



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Pode o magistrado proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição do acusado? Uma análise crítica do art. 385 do CPP.

Júlia Guedes

Rio de Janeiro
2014

JÚLIA GUEDES

Pode o magistrado proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição do acusado? Uma análise crítica do art. 385 do CPP.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Arthur Gomes

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2014

PODE O MAGISTRADO PROFERIR SENTENÇA CONDENATÓRIA AINDA QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO TENHA OPINADO PELA ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO? UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Júlia Guedes

Graduada em Direito pela UFRJ. Pós-graduanda em Direito pela EMERJ. Advogada.

Resumo: O presente trabalho aborda a liberdade e o limite da atividade judicante, por meio de uma análise crítica acerca da possibilidade de o Juiz condenar o acusado quando o Ministério Público tenha clamado por sua absolvição. Está baseado na polêmica a respeito da existência de inconstitucionalidade material do art. 385 do Código de Processo Penal - CPP. Há doutrina a adotar a posição de que o pedido de absolvição pelo titular da ação penal pública (Ministério Público) significa renúncia ao direito de ação e, dessa forma, limita a atuação do juiz. Em contrapartida, há doutrina a entender que o juiz pode julgar em desacordo com a opinião do *Parquet*, mesmo que essa favoreça ao réu, uma vez que há independência funcional entre os órgãos. O presente estudo abordará, ainda, a adoção do sistema acusatório pela CRFB/88, a necessidade de uma filtragem constitucional, por meio da aplicação dos princípios que regem o processo penal. E, ao final, concluirá pela inconstitucionalidade do art. 385 do CPP.

Palavras-chave: Magistrado. Sistema acusatório. Opinião. Ministério Público.

Sumário: Introdução. 1. Sistemas no Processo Penal 1.1 Sistema Acusatório. 1.2 Sistema Inquisitório 1.3 Sistema Misto 1.4 Opção Brasileira 2. Princípios correlatos ao Sistema Acusatório 3. Análise da regra prevista no art. 385 do CPP. 3.1 Função do juiz 3.2 Função do Ministério Público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagrou o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Foi a primeira Carta Magna promulgada após a ditadura, que positivou diversas garantias individuais, limitou os poderes do Estado e definiu as atribuições do Ministério Público,

dentre elas a de titular da ação penal, conforme preceitua o art. 129 da CRFB/88, em consonância com o sistema acusatório por ela adotado.

O sistema acusatório divide as atribuições jurisdicionais do *parquet* e do magistrado, competindo ao Ministério Público o papel acusatório e ao juiz a função judicante. O presente estudo visa discutir a relação entre o sistema eleito pelo ordenamento e os limites impostos à atividade judicante. A ideia é traçar um caminho no qual se busca preservar a imparcialidade do juiz no exercício da sua função, de modo a permitir a construção de um ideal de justiça. Um dos objetivos deste estudo é verificar se o sistema acusatório é efetivamente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro.

A doutrina clássica definia o processo penal como o meio adequado para apurar os fatos tipificados como delitos, aplicando a eles as penas cominadas em lei; ao juiz, por sua vez, competia a busca da verdade real. Essa visão sofreu significativas alterações no campo doutrinário e jurisprudencial, pois, atualmente, o processo é visto como um conjunto de procedimentos aptos a garantir a defesa do acusado frente à acusação do ente estatal.

A parte final do trabalho destina-se a uma análise crítica do artigo 385 do Código de Processo Penal. Busca esclarecer se o juiz tem poder para condenar quando o Ministério Público, titular da ação penal pública, opinar pela absolvição do acusado. De um lado, a doutrina clássica e majoritária defende o poder ilimitado do juiz, com base nos princípios da livre convicção motivada, também conhecido como persuasão racional, e da independência funcional. Em contrapartida, corrente minoritária, entende que se o *Parquet* é o titular da ação penal, o seu entendimento pela absolvição deve prevalecer, já que ele é o órgão acusatório por excelência. Pretende-se concluir se há necessidade ou não de uma filtragem constitucional do art. 385 do CPP.

A essência do trabalho, portanto, é esclarecer, por meio de uma análise crítica do artigo 385 do Código de Processo Penal, quais os limites da atuação do magistrado no

processo penal. Pretende-se discutir se, na hipótese em que o Parquet – titular da ação penal - opinar pela absolvição do acusado, poderá o juiz condenar o réu.

1. SISTEMAS NO PROCESSO PENAL

A primeira parte deste trabalho destina-se à análise do sistema acusatório e do inquisitório, com suas principais características, dentre elas, a nítida divisão entre as atribuições jurisdicionais do *parquet* e do magistrado. Visa discutir a relação entre o sistema eleito pelo ordenamento e os limites impostos à atividade judicante, imparcial por sua natureza. Pretende-se, ainda, verificar se o sistema acusatório foi efetivamente adotado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme sustentado por grande parte da doutrina.

O sistema processual penal adotado por cada país é a fonte dos princípios¹ ou garantias, mandamentos nucleares do sistema – alicerces para interpretação das normas por definirem a lógica e racionalidade do sistema normativo. Como ensina Aury Lopes Jr., o sistema é reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. Atualmente, no mundo ocidental existem 3 (três) sistemas processuais penais que são os mais adotados: acusatório; inquisitório e misto.

1.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório tem sua origem na Grécia e Roma antigas², consagrou-se como expressão da democracia direta³, por pessoas distintas exercerem as funções de acusar e

¹ Definição de princípio segundo José Afonso da Silva: “ mandamento nuclear de sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência... exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe refere a tônica e lhe dá sentido humano. “ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 35-40

² LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 20

julgar, o que embora limite a competência do julgador garante sua imparcialidade, e ainda, impõe as partes o poder-dever de produzir prova.

Suas principais características são tratamento igualitário das partes, oralidade, publicidade, contraditório, juízes afastados da iniciativa e da gestão da prova e possibilidade de resistência, coisa julgada para dar maior segurança jurídica e social.

Antigamente, no Sistema Acusatório, havia a participação direta do povo no exercício das funções de acusar e de julgar. A acusação costumava ser exercida por um cidadão do povo, geralmente, pessoa com ambição de exercer um cargo político, já que era uma oportunidade para praticar a oratória e exibir suas aptidões para os eleitores.⁴

Esse sistema foi adotado pelo Direito Germânico até o século XIII, quando se iniciou a Alta Idade Média e passou a ser utilizado o sistema inquisitivo.

O professor Aury Lopes Jr. aponta como um fator determinante para o desuso do Sistema Acusatório o fato de durante o Império tal sistema ter permitido que diversas acusações falsas e motivadas apenas por ânimo de vingança tenham causado perseguições injustas. Para evitar injustiças, os juízes iniciaram uma invasão à função do acusador privado para verificar a veracidade das acusações. Dessa forma, os juízes passaram a investigar, ou seja, participar da produção da prova.

Posteriormente, com a volta da Democracia, verificou-se que uma mesma pessoa a ocupar as funções de acusar e julgar gerava prejuízos à imparcialidade. Esse foi um dos fatores para a adoção do sistema acusatório em diversos países, pelo menos durante a fase judicial. E ainda, para evitar acusações injustas ou ineficientes quanto à comprovação, o Estado assumiu a função de acusador antes exercida por particulares. Hoje no Brasil tal função é exercida pelo Ministério Público.

³ AQUINO, José Carlos Xavier de. NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 37

⁴ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107

Nessa esteira de raciocínio, com base nos argumentos acima apresentados, o autor brasileiro José Frederico Marques⁵ afirma que o sistema acusatório é o ideal, vide trecho de sua obra *A Investigação Policial*:

Os atos de colaboração entre os interessados no litígio penal e o juiz, estão subordinados a uma forma procedimental em que não se ponha em risco a imparcialidade do órgão jurisdicional e na qual o *jus puniendi* do Estado e o direito de liberdade do réu sejam amplamente focalizados e debatidos. Nisto consiste o procedimento acusatório, único modus procedendi compatível com o verdadeiro processo penal.

Dessa forma, atualmente, tendo por base a ideia de que o processo penal reflete a política estatal, por ser o conjunto de leis que demonstra como o Estado lida com o Direito à liberdade, o sistema acusatório é visto como o que mais se coaduna com governos democráticos, já que nesses países o processo penal é uma garantia do respeito ao direito individual à liberdade e não como um instrumento para a busca da verdade real e instrumento legal de permissão para prender quem descumpre o ordenamento jurídico.

1.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitorial tem sua origem em Roma. Há relatos de que tenha surgido por volta de 1215 e se aperfeiçoado com o direito canônico, tenha atingido todas as legislações européias nos séculos XVI, XVII e XVIII. Suas principais características eram ser por escrito, secreto, iniciar-se por impulso oficial, ausência de coisa julgada, valorização exacerbada à confissão, destaque-se que, em épocas passadas, admitia-se a tortura para obtê-la.

O sistema inquisitorial originou-se a partir da insatisfação com o sistema acusatório na época do império romano, pois permitia persecuções inspiradas por ânimos e intenções de vingança dos oficiais públicos que exerciam função de investigação. Conhecidos como

⁵ MARQUES, José Frederico. *A Investigação Policial*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2 ed. Campinas: Millenium, 2001, p. 70-71

curiosi, nunciatores ou stationarii investigavam e transmitiam os resultados para os juízes. Outra razão para a criação de tal sistema foi a inatividade das partes quanto as provas, o que exigiu a atuação do Estado para evitar ineficiência no combate à delinqüência.

A transformação ocorreu paulatinamente. Os magistrados começaram a agir de ofício, sem provocação, sem acusação, realizando as investigações, atuando como inquisidores e prolatando sentenças. As sentenças que eram lidas oralmente no alto da tribuna ao longo da República, passaram a ser por escrito e apenas lidas em audiência. Dessa forma, terminou a separação de papéis de acusador e julgador, bem como com a publicidade.

O sistema inquisitório teve grande influência do direito canônico, o *Directorium Inquisitorum* – Manual dos Inquisidores é o principal escrito que revela o funcionamento da inquisição, é a grande influência da Igreja Católica no Direito Penal. Com base na busca da verdade real, a colocação do interesse público acima de qualquer direito individual, permitiu-se o uso da tortura para obter confissões, prova máxima na época em que havia provas tarifadas.

Historicamente, o sistema inquisitorial puro predominou até final do século XVIII, uma vez que com a Revolução Francesa, os novos movimentos filosóficos que valorizavam o homem foram tomando espaço e inclusive influenciando no processo penal, resposta ao Direito Penal com base na política adotada pelo país e pelos anseios da população da época, até a adoção do sistema misto.

Todavia, vale salientar que há resquícios recentes da influência do Sistema Inquisitório para legitimar ações de grupos que atingiram o poder e governaram sob a forma de ditadura nos países latino-americanos, exemplo a legitimação da invasão dos direitos individuais que ocorria sob o pretexto da busca da verdade real para defesa do interesse e a segurança nacional.

Não obstante, destaque-se que o sistema inquisitorial continua em vigor no Direito Canônico, em pleno século XXI. A mesma instância acusa e julga de forma secreta. Além disso, ainda perdura: o processo de delação, inexistência de advogado e impossibilidade de apelação. Emocionado, comenta o ilustre autor Leonardo Boff⁶ que trata-se de uma perversidade jurídica em qualquer Estado de Direito, pagão, ateu ou cristão.

O referido autor relata que ocorre a “morte psicológica” dos condenados, uma vez que são pressionados até o limite do suportável psicologicamente, são desmoralizados, proíbe-se que sejam convidados para conferências e retiros espirituais, alguns são forçados a deixar as cátedras, pressionam as editoras a não publicar seus escritos e as livrarias religiosas a não expô-los nem vendê-los.

1.3 SISTEMA MISTO

O sistema misto originou-se no século XVII, teve seu apogeu no século XIX, após a Revolução Francesa, com o Código de Instrução Criminal de Napoleão de 1808 que se alastrou pelo mundo e adentrou ao século XX.

É a mistura do sistema inquisitório com o acusatório. Caracteriza-se por ter uma fase preparatória com base no sistema inquisitivo e a judicial com base no acusatório, tendo elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor grau, conforme o país que o adota. Combina a eficiência e o interesse na busca da verdade, inerente ao modelo inquisitivo, com a igualdade de armas.

⁶ BOFF, Leonardo. *Tradução brasileira do Manual dos Inquisidores*. p. 24 *Apud* LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Contudo, insta destacar que parte da doutrina, como Frederico Marques⁷ defende, para ser considerado acusatório bastaria adotar uma fase processual sem caráter inquisitivo. Nesse sentido trecho de seu livro:

[...] O que marca, por outro lado, o sistema acusatório, é a supressão da inquisitividade na relação processual, com a inexistência dos procedimentos secretos, do procedimento ex officio, da desigualdade entre acusação e defesa [...]

Nesse sentido, insta esclarecer a necessidade de um órgão distinto para acusar, já que o juiz deve se manter imparcial, surgiu o Ministério Público. Logo, o nexó entre o sistema inquisitivo e o *parquet*.

Além disso, a posição da doutrina que aponta como critério definidor, núcleo fundante, de sistema misto, apenas a divisão das atividades de acusar e julgar é criticada por Aury Lopes Jr.⁸ Segundo esse autor seria necessário, aliás, decorrência lógica de um sistema misto, que a iniciativa/gestão da prova coubesse apenas às partes, e ainda, uma postura completamente imparcial do juiz para que haja contraditório.

1.4 A OPÇÃO BRASILEIRA

O tema ainda é polêmico entre os autores, são adotados diversos critérios para definir se o Brasil adota sistema acusatório, inquisitório ou misto. Em contrapartida, há consenso no sentido de que o Código Processual Penal é de 1941 e na época em que foi criado adotava-se o sistema inquisitório e, de que ao encontro dos ditames da Constituição de 1988, deveria ser adotado na parte judicial o sistema acusatório. Serão citados alguns ilustres doutrinadores e suas teses.

⁷ MARQUES, José Frederico. “A Investigação Policial”. In *Estudos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001, p. 70-71 Apud LIMA, Marcellus Polastri. 6. ed. Rio de Janeiro.: Lumen Júris, 2012, p. 21

⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

Guilherme Nucci ensina que não oficialmente o sistema é misto, uma vez que se seguirmos exclusivamente a Constituição, o sistema é acusatório porque o texto dita os princípios acusatórios, contudo, na prática, o Código Processual Penal de 1941 elaborado sob a ótica inquisitiva ainda é muito utilizado sem que seja realizada uma filtragem constitucional. Portanto, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição na prática forense.⁹

Na mesma linha de raciocínio, o professor Geraldo Prado afirma em sua obra *Sistema Acusatório* que uma análise da dinâmica processual, das posições predominantes nos Tribunais, lamentavelmente, é necessário admitir que prevalece a teoria da aparência acusatória.¹⁰

Segundo o professor Marcellus Polastri Lima¹¹ o Código Processual Pátrio era baseado no sistema misto, uma vez que mesmo na fase do processo, devido a força do artigo 531, já revogado, havia poderes para o juiz interferir na investigação e no procedimento *ex officio*. Embora José Frederico Marques já o considerasse como advindo de um sistema acusatório puro.

Polastri¹² entende que após a Constituição de 1988, Carta Magna que legitimou o Brasil como Estado Democrático de Direito depois do país liberta-se da Ditadura Militar, o Brasil adotou o sistema processual acusatório (em que pese ainda haver resquícios do sistema inquisitório), pois o poder do Estado foi limitado pelas garantias trazidas por meio de princípios como o contraditório e ampla defesa (art. 5, LV), juiz natural e imparcial (art. 5, LIII, 92 e 126), a ação penal pública ser privativa do Ministério Público (art. 129, I). Todavia, conforme dita Aury Lopes Jr.¹³ a posição majoritária da doutrina brasileira é de que

⁹ NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo e Execução Penal* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

¹⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 195

¹¹ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 21.

¹² *Ibid.*, p. 22.

¹³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

o sistema processual penal brasileiro contemporâneo é o misto, pois predomina o sistema inquisitório na fase pré-processual e o acusatório na fase processual.

O advogado teceu críticas a tal entendimento, ao argumento de que não há na atualidade quem siga um sistema puro, todos os países sofrem influências de ambos os sistemas, portanto, são mistos. Dessa forma, o critério para classificação deve ser a identificação do princípio informador de cada sistema, do núcleo.

Nesse sentido, o jurista italiano Luigi Ferrajoli, um dos principais teóricos do garantismo, doutrina segundo a qual, diversos vínculos obrigam o Estado, inclusive o Judiciário, a dar efetividade aos direitos dos cidadãos garantidos pela Carta Magna, afirma que a seleção dos elementos teoricamente essenciais para cada sistema está condicionada a juízos de valor, devido à necessidade de se estabelecer um nexó entre sistema acusatório e modelo garantista, e ainda, entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficácia repressiva.¹⁴ Sendo assim, o Brasil, país democrático, deve adotar como princípio informador o sistema acusatório como dita a CRFB/88.

O Código de Processo Penal - CPP brasileiro adotado na atualidade foi promulgado em 3 outubro de 1941, pelo presidente Getúlio Vargas, na antiga capital, Rio de Janeiro. A leitura da exposição de motivos leva a conclusão de que na época os legisladores que criaram o código se basearam numa lógica inquisitorial com foco na busca da verdade absoluta, o que não se coaduna com a política atual do país.

A Lei Maior em vigência no Brasil é posterior ao CPP, foi promulgada em 1988, logo após longo período de ditadura militar e dita princípios baseados na Democracia. Assim, em consonância com o que nos ensina Aury Lopes Jr. e, por meio de uma interpretação

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2. ed. Madri: Trotta, 1999, p. 563 Apud LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 125.

histórica do ordenamento jurídico, conclui-se que, atualmente, o princípio informador do sistema acusatório é o que deve reger o processo penal no Brasil, e, ainda, faz-se necessária uma filtragem constitucional dos dispositivos do CPP.

2 PRINCÍPIOS CORRELATOS AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Após a segunda Guerra Mundial, em que regimes ditatoriais cruéis foram legitimados por lei, a concepção de direito como letra da lei sofreu profunda modificação. Os princípios, mandamentos nucleares do sistema, que são a base para interpretar as leis, foram expressos nas Constituições, e usados como um freio para garantir que se a alguma lei injusta vier a ser proposta e aprovada seja interpretada de outra forma ou desconsiderada, por afronta. Por conseguinte, são instrumentos para concretizar um Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim, uma lei que afronte um princípio pode ser considerada inconstitucional e não aplicada ao caso concreto por um juiz, e ainda, retirada do ordenamento por meio das Ações de Controle de Constitucionalidade – “remédios constitucionais”. Dessa forma, princípios são limites para a atuação daqueles seres humanos que atuam nos Poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Atualmente, os princípios expressos na Constituição de 1988 são armas que permitem o uso um Código de Processo Penal de 1941. O avanço da mentalidade da sociedade ser mais ágil que a modificação nas leis, e, para que continuem ao encontro dos anseios sociais aplicam-se os princípios para interpretar o Código de Processo Penal e mantê-lo em uso mesmo tendo sido escrito em um passado distante, num momento político diferente, numa época em que o principal objetivo da legislação processual penal era proteção ao patrimônio, instrumento para o Estado perseguir acusados em busca da verdade absoluta. Sendo hoje visto como garantia para o acusado perante o poder de polícia do Estado. Dessa forma,

diversos artigos do código estão em desacordo com a sociedade contemporânea e seus anseios, por meio de princípios constitucionais podem ser desconsiderados, não aplicados, por serem inconstitucionais.

Serão destacados alguns dos principais princípios aplicáveis ao Processo Penal, tendo em vista que seu núcleo, princípio informador, pelo menos na fase judicial, é o sistema acusatório. Insta esclarecer que embora não haja menção expressa na Carta Magna sobre a adoção deste sistema, as regras e princípios da CRFB/88 levam a conclusão da adoção do sistema acusatório.¹⁵

2.1 JUIZ NATURAL ART. 5, LIII CR

O princípio do Juiz Natural está previsto no art. 5, LIII da CRFB/88. Implica obrigar o Estado a pré-determinar uma autoridade de forma abstrata, regras de competência, para julgar um cidadão caso venha a cometer um crime. Portanto, evita manipulação para escolha de juízes para determinadas causas ou réus, bem como tribunais de exceção (após o crime ser cometido, o que pode vir a prejudicar a imparcialidade do julgador).

Tal princípio coaduna-se com o Sistema Acusatório em que um órgão diferente do juiz, no Brasil o Ministério Público, está imbuído na competência de investigar e acusar. O Ministério Público irá deflagrar a ação penal que será distribuída para o juiz natural, ou seja, aquele cuja competência está estabelecida por Lei, vide art. 69 do Código de Processo Penal.

Em contrapartida, no Sistema Inquisitório não há o direito do cidadão saber quem irá o julgar caso cometa crime. Vale destacar que um juiz poderia dar início uma investigação ou

¹⁵ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.

ação penal, ou seja, exercer em concomitância as funções de acusar e julgar. Por conseguinte, constata-se a prevalência do Poder Ilimitado do Estado perante o cidadão.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL ART. 5, LV CRFB/88

Foi previsto expressamente pela primeira vez no Brasil apenas na Constituição de 1988, art. 5, LV.¹⁶ Garante que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Portanto, coloca a formalidade descrita na lei como um limite da atuação do Estado perante o cidadão. Nessa esteira de raciocínio, tal princípio garante diversos direitos como: juiz natural; acesso à justiça; tratamento igualitário para as partes; contraditório, ampla defesa, motivação das decisões; publicidade; presunção de inocência etc.¹⁷

Na prática, explica Muna Rocha¹⁸, em sua monografia, para entender o Devido Processo Legal basta imaginar como se todos nós estivéssemos sujeitos a participar de um jogo (o processo) no qual todas as regras já viessem pré-estabelecidas no manual de instruções/regras (as normas), sendo a invalidação do jogo (processo), a sanção decorrente da não aplicação, ou ainda, aplicação incorreta das regras (normas).

2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ART. 5, LVII CRFB/88

¹⁶ NICOLLIT, op. cit., p. 31.

¹⁷ TUCCI, Rogério L. e TUCCI, José Rogério C. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 19 Apud NICOLLIT, André. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 33.

¹⁸ ROCHA, Muna Bastos. *O modelo acusatório no processo penal brasileiro: a efetividade da estrutura acusatória como garantia das partes e a manutenção da acusação como condição para emissão de sentença acusatória*. Monografia, graduação em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de ciências jurídicas e sociais, Faculdade de Direito. Orientador: prof. Geraldo Prado. Rio de Janeiro: 2009.

O princípio da presunção de inocência garante que qualquer pessoa acusada de ter cometido um injusto penal seja considerada inocente até que uma sentença judicial transitada em julgado, ou seja, para a qual não haja possibilidade de recurso, afirme que foi autora do fato e a condene pelo crime ou contravenção. Por conseguinte, evita a antecipação da pena.

Na prática, tal princípio impõe que toda a sociedade, incluindo os agentes do Estado como polícia e juiz, tratem o acusado como inocente ao longo da investigação e processo, respeitem sua integridade física e moral. Assim sendo, proíbe que espetáculos midiáticos venham a manchar a imagem, honra objetiva, do acusado. E ainda, o desacato moral, ou ainda, físico (infelizmente, em certos bolsões de miséria por nosso país ainda é comum a prática do linchamento, o que demonstra a falta de confiança na justiça).

Nessa esteira de raciocínio, tendo em vista o processo, o princípio é responsável por garantir a aplicação de uma das principais características do sistema acusatório: a divisão das funções de acusar e julgar. O ônus probatório é inteiramente responsabilidade do Ministério Público, órgão Estatal imbuído dessa função por expressa determinação constitucional (art. 129 da CRFB/88). Dessa forma, presume-se que o réu é inocente se o contrário não for demonstrado pelo Ministério Público e o juiz terá que absolvê-lo.

Vale destacar trecho da conclusão do professor Aury Lopes Júnior nesse sentido:

[...] a carga da prova deve ser inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender quem não foi definitivamente condenado?) [...]¹⁹

O mencionado mandamento nuclear do sistema foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem em 1789 e teve sua aplicação prejudicada nos regimes totalitários do final do século XIX e início do século XX. Atualmente, em um Estado Democrático de Direito, o

¹⁹ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 239

princípio da Presunção de Inocência é visto como um reitor para o Processo Penal e a eficácia de sua aplicação serve como critério para medir a qualidade do processo penal.²⁰

O Princípio da Presunção de Inocência é o pilar de sustentação do sistema acusatório, inclusive a principal razão de tal sistema ter voltado a ser utilizado em detrimento do Sistema Inquisitório. Ao longo da história restou demonstrado que era necessário modificar a postura de restringir qualquer direito individual em prol de uma investigação ou processo, principalmente a liberdade (que é a regra atual no Brasil, consoante art. 5, LXV, LXVI e LXVII da CRFB/88), para evitar a perseguição e injusta condenação de pessoas inocentes. Dessa forma, resgatar a confiança do cidadão na justiça e no Estado.

2.4 CONTRADITÓRIO, ART. 5, LV da CRFB/88

O princípio do contraditório, previsto no art. 5, LV da CRFB/88, garante o direito das partes terem vista, se pronunciarem e serem ouvidas sempre que uma delas se manifestar. Assim, origina para o juiz o dever de responder de forma fundamentada a todas as petições e requerimentos. Sua aplicação é essencial ao Sistema Acusatório, no qual o Estado está representado por dois órgãos com funções diferentes e um cidadão que está a ser acusado e julgado. Dessa forma, evidente a importância do princípio que oportuniza que todos os participantes do processo se manifestem.

Segundo Aury Lopes Jr.²¹, o princípio do contraditório é o direito a ter ciência de todos os atos processuais, às alegações de ambas as partes na forma dialética. Para o acusado, o ato de contradizer a suposta verdade afirmada acusação.

Seguindo essa linha de raciocínio, considera-se inconstitucional o art. 385 do CPP, segundo o qual o juiz pode condenar independente de o Ministério Público ter pedido pela absolvição. Isso porque se o *Parquet* pede pela absolvição, a parte ré não tem conteúdo para

²⁰ Ibid, p. 235.

²¹ Ibid, p. 232.

atacar, não há suposta verdade para esclarecer em sua defesa, já que o órgão imbuído constitucionalmente de acusá-lo, vide art. 129 da CRFB/88, entendeu pela sua absolvição. Por conseguinte, sendo a função do juiz, julgar acusações trazidas pelo Ministério Público não poderia condenar aquele que o Parquet entendeu como inocente.

Nesse sentido, importa destacar que pelo Princípio da Indisponibilidade, o Ministério Público não pode desistir de uma ação penal pública mesmo que entenda pela inocência de um acusado. Se fosse uma ação penal privada, o advogado poderia desistir a qualquer tempo. Logo, outro argumento para demonstrar a incoerência do art. 385 do CPP.

Trata-se de um contra-senso nos casos em que a acusação é realizada pelo Estado, o que já pressupõe com base no art. 37 da CRFB/88 uma atuação honesta e eficiente, o juiz poder condenar quando o órgão estatal com função de acusar pede pela absolvição enquanto nos casos patrocinados por advogados é possível simplesmente desistir da ação caso o advogado venha a concluir pela inocência do acusado.

Portanto, o princípio do contraditório é um mandamento nuclear do sistema responsável por garantir o funcionamento da aplicação do código de processo penal que é de 1941 de forma a respeitar o sistema acusatório, adotado pela Carta Magna de 1988, que consolidou o Brasil como Estado Democrático de Direito.

3 ANÁLISE DA REGRA PREVISTA NO 385 DO CPP

O artigo 385 do Código de Processo Penal dita que:

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 alega.²²

²² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei 3689 de 1941

É de interesse da população brasileira que todas as leis sejam analisadas à luz da Constituição de 1988: uma Carta Magna promulgada logo após longo período de ditadura militar que serviu aos interesses do povo ao impor diversos limites à atuação do Estado.

Sendo assim, para realizar uma filtragem constitucional do dispositivo acima citado, que faz parte de um Código de leis redigidas e publicadas em 1941, é válido destacar a atual visão legal, doutrinária e jurisprudencial sobre a atuação de Poderes Estatais como Ministério Público e Judiciário dentro do Processo Penal.

A função do juiz é “dar a cada um o que é seu”, definição de Ulpiano, jurista romano, que viveu por volta dos anos 200 D.C. e continua a ser usada ainda na atualidade por diversos doutrinadores. Dentre eles, destacamos o ilustre Fernando da Costa Tourinho Filho²³, segundo o qual o juiz tem a função de julgar; interpretar da lei, com base nos fins sociais a que ela se dirige e ao bem comum, como dita o art. 5º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro.

A função do Ministério Público, consoante os artigos 127 e 129 da CRFB/88, é de instituição essencial à função jurisdicional do Estado; deve defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis; promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. A natureza das funções do *Parquet* é tema polêmico entre os doutrinadores, alguns entendem que seria um quarto poder ao lado de executivo, legislativo e judiciário; outros, que seria uma categoria de magistratura; e ainda, há quem defenda tratar-se de parte no processo.

Nesse ínterim, insta refletir quais as funções do Juiz e do Ministério Público, até onde este pode limitar o Poder do primeiro em um Estado Democrático de Direito em que a Constituição dita os Princípios do Sistema Acusatório como mandamentos para reger o Processo Penal, exemplo: juiz natural; devido processo legal; presunção de inocência e

²³ TOURINHO Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 309

contraditório. Nessa esteira de raciocínio analisar se o juiz fica adstrito a opinião do Ministério Público quando pede pela absolvição ou se pode vir a condenar com base no 385 do CPP. O tema ainda é polêmico na doutrina e pouco tratado pela jurisprudência.

Guilherme de Souza Nucci²⁴, juiz em SP e professor da PUC/SP, entende que o artigo 385 do CPP é constitucional, uma vez que o juiz possui independência para julgar, segundo o autor já que há independência funcional, o magistrado pode condenar ou absolver independente da opinião do *parquet*. Destaca que a ação penal pública é regida pelos princípios da obrigatoriedade, indisponibilidade e impulso oficial. Assim, o juiz é obrigado a dar sentença de mérito e se for o caso conduzir o feito após o recebimento da inicial. Diferente da ação privada, que é regida pelo princípio da oportunidade haverá extinção da punibilidade para o réu caso querelante não requeira em alegações finais a sua condenação, vide art. 60 do CPP. Dessa forma, Nucci é favorável à constitucionalidade do art. 385 do CPP, pois o direito de punir do Estado é regido pela necessidade de se produzir acusação e condenação se houver provas suficientes para sustentá-la.

Comunga da mesma posição o ilustre professor Fernando da Costa Tourinho Filho, membro aposentado do MP e atualmente advogado atuante. Em seu Código de Processo Penal Comentado destaca que com base no Princípio da Indisponibilidade não se pode entender que o direito de punir pertence ao Ministério Público. Logo, não é razoável considerar o juiz obrigado a acatar pedido de absolvição efetuado pelo Ministério Público.²⁵

O Superior Tribunal de Justiça pouco aplica o mencionado artigo na prática, mas quando o faz, fundamenta suas decisões nos mesmos argumentos apresentados pelos doutrinadores que entendem pela constitucionalidade do art. 385 do CPP: Independência

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 792.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1051

Funcional do magistrado e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, ou seja, ausência de disponibilidade (mesmo que o Parquet entenda que o réu é inocente ao longo da instrução probatória não pode desistir da ação após a denúncia). Seguem trechos de julgados nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. CONDUTA TÍPICA. RECONHECIMENTO COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JUIZ. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

- A análise da pretensão recursal exigiria, necessariamente, incursão na matéria fática-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

- O fato de o Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, seja em alegações finais, seja em contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, o qual tem liberdade de decidir de acordo com o seu livre convencimento, a teor do disposto no art. 385 do Código de Processo Penal. Precedentes desta Corte. Agravo regimental desprovido. Grifos Nossos.

AgRg no AREsp 284611 Relator: Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE) Órgão Julgador: Quinta Turma Data da publicação: 22/5/2013²⁶

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 241 DO ECA. CONDENAÇÃO PAUTADA EM ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE, NA PRESENTE VIA RECURSAL. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO PARQUET. NÃO VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO. DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ART. 385 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O simples reexame de provas é inviável na via do recurso especial (Súmula 7/STJ).

2. O pedido de absolvição do denunciante não vincula o julgador, que tem liberdade de decidir de acordo com seu livre convencimento.

3. Agravo regimental improvido.

AgRg REsp 1358590 / SC Relator: ministro Campos Marques (Desembargador convocado TJ/PR) Órgão Julgador: Quinta Câmara Data da Publicação: 26/04/2013²⁷

Em que pese o entendimento dos ilustres doutrinadores acerca do Juiz poder condenar ainda que o Ministério Público peça para absolver ainda ser aplicado na prática forense, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, ousamos entender que para dar

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE). Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em 28/3/14.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Órgão Julgador: Quinta Câmara. Relator: Ministro Campos Marques (Desembargador convocado TJ/PR). Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em 28/3/14.

efetividade ao sistema acusatório, implicitamente adotado pela Constituição de 1988 - que redigida logo após longo período de Ditadura Militar protegeu o cidadão por meio de princípios que impõem limites aos Poderes do Estado – o juiz fica limitado a declarar a absolvição quando o Ministério Público, titular da ação penal e do poder de investigação e produção de provas, pedir pela absolvição.

É de extrema importância uma filtragem constitucional do Código de Processo Penal que foi redigido em 1941 quando o país vivia sob a égide de um quadro político completamente diferente do atual Estado Democrático de Direitos. Nesse ínterim, cite-se as palavras de Luigi Ferrajoli, jurista italiano mundialmente aclamado que ministrou recentemente palestra na Escola de Magistratura do Rio de Janeiro:

[...] uma Constituição pode ser avançadíssima pelos princípios e direitos que sanciona e, sem embargo, não passar de ser um pedaço de papel se carece de técnicas coercitivas – de garantias – que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo [...] 28

Essa primazia por dar efetividade à letra da Carta Magna é o resultado da aplicação da Teoria do Garantismo Constitucional²⁹, idealizada e difundida em diversos países pelo professor Ferrajoli. Trata-se efetuar uma filtragem de todas as outras leis do ordenamento jurídico a luz da Lei maior, em respeito à hierarquia das normas, que foi representada por Hans Kelsen por meio de uma pirâmide, na qual colocou a Constituição no topo, com a finalidade de esclarecer que se trata da Lei maior e que todas as outras devem estar em

consonância com ela para que o sistema jurídico funcione da melhor forma.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. p. 852 Apud Rangel, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 59.

²⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 59.

Nessa esteira de raciocínio, adepto da Teoria Garantista, o respeitável e carismático professor Paulo Rangel, Desembargador do TJ/RJ, defende a inconstitucionalidade do art. 385 do CPP. Segundo o doutrinador, a aplicação do sistema acusatório adotado pela CRFB/88, impede que o juiz investigue a prova em desconformidade com o que o autor almeja e apresenta, pois estaria se imiscuindo no papel das partes e destruindo sua imparcialidade.³⁰

Partilha do mesmo em entendimento, o ilustre professor da UFRJ, desembargador aposentado Geraldo Prado, que se dedicou a escrever um livro sobre sistema acusatório. Ele ensina que o Ministério Público é o titular da ação penal, ato da parte autora, representado por sua dedução em juízo, da qual não pode desistir em razão do princípio da Obrigatoriedade. Contudo, se pede pela absolvição, embora não desista da ação penal, ocorre o fim da acusação, imputação de infração penal para buscar a persecução e condenação³¹. Estando o juiz impedido de acusar, já que violaria o sistema acusatório adotado pela Constituição, não pode vir a julgar culpado aquele que foi declarado inocente por seu acusador.

O professor e advogado Aury Lopes Júnior, membro da comissão instituída pelo Conselho Nacional de Justiça para analisar e emitir nota técnica sobre o novo Código de Processo Penal, adepto da Teoria do Garantismo, também defende que o artigo 385 do Código de Processo Penal vigente é inconstitucional. Explica que quando o Ministério Público pede a absolvição esvazia-se a pretensão acusatória que é o objeto do processo penal. Portanto, o juiz deverá arquivar o feito ou absolver o réu de acordo com a fase em que estiver o processo, já que ao perder o objeto, pretensão acusatória, o processo fica sem sustentação.³²

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é conhecido pelo seu viés inovador, pois sempre vem apresentando novas visões sobre temas polêmicos. Não foi diferente com o tema

³⁰ Ibid, p 59.

³¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 132.

³² LOPES Jr, op. cit., p. 108 - 110.

abordado, tendo declarado de maneira inovadora a inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal. Divergindo do Superior Tribunal de Justiça, apresentou uma visão constitucional do Direito Processual Penal por meio de uma interpretação sistemática e histórica do ordenamento jurídico. Assim, vale destacar trecho de decisões que apontam para possível revisão nos entendimentos da jurisprudência e doutrina majoritárias acerca do tema:

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EMBUTIDO NOS AUTOS E NÃO APRECIADO. JULGAMENTO CONJUNTO COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CORRELAÇÃO. PENA. 1. Ajuizado o recurso em sentido estrito para impugnar a decisão que não recebeu a apelação, este é de ser apreciado, conjuntamente com a apelação, na medida em que os dois recursos tramitaram regularmente. Apelação recebida, conhecida e provida. 2. A fundamentação do Estado de Direito sob o pilar da dignidade da pessoa humana produz importantes efeitos jurídicos, inclusive no âmbito criminal, material e instrumental. Extrai-se, daí, a fundamentação do princípio acusatório, a exigir a separação das atividades de acusar e julgar no processo penal, de forma a viabilizar que o juiz atue com a imparcialidade necessária à garantia dos direitos e liberdades individuais. É consequência do princípio acusatório a atribuição exclusiva do Ministério Público para a propositura da ação penal pública, competindo ao juiz o julgamento nos exatos limites da acusação, considerada essa tal como definida em alegações finais, e não apenas na denúncia. Assim, a prolação de sentença condenatória quando o Ministério Público postula decisão absolutória em alegações finais, viola o princípio da correlação entre acusação e sentença. Além do mais, no caso dos autos, é nítida a insuficiência probatória em relação aos acusados W.M.S. e E.T.S. 3. Devidamente comprovadas a existência do fato e a autoria delitivas em relação ao réu S.S.R., bem como a suficiência probatória, impõe-se o juízo condenatório, com o reconhecimento da majorante do concurso de pessoas, pois comprovada a participação de outros agentes na empreitada delituosa. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, CONTIDO NOS AUTOS, APRECIADO E PROVIDO. RECURSOS DA ACUSAÇÃO E DO RÉU S.S.R. PARCIALMENTE PROVIDOS. RECURSO DO RÉU E.T.S. PROVIDO. Apelação Crime Nº 70026746511, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 07/05/200933

ESTELIONATO. PRETENSÃO PUNITIVA ABANDONADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. No sistema acusatório consagrado na Constituição Federal, não pode o magistrado levar adiante a pretensão punitiva já abandonada pelo seu autor, à vista das provas produzidas. O pedido ministerial absolutório equivale a uma desistência da ação penal privada pelo querelante, impondo-se, assim, a declaração da extinção da punibilidade, a par do disposto nos art. 42 e 385 do CPP, que sucumbem diante do princípio acusatório e da determinação constitucional do art. 129, I. Entendimento ressalvado porque, na espécie, transitou em julgado a decisão absolutória. ESTELIONATO. INEXISTÊNCIA DA VANTAGEM INDEVIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO CONFIRMADA. O mau pagamento de dívida pré-existente não configura crime de estelionato, pois do artil

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Órgão Julgador: 6 Câmara Criminal. Relator: Nereu José Giacomolli. Disponível em: <www.tjrs.gov.br> Acesso em 28/3/14.

(cheque não compensado) não decorreu qualquer vantagem econômica aos agentes, já que remanescente o direito de crédito do lesado. Ademais, o pequeno valor do débito não quitado (R\$ 30,00) autoriza a aplicação do princípio da insignificância, como decidido em primeiro grau. RECEPÇÃO. DOCUMENTOS SEM VALOR ECONÔMICO INTRÍNSECO. DELITO NÃO CONFIGURADO. Documentos pessoais em nome de terceiros são impassíveis de serem receptados. Precedentes da Corte Superior. Negaram provimento ao apelo ministerial e, em habeas corpus de ofício, absolveram o apelado Acimar. Unânime. Apelação Crime Nº 70022113773, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 19/12/200734 grifos nossos.

Em razão do exposto, entende-se inconstitucional o artigo 385 do Código de Processo Penal que permite ao Estado-juiz condenar mesmo após um pedido de absolvição pelo Estado-acusador, por violação aos princípios do sistema acusatório, previsto em Constituição, instrumento limitador de poder no Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Foi realizada uma breve exposição acerca dos sistemas processuais penais: sua origem histórica e principais características. Demonstrado que o processo penal, inclusive a adoção de um sistema acusatório ou inquisitório, está relacionada ao regime político por meio do qual um Estado se organiza. Relatada a opinião de processualistas sobre a opção brasileira. Concluído que a Constituição de 1988 adotou o sistema acusatório, pois prevê expressamente como princípios as principais características desse sistema. Posteriormente, breves comentários sobre tais mandamentos nucleares que são diretrizes para todo o ordenamento e sua correlação com o sistema acusatório.

A partir desse conteúdo e de uma análise crítica do artigo 385 do Código de Processo Penal a luz da Carta Magna, através da doutrina e jurisprudência sobre o tema, levou a concluir-se pela inconstitucionalidade do mencionado dispositivo.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Órgão Julgador: Quinta Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Disponível em: <www.tjrs.gov.br> Acesso em 28/3/14.

Aproveita-se para enaltecer aqueles que buscam a efetividade da Constituição, da aplicação do sistema acusatório, o respeito aos direitos individuais. Enfim, almejamos a difusão da matéria discutida e admiramos os magistrados que utilizam a Constituição, fonte da vontade do povo, como ferramenta para concretizar o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3689 de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 24 de out. 14

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AResp. n. 284611/SC Relatora Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE). 22 de maio de 2013. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 28 abr. 14.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp. n. 1358590/SC Relator Ministro Campos Marques (Desembargador convocado TJ/PR). 26 de abril de 2013. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 28 abr. 14.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n 70022113773 Relator Amilton Bueno de Carvalho. 07 de maio de 2009. Disponível em: <www.tjrs.gov.br> Acesso em: 28 abr. 14.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n 70026746511 Relator Nereu José Giacomolli. 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <www.tjrs.gov.br> Acesso em: 28 abr. 14

AQUINO, José Carlos Xavier de. NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

BOFF, Leonardo. *Tradução brasileira do Manual dos Inquisidores*.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2 ed. Madri: Trotta, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro.: Lumen Juris, 2012.

LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 108 - 110.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. *A Investigação Policial*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo e Execução Penal* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris , 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Muna Bastos. O modelo acusatório no processo penal brasileiro: a efetividade da estrutura acusatória como garantia das partes e a manutenção da acusação como condição para emissão de sentença acusatória. Monografia, graduação em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de ciências jurídicas e sociais, Faculdade de Direito. Orientador: prof. Geraldo Prado. Rio de Janeiro: 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: RT, 1982.

TÁVORA NESTOR, Nestor e ROQUE, Fábio. *Código de Processo Penal para Concursos*. 2 Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério L. e TUCCI, José Rogério C. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

