que a própria vítima disse ter dúvida se o acusado teve a intenção de atingi-la com o tubo, o que indica a ausência de prova concreta do indispensável animus laedendi.⁷

Por fim, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifestou da posterior forma:

APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPARCIALIDADE DO JUIZ. O pedido expresso do agente ministerial atuante nesta instância, no sentido de que seja decretada a absolvição do réu, esvazia a controvérsia posta nos autos. De ressaltar que o Procurador de Justiça é quem detém atribuição para atuar junto aos Tribunais perante as Câmaras, nos termos do artigo 29, I, "a" e artigo 31, respectivamente, da Lei Orgânica Estadual e Nacional do Ministério Público, de sorte que o pedido por ele deduzido, a favor do réu, é a posição do Ministério Público - uno e indivisível -, que deve ser considerada no julgamento. A Carta Magna de 1988 filiou-nos ao Sistema Acusatório, e, a um só tempo, incumbiu exclusivamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal e impediu o juiz de tomar qualquer iniciativa. Com isso, distinguiu o persecutor do julgador, sendo, sem dúvida, a inércia do juiz a garantia da sua imparcialidade.⁸

Em suma, a maioria dos nobres julgadores defendem que o art. 385 do Código de Processo Penal é constitucional e afirmam que essa vinculação ao pedido do Ministério Público é uma afronta a independência funcional da magistratura. Porém, apesar de tantas

⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (1. Câmara Criminal). Apelação 0005443-72.2012.8.19.0044. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Apelado: Gilson Constantino Cuba. Relatora: Des. Maria Sandra Kayat Direito. Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-tj/116611427>. Acesso em: 03 abr. 2023.

⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (5. Câmara Criminal). Apelação Crime nº 70056134711 (nº CNJ 0338098-20.2013.8.21.7000). Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Gamaliel dos Santos Rodrigues. Relator: Des. Francesco Conti, 18 de setembro de 2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 25 nov. 2022.

decisões que tratam o dispositivo como constitucional, merecem destaque aquelas que quebram esse ciclo vicioso.

3.2 As Correntes Doutrinárias

A doutrina brasileira, ao tratar da (in)constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal se divide em três correntes. A primeira corrente sustenta que o artigo é constitucional e foi recepcionado pela Constituição Federal. A segunda corrente, afirma que o juiz não está vinculado ao pedido de absolvição realizado pelo Ministério Público, podendo condenar, porém, não se admite que reconheçam agravantes alheias a denúncia. E, por fim, a terceira corrente que ratifica a inconstitucionalidade do artigo.

Dentro da primeira corrente está o Doutrinador e Desembargador Guilherme de Souza Nucci, que leciona em sua obra:

Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (art. 385, CPP). Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. (...) Há possibilidade legal do reconhecimento de agravantes pelo juiz, ainda que atue de ofício, uma vez que elas são causas legais e genéricas de aumento da pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação. São de conhecimento das partes, que, desejando, podem, de antemão, sustentar a existência de alguma delas ou rechaçá-las todas. O fato é que o magistrado não está vinculado a um pedido da acusação para reconhecê-las. Não há, muitas vezes, contraditório e ampla defesa acerca das agravantes e atenuantes, tanto quanto não se dá em relação às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, em face da carência de provas produzidas pelas partes e pelo desinteresse destas e do próprio magistrado, no geral, pelo processo de aplicação da pena. Lembremos que vige, no Brasil, a política da pena mínima, motivo pelo qual as circunstâncias legais e judiciais tornam-se esquecidas durante a instrução. Luta-se pela condenação (Ministério Público) ou pela absolvição (defesa), mas não pela pena justa. (NUCCI, 2022, p. 420).

No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho sustenta:

A regra do art. 385 é decorrência lógica do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (art. 42, do CPP), uma vez que a vinculação do juízo ao pedido de absolvição equivaleria, a tornar disponível o indisponível, além de depositar nas mãos do Ministério Público o direito de punir. (2009, p. 937).

Em idêntica toada, grande parte dos tribunais e dos juristas brasileiros afirmam que o art. 385 do Código de Processo Penal é constitucional e acusatório, justificando suas decisões dizendo que o ato de vincular o magistrado à manifestação do Ministério Público,

confere ao Ministério Público o julgamento do mérito da ação. E tal ação não existe no sistema acusatório.

Já na segunda corrente, onde se concorda com a primeira parte do artigo e discorda-se da última, o jurista Renato Marcão sustenta que:

Em relação à primeira parte do dispositivo em questão, não há qualquer -dúvida: o Ministério Público, mesmo quando figure como autor da ação penal, guiado por sua independência funcional poderá, ao final da instrução, postular a improcedência da ação que ajuizou e, em consequência, a absolvição do acusado. Sua atuação é livre; não está obrigado a se bater pela condenação que se lhe afigure incabível. Não deve portar-se como promotor de acusação, mas de Justiça. O julgador, a seu turno, não fica adstrito à convicção exposta pelo -Ministério Público. O pedido de absolvição do órgão acusador não vincula o juiz. (...) Não é possível admitir que o juiz possa, em pleno Estado de Direito, sem a iniciativa do órgão acusador e sem que a defesa seja oportunamente chamada a tratar do tema durante a instrução do processo, reconhecer, por exemplo, que o acusado agiu: por motivo fútil ou torpe; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido etc. Não guarda conformidade com a ordem constitucional vigente a sentença que reconhece agravante não imputada na inicial acusatória, por fazer configurar flagrante violação aos princípios da imparcialidade do juiz; iniciativa das partes; ampla defesa, contraditório e, por evidente, desconsiderar o devido processo de modelo acusatório. (2016, p. 417).

Dentro da terceira corrente, está o doutrinador Aury Lopes Junior, que lecionou de maneira clara:

Partindo da construção dogmática do objeto do processo penal, com GOLDSCHMIDT, verificamos que (nos crimes de ação penal de iniciativa pública) o Estado realiza dois direitos distintos (acusar e punir) por meio de dois órgãos diferentes (Ministério Público e Julgador). Essa duplicidade do Estado (como acusador e julgador) é uma imposição do sistema acusatório (separação das tarefas de acusar e julgar). O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, sem o seu pleno exercício, não se abre a possibilidade de o Estado exercer o *poder de punir*, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP mediante o exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. (2021, p. 1156).

Na mesma linha e de maneira sucinta, José Frederico Marques, destaca:

Não há, no processo penal pátrio, o procedimento *ex officio*. A acusação pública é atividade funcional adjudicada exclusivamente ao Ministério Público, enquanto que a acusação privada pertence ao ofendido, com a atuação supletiva, em alguns casos, do próprio Ministério Público. Instaura-se, por isso, a relação processual, através de provocação do órgão acusador, mediante propositura da ação penal. Donde concluir-se que não há, também, na jurisdição penal, jurisdição sem ação. Consagração exata do princípio do *ne procedat iudex ex officio* é a regra e norma que se contém no artigo 28 do Código de Processo Penal. Completa esse princípio, aquele outro sobre a proibição do julgamento *ultra e extra petita*. A acusação determina a amplitude e conteúdo da prestação jurisdicional, pelo que o juiz criminal não pode decidir além e fora do pedido com que o órgão da acusação deduz a pretensão punitiva. Os fatos

descritos na denúncia ou queixa delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional. (1997, p. 181).

Por fim, Vladimir Aras, ao demonstrar a inconstitucionalidade do art. 385, do Código de Processo Penal, frisa que:

“O juiz pode muito, mas não pode tudo”, e, como garantidor de direitos, o julgador criminal deve ser um impedimento à pretensão condenatória, e não seu facilitador. Por isso, o aludido autor defende que a aplicação do mencionado dispositivo “equivale a uma condenação sem acusação, prática judicial inquisitorial, violadora do dever de imparcialidade judicial e do devido processo legal. (ARAS, 2013, n.p.).

Destarte, percebe-se que não há consenso entre os autores e, dependendo dos pressupostos adotados, o art. 385, do Código de Processo Penal, poderá refletir o lado inquisitório do sistema processual penal brasileiro.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Para a correta análise da (in)constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal, exige-se, preliminarmente, a afirmação de que separação de funções representa uma dupla garantia para o cidadão, a fim de que seja acusado pelo promotor natural e julgado por um juiz imparcial, conforme preceitua os artigos 5.º, LIII e 129, I, ambos da Constituição Federal. Diante disso, entende-se por inconstitucional qualquer dispositivo que viole essa dupla garantia.

Assim, se o assunto for visto pela estrutura do Código de Processo Penal continuará em vigor, pois é da sua base que a acusação é veiculada pelo Ministério Público nas ações públicas, mas se desprende e passa a ser compartilhada com o magistrado. Neste cenário, é natural que o magistrado não se apegue às alegações finais do Ministério Público.

Se o assunto for analisado pela ótica da Constituição Federal será tratado com violador do sistema adotado por ela, o acusatório. Dado que, o juiz, ao praticar a regra do art. 385 do Código de Processo Penal, age sem a devida provocação, portanto se torna um juiz parcial e passa a agir como se acusação fosse, todavia, no sistema constitucional, o juiz deve ser imparcial, alheio as partes e a colheita de provas.

Assim, estranha-se o fato de que parte da doutrina e jurisprudência, para justificar a constitucionalidade do artigo, fundamente suas decisões não com o texto constitucional, mas em normas infraconstitucionais.

4.1 Dos Princípios Gerais do Direito

Os princípios Gerais do Direito são a argumentação favorita dos juristas e julgadores para justificar a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, e seus prediletos são os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade, o primeiro refere-se à impossibilidade de o Ministério Público dispor da ação penal a que era inicialmente obrigado e, nesse sentido, a indisponibilidade é consequência da obrigatoriedade da ação penal, sendo que a distinção entre ambas é o momento processual de seu exercício, sendo a obrigatoriedade aplicável antes da ação penal e a indisponibilidade após seu início.

Entretanto, não se pode confundir a indiscriminada aplicação do art. 42, do Código de Processo Penal, com a antijuridicidade de acusar alguém, ou requerer a condenação em alegações finais, quando não existe prova suficiente de autoria e materialidade.

Da mesma forma, o princípio do livre convencimento motivado, o qual poderia se justapor ao princípio acusatório, para justificar uma sentença condenatória diante de pedido absolutório, pelo Ministério Público. Entretanto, o artigo 155 do Código de Processo Penal, que versa sobre o princípio citado acima, afirma que o juiz deve formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. Assim, o juiz deve julgar de acordo com as provas presente nos autos e não fundamentar a sentença com elementos da fase de investigação, ou seja, não deve coletar provas e, precisa se manter como terceiro imparcial.

Com efeito, questiona o escritor Aury Lopes Junior:

Pode(ria) o juiz condenar quando o MP pedir absolvição? Em que pese a redação do art. 385, pensamos que ele é substancialmente inconstitucional por flagrante violação do princípio acusatório. Ademais, representaria uma inequívoca violação do princípio da correlação (condenação sem pedido) e da imparcialidade do juiz, além de ser incompatível com o objeto do processo penal (pretensão acusatória). O juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido. (2021, p. 1177).

Como citado por ele, o artigo 385 do Código de Processo Penal representa uma violação ao princípio da correlação, o qual dispõe que o juiz não pode proferir decisão diversa do que lhe foi pedido, além disso, o espaço decisório se confunde com o acusatório. Assim, ainda pontua Aury Lopes Junior:

A regra geral é a imutabilidade do objeto do processo penal, ou seja, da pretensão acusatória. Para realizar qualquer modificação devem ser observados os arts. 383 (*emendatio libelli*) e 384 (*mutatio libelli*). Predomina neste tema, o (a nosso ver, superado) brocardo “narra mihi factum, dabo tibi ius”, segundo o qual, o réu se defende dos fatos aduzidos na acusação e não da capitulação jurídica. (2021, p. 1177).

Em contrapartida, todas as decisões que afirmam a inconstitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal são baseadas nos princípios do contraditório e da imparcialidade, uma vez que ao juiz proferir sentença condenatória diante do pedido de acusação do órgão acusador, ele está atuando sem a devida provocação e confundindo-se com a figura do acusador, logo atuando fora dos limites do contraditório.

Também, o acusado deve ser julgado por um juiz imparcial, afastado da gestão de provas, pois no Sistema Acusatório há a separação das funções de acusar, defender e julgar. Destarte, ao juiz tomar essa atitude de condenar, mesmo diante do pedido absolutório do Ministério Público, ele deixa de ser imparcial e vai atrás de provas para sustentar sua decisão, se tornando um juiz parcial e inquisidor. Assim, nota-se a infringência do princípio da imparcialidade.

Por isso que os defensores da incompatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal com o modelo acusatório constitucional defendem que o pedido de absolvição, formulado pelo órgão ministerial em alegações finais, equivale à retirada da acusação, e, portanto, neste caso, a sentença condenatória não estaria legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, pleno exercício da pretensão acusatória (LOPES JUNIOR, 2021).

Portanto, o pedido ministerial em alegações finais não é mera opinião, até porque o Ministério Público jamais exerce o papel de parte imparcial (LOPES JUNIOR, 2021), sendo que a ausência de pedido condenatório, na fase derradeira do processo, não deixa de evidenciar a falta de interesse de agir, condição essencial para a ação, não se sustentando qualquer decisão judicial em sentido contrário (ARAS, 2013).

Por isso, conclui Aury Lopes Junior:

Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Processualmente falando, o correto (diante de tal situação) seria que o juiz proferisse uma decisão de extinção do processo sem julgamento do mérito. Na falta de previsão legal, só nos resta a absolvição. (2014, p. 386).

Afinal, o sistema acusatório ao opor-se a atuação de ofício do magistrado mediante a separação de funções, possibilita o exercício do poder punitivo apenas sob a condição de prévio exercício pleno da pretensão acusatória. Aceitar a vigência do artigo 385 do Código de Processo Penal significa reconhecer que juiz também poderia acusar, o que, no modelo acusatório constitucional, seria inaceitável.

Em suma, é inconcebível a posição de desconfiança que o art. 385 do Código de Processo Penal manifesta em relação ao Ministério Público, como se fosse incapaz de

conduzir a acusação, ao deixar nas mãos do juiz poderes claramente inquisitórios e autoritários, afinal, em democracia, a distinção de papéis e poderes exige responsabilidade, ou seja, ônus e bônus (LOPES JUNIOR, 2014).

Assim, a regra do art. 385 do Código de Processo Penal traduz uma inequívoca unificação dos poderes decisórios e acusatórios na pessoa do juiz, em verdadeiros moldes inquisitórios, em contradição com a sua imparcialidade, com os poderes a ele atribuídos, inclusive ao ignorar totalmente a opinião do órgão acusatório e, sobretudo, com o modelo constitucional e democrático de partes, alicerces essenciais para qualquer sistema processual que aspire o título de acusatório.

4.2 As tentativas de reforma do artigo 385 do Código de Processo Penal

A norma presente no art. 385 do Código de Processo Penal veio para ratificar o caráter absoluto do poder do magistrado para elucidar os fatos e a lei, durante o processo. Tal dispositivo jamais foi modificado, pois as comissões de juristas instituídas para a reforma do código de processo penal não o alteraram significativamente.

Em 2009, foi criada uma Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, com a iniciativa do Senador José Sarney, que se transformou em Projeto de Lei nº 156, de 2009, e propôs uma alteração parcial do artigo, que passou a dispor o seguinte:

Art. 409. O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada. (BRASIL, 2009, p. 105).

Em geral, se observa que o Projeto de Lei nº 156/09 abriu os olhos para o modelo acusatório, ao enfatizar no processo, o papel das partes e limitar os poderes do juiz ao alegado na denúncia, não podendo ir atrás das provas e nem reconhecer agravantes ou causa de aumento alheias à peça acusatória. No entanto, ainda é contraditória a manutenção do artigo.

O Projeto de Lei do Senado foi enviado à revisão da Câmara dos Deputados e, se transformando em PL 8045/2010. Após, foi instaurada uma “Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do Código de Processo Penal”.

Na Câmara dos Deputados, o relator parcial, Deputado Pompeo de Mattos, acolheu a proposta enviada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), e sugeriu a Emenda nº 19, dando ao art. 420 a seguinte redação:

Art. 420. O juiz não poderá proferir sentença condenatória se o Ministério Público tiver requerido a absolvição. Parágrafo único. Em caso de condenação, é vedado ao juiz reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada na denúncia. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal” (revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-Lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Relator parcial: Dep. Pompeo de Mattos. P. 111. (BRASIL, Projeto de Lei nº 8.045/2010, Senado Federal, p. 77).

A alteração sugerida pelo IBCCRIM transformou regra prevista do art. 385, do CPP, em acusatória, previsto pela Constituição de 1988. Entretanto, o projeto ainda está em tramitação, atualmente aguardando criação de Comissão Temporária pela MESA. A Comissão Especial foi extinta em 2021, em conformidade com o portal da Câmara dos Deputados e nenhuma mudança foi complementemente efetivada. (BRASIL, Projeto e Lei 8.045/2010).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, fica claro que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, podendo-se afirmar que um dos principais objetivos a ser alcançado é a utilização da Constituição Federal como forma de limitação dos poderes do juiz. As leis constitucionais e processuais penais são pilares fundamentais para construção de uma verdadeira estrutura acusatória no sistema jurídico, pois dificultam a imposição do poder dos juízes e de suas convicções de maneira ilimitada sobre os acusados.

É claro que o Processo Penal brasileiro ainda não alcançou um sistema acusatório puro, possuindo resquícios inquisitórios, como o artigo 385 do Código de Processo Penal. Entretanto, como se verifica no decorrer dessa pesquisa, está presente na doutrina e na jurisprudência penal o motivo de cessar com o ciclo de decisões inquisitivas e inconstitucionais. Esta ruptura se faz necessária, uma vez que não basta afirmar que a Constituição Federal adota um sistema acusatório se, na prática, não é aplicado ao ser confrontado com outras normas orientadoras do processo penal.

Diante do exposto, surge da presente pesquisa, a conclusão de que a separação de funções é o núcleo do sistema acusatório. Valorizando o papel das partes, garantindo o contraditório e a paridade de posições. Ademais, como exaustivamente afirmado anteriormente,

não há como se afirmar acusatório um modelo que não respeite a figura do juiz imparcial, alheio à atuação investigativa e acusatória, e passivo à atividade probatória, papel atribuído às partes.

É evidente que a Constituição Federal de 1988 adotou princípios e valores acusatórios, sobretudo ao afirmar o respeito ao contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o juiz imparcial e a separação das funções de acusar e julgar, a pesquisa comprova que o artigo 385, do Código de Processo Penal, apresenta características marcadamente inquisitórias e, portanto, contrárias com as normas constitucionais.

Em especial, na ação penal pública, não existe a possibilidade de o magistrado proferir sentença condenatória, em detrimento do pedido de absolvição pelo Ministério Público em alegações finais, sem que haja flagrante violação ao princípio acusatório, principalmente porque se admitiria uma condenação sem o pleno exercício da pretensão acusatória. Além disso, seria uma infração ao artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, que surgiu para reafirmar o modelo processual acusatório previsto pela Constituição Federal de 1988.

Assim, a manutenção e aplicação da referida regra, revela uma defraudação das atribuições constitucionalmente prevista a cada órgão, representando uma total desconsideração ao disposto no art. 129, I, da Constituição Federal e ao órgão do Ministério Público, como também ao contraditório.

Além disso, para a comparação da recepção ou não da regra do artigo 385 pela Constituição, evidencia-se a fragilidade do argumento de que o referido dispositivo é decorrente do princípio da indisponibilidade da ação penal, e, por isso, deve ser mantido no ordenamento.

Ademais, ao postular pela absolvição do denunciado, o Ministério Público não abandona a ação, de maneira que esta precise ser continuada pelo juiz, porque não existe mais o pleno exercício da pretensão acusatória.

Essa conclusão, não significa a defesa da impunidade ou a diminuição da competência jurisdicional, mas sim uma visão constitucional e acusatória sobre o processo penal, respeitando-se o dever de imparcialidade, a ampla defesa e ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor. **Blog do Vlad**, 25 de maio de 2013. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, publicado no DOU de 13.10.1941 e retificado em 24.10.1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Projeto de lei nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do "código de processo penal**. Relatório parcial Deputado Pompeo de Mattos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/relatorio-parcial-dep-pompeo-de-mattos>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do código de processo penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. p. 105.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 725.491/SP**. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Penal e processual penal. Crime de estelionato circunstanciado. Artigo 171, parágrafo 3º, do código penal. Alegada ofensa ao artigo 127, parágrafo 1º, da constituição federal. Princípio da independência funcional do ministério público. Acórdão recorrido em divergência com a jurisprudência desta corte. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido Carlos Roberto Pereira Dória. Relator: Min. Luiz Fux, 26 de maio de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8678455>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 69957/RJ**. Habeas corpus. Recurso do MP. Paciente: José Antonio de Oliveira Almeida. Impetrante: Roberto Duarte Butter. Relator: Min. Néri da Silveira, 09 de março de 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153589/false>. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.435.343/PR**. Agravo regimental no recurso especial. Crimes contra a administração pública. Descaminho. Art. 334, do código penal. Configuração. Crime formal. Apuração administrativo-fiscal do valor do imposto iludido. Desnecessidade. Aplicação da súmula 83/STJ. Ausência de prequestionamento da matéria pelo tribunal a quo. Incidência da súmula 282/STF. Agravo regimental não provido. Recorrente: Wesley Sabino. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Moura Ribeiro, 27 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/153316248>. Acesso em: 25 out. 2022.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596687. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596687/>. Acesso em: 03 abr. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502626799. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626799/>. Acesso em: 04 abr. 2023.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5. Câmara Criminal). Recurso em Sentido Estrito 1.0024.05.702576-9/001 (7025769-06.2005.8.13.0024). Recurso em sentido estrito - pronúncia - absolvição dos réus decretada - pedido de absolvição apresentado pelo ministério público em alegações finais - vinculação do julgador - sistema acusatório. Recorrente: E.R.V.O. Recorrido: M.P.E.M.G. Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho, 13 de 10 de 2009. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=5D732AEC0B1D7447D3EB2FF97196A344.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.702576-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 25 nov. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (1. Câmara Criminal). **Apelação 0005443-72.2012.8.19.0044**. Penal - processo penal - violência doméstica - materialidade - laudo pericial - ausência - bam - insuficiência - artigo 385 do CPP - pedido de absolvição do ministério público em alegações finais - ausência de alegações finais da defesa técnica - absolvição - apelação manejada por outro representante do ministério público - dúvida quanto ao elemento subjetivo - absolvição. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Apelado: Gilson Constantino Cuba. Relatora: Des. Maria Sandra Kayat Direito. Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/116611427>. Acesso em: 03 abr. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (5. Câmara Criminal). **Apelação Crime nº 70056134711 (nº CNJ 0338098-20.2013.8.21.7000)**. Apelação crime. Roubo majorado. Absolvição. Pedido do ministério público. Imparcialidade do juiz. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Gamaliel dos Santos Rodrigues. Relator: Des. Francesco Conti, 18 de setembro de 2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 25 nov. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (7. Grupo de Direito Criminal). **Acórdão. Revisão Criminal nº 0024111-19.2021.8.26.0000**. Voto nº 9896. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário Carlos Antônio Ferreira de Sousa Junior. Relator: Des. Xisto Rangel, 05 de abril de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16634845&cdForo=0>. Acesso em: 25 out. 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.