



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELEITURA DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
SOB PRISMA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Nathália Teixeira Lavouras

Rio de Janeiro
2017

NATHÁLIA TEIXEIRA LAVOURAS

RELEITURA DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
SOB PRISMA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

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

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

RELEITURA DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL SOB PRISMA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Nathália Teixeira Lavouras

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas.
Advogada.

Resumo – Existe na doutrina um forte questionamento a respeito da constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal, à luz do sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988. Apesar de se tratar de questão polêmica na doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, adotando postura extremamente legalista, firmaram-se no sentido de ser possível a prolação de sentença condenatória ainda que haja pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, desconsiderando qualquer debate sobre a compatibilidade entre a aplicação do artigo 385 do CPP, com o sistema processual penal homenageado pela Constituição de 1988. A questão, na prática, já está bem definida, mas por ser ponto dissonante entre a doutrina e a jurisprudência, analisar-se-á de forma crítica a aplicação do artigo 385 do Código Processo Penal, sob a perspectiva principiológica constitucionalmente prevista. De um lado, buscar-se-á enfrentar o impacto resultante da condenação judicial, discordando da posição ministerial sobre a absolvição, no direito acusatório moderno e, de outro, refletir sobre a legitimidade das decisões judiciais dentro de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Decisões judiciais. Garantias processuais. Princípios Constitucionais. Sistema Acusatório. Livre convencimento motivado. Independência Funcional

Sumário – Introdução. 1. Sistemas Processuais Penais: as peculiaridades dos sistemas inquisitivo, acusatório e misto. 2. Sistema Processual Penal Brasileiro: análise à luz da principiológica da Constituição Federal de 1988. 3. A aplicação do artigo 385, do Código de Processo Penal pelos Tribunais Superiores e a sua (in)compatibilidade com preceitos processuais penais que compõem o texto constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é refletir a respeito da constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal à luz do art. 5º, LIV e LV e do art. 129, I, todos da Constituição Federal, levando em consideração o sistema processual adotado pelo nosso ordenamento.

O artigo 385, do Código de Processo Penal autoriza ao juiz, nos crimes de ação pública, proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha se manifestado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. Ocorre que tal possibilidade, na operacionalização da persecução criminal, deve ser confrontada com a sistemática acusatória, de forma a analisar se cabe ao juiz proferir sentença condenatória em desconformidade com pleito do titular da ação pública penal (Ministério

Público) e se isto teria o condão de afetar a imparcialidade jurisdicional, caracterizando—se como uma postura anômala ao sistema processual penal consagrado pelo nosso ordenamento.

Ainda que a condenação proferida pelo juiz, mesmo ante a manifestação do Ministério Público pela absolvição do réu, seja aceita pela jurisprudência fundamentando-se na dicção expressa constante no Código Processual Penal, tal preceito é alvo de severas críticas doutrinárias, sobretudo no que diz respeito à sua constitucionalidade. Sustentam, em síntese, que o art. 385 do Código Processual Penal põe em risco a imparcialidade jurisdicional ao transformar o juiz no próprio órgão acusador, bem como rompe a exigência de correlação entre a acusação e a sentença.

Em que pese a doutrina majoritária¹ ir de encontro a essa hipótese legalmente prevista, rechaçando-a, a jurisprudência aplica o dispositivo sem maiores questionamentos, adotando uma postura estritamente legalista. Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, entendem que a tese de inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal não merece prosperar em razão do princípio do livre convencimento motivado e pela independência funcional do magistrado. Para os Tribunais Superiores, o fato do Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, seja em alegações finais, seja em contrarrazões de apelação, não vincula o julgador. Este possui total liberdade de decidir de acordo com o seu livre convencimento, a teor do disposto no artigo 385 do Código de Processo Penal, que permanece em vigência.

É diante dessa tensão que se desenvolve o tema da pesquisa.

Propõe-se, por meio do presente artigo, expor as principais características dos sistemas processuais penais. Far-se-ão, deste modo, algumas breves digressões, pautando-se, contudo, na análise do aspecto jurídico, que é o foco do trabalho. Expostas as peculiaridades dos sistemas inquisitivo, acusatório e misto, discorrer-se-á sobre o modelo adotado pelo Direito Brasileiro, tecendo-se, ao final, crítica a aplicação do artigo 385, do Código de Processo Penal pelos Tribunais Superiores.

É de grande relevância reiterar que o tema é objeto de frequentes questionamentos na Suprema Corte, como se fosse o recurso último para anular sentenças condenatórias e, com isso, proporcionar a absolvição de determinados réus. Não faltam, ademais, debates doutrinários discutindo se o artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal, uma vez que este deve ser interpretado com ênfase nos princípios

¹ Aury Lopes Jr., Eugênio Pacelli Oliveira, Paulo Rangel, Guilherme de Souza Nucci, entre outros.

constitucionais, sendo esta o vetor que influenciará os termos e limites da interpretação das normas infraconstitucionais que integram todo arcabouço jurídico.

Partindo dessas considerações, o presente artigo pretende, de um lado, enfrentar o impacto resultante da condenação judicial, discordando da posição ministerial sobre a absolvição, no direito acusatório moderno, e, de outro, refletir sobre a análise do papel constitucional do Judiciário e do Ministério Público traçados na Constituição Federal de 1988, à luz do sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico, qual seja: o sistema do acusatório.

Sendo assim, no primeiro capítulo, pretende-se compreender, por meio da abordagem doutrinária, os sistemas processuais existentes e suas principais características.

No segundo capítulo, partindo para uma análise principiológica, defender o sistema acusatório como sendo aquele prestigiado pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988.

Por fim, no último capítulo, será feita uma análise crítica do posicionamento dos Tribunais Superiores no que diz respeito à aplicação do artigo 385 do Código Processual Penal, com foco na questão norteadora do presente trabalho, qual seja, a incompatibilidade da coexistência do dispositivo em questão com os princípios constitucionais que devem ser tomados como nortes orientadores de toda persecução criminal.

Tratando dos procedimentos metodológicos, será feita uma abordagem qualitativa do objeto da pesquisa (artigo 385 do CPP), pretendendo-se mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a posição adotada no presente artigo.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAL: AS PECULIARIDADES DOS SISTEMAS INQUISITIVO, ACUSATÓRIO E MISTO

Os princípios constitucionais são os alicerces do ordenamento jurídico, definindo sua essência, servindo como norte interpretativo para sua compreensão. São os princípios que informam o conteúdo das normas positivadas de acordo com os valores considerados fundamentais para a sociedade em geral.

Para que se possa realizar uma análise a respeito da constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal à luz do art. 5º, LIV e LV e o art. 129, I, ambos da Constituição

Federal de 1988², faz-se necessário, *a priori*, compreender os tipos de sistemas processuais penais existentes, sobretudo daquele adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a luz dos princípios considerados fundamentais pelo texto constitucional.

Um sistema (do grego σύστημα *systemā*, através do latim *systemā*), é um conjunto de elementos interdependentes de modo a formar um todo organizado. É uma definição que significa "combinar", "ajustar", "formar um conjunto" e sempre será empregada para designar um conjunto organizado para atingir um objetivo geral a ser atingido.

Trazendo o termo para a ciência jurídica, utiliza-se a palavra "sistema" sempre quando se referir a um conjunto de normas, intimamente relacionadas em sua essência, funcionando de forma estruturalmente organizada dentro do ordenamento jurídico. Na visão de Paulo Rangel³, sistema seria "o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelecem as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito no caso concreto [...]".

Conclui-se, assim, que cada Estado estrutura seu sistema processual lastreando-se na conjuntura político-social em que se encontra. Dessa forma, nos Estados totalitários, a moldura da legalidade se estende, aumentando o espaço para a discricionariedade e para o campo de atuação do Estado-juiz. Já nos Estados democráticos, a atuação do juiz é mais restrita, encontrando seu limite nos direitos individuais e fundamentais.

No que toca especificamente ao processo penal, é certo que a estruturação das regras e garantias processuais penais estão intrinsecamente correlacionadas ao tipo de sistema persecutório penal adotado por determinado Estado. O direito é dinâmico e, conseqüentemente, o sistema processual penal adotado por cada ordenamento jurídico é um reflexo da resposta do Estado frente às exigências das transformações sociais e, principalmente, políticas de cada época.

Em virtude dessa intrínseca ligação entre o sistema processual penal e a estrutura político-social de cada Estado, verifica-se a possibilidade de se adotar três tipos de sistemas processuais penais: (i) sistema inquisitivo; (ii) sistema acusatório; e (iii) sistema misto.

O primeiro deles é o sistema processual penal inquisitivo (ou inquisitorial), originado nos regimes monárquicos, consistindo em um sistema jurídico em que o tribunal ou uma parte do tribunal está ativamente envolvida na investigação dos fatos do caso.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

É o sistema que adota a concepção do “juiz inquisidor”, tendo como característica principal o fato de as funções de acusar e julgar estarem concentradas nas mãos do órgão jurisdicional. O juiz é um verdadeiro gestor das provas, podendo, inclusive, agir de ofício, diante da informação do cometimento de algum delito, sem a necessidade de provocação das partes. Essa concentração de poderes interfere diretamente na imparcialidade do magistrado, envolvendo-se de forma subjetiva com o resultado do processo, com ampla iniciativa probatória.

Ademais, como gestor das provas, o juiz poderá valorá-las como bem entender, bem como produzi-las de acordo com a ideia pré-concebida que tenha da demanda. Em outras palavras, ao produzir provas, poderá o fazer tão somente para confirmar o que pensa (alto grau de subjetivismo judicial).

No que diz respeito a figura do acusado, este é tratado como mero objeto do processo penal e não como sujeito de direitos, não lhe sendo conferido qualquer garantia. Como tal, e na busca pela verdade real, as regras processuais típicas de um sistema inquisitório estruturam uma persecução criminal secreta, sem contraditório, admitindo, inclusive, a tortura do réu como meio de alcançar a verdade dos fatos.

Ante as peculiaridades desse sistema, o sistema inquisitivo é normalmente adotado pelo Estado em que há um poder central absoluto concentrado nas mãos de uma única pessoa, típico de regimes políticos absolutistas. No Brasil, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema inquisitório estava presente na apuração das contravenções penais e dos crimes de homicídio e de lesão corporal culposa, já que o juiz podia dar início à ação penal mediante portaria. Denominava-se de “processo judicialiforme”, no qual uma mesma pessoa acusava e julgava, o que fazia o direito da defesa nem sempre ser garantido em sua plenitude.

Contudo, os dispositivos que autorizavam essa forma de condução da ação penal pelo juiz para tais crimes mencionados não foram recepcionados pelo texto constitucional, principalmente em face do art. 129, I, da Constituição Federal⁴, que conferiu expressamente ao Ministério Público, como uma de suas funções institucionais, promover, privativamente, a ação penal pública.

Ante todo exposto, é forçoso concluir que o sistema inquisitório não é compatível com um Estado Democrático de Direito, por violar flagrantemente os direitos fundamentais

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

do acusado, afastando de forma peremptória as mínimas garantias constitucionais em desapeço à dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, esclarece Renato Brasileiro de Lima⁵:

[...] fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº1)

O segundo sistema processual é o sistema acusatório. Este, ao contrário do sistema inquisitivo, pressupõe a separação completa entre os órgãos incumbidos de realizar a acusação e o julgamento, não podendo – em nenhuma hipótese – se fundirem, garantindo, por conseguinte, a imparcialidade do julgador da causa e o tratamento igualitário entre as partes.

Em virtude dessa clara divisão de tarefas dos sujeitos processuais, a atividade probatória fica a encargo das partes, isto é, pelo órgão acusador e pela defesa do acusado. O juiz ocupa posição de terceiro imparcial, alheio a iniciativa de investigação e à coleta da prova, sendo apenas um receptor destas, não interferindo em sua produção. Em linhas gerais, leciona Renato Brasileiro de Lima⁶:

[...] portanto, sob ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. Com o objetivo de preservar sua imparcialidade, o magistrado deve deixar a atividade probatória para as partes. Ainda que se admita que o juiz tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes.

É um sistema persecutório que possui como características típicas, além do efetivo contraditório (paridade de armas entre as partes), a oralidade e a publicidade, tendo sido estruturado à luz da presunção de inocência do acusado. Considerando essas características, autor e réu, durante toda persecução criminal, devem permanecer em pé de igualdade, com as mesmas condições e oportunidades para influenciar o convencimento do magistrado em relação aos fatos discutidos na ação penal, devendo este se posicionar como órgão jurisdicional imparcial de aplicação da lei.

Importa ressaltar que a principal diferença do sistema acusatório e do sistema inquisitório é a figura do juiz gestor de provas e a paridade de armas conferida aos sujeitos processuais. Vale dizer, assim, que no sistema acusatório, considerando que a gestão da prova

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 4 ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 39.

⁶ Ibid., p. 39.

está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto, adotando uma postura de mero espectador.

Por fim, a doutrina defende a existência de um terceiro sistema⁷, qual seja, o sistema misto ou sistema inquisitivo-acusatório, que consiste na fusão das características dos dois sistemas supracitados.

A estrutura do sistema misto foi pensada como um meio termo entre os sistemas inquisitivo e acusatório, buscando uma solução intermediária ao unir a eficiência inquisitória na investigação dos delitos na fase pré-processual com as garantias e direitos garantidos no sistema acusatório, aplicados à fase processual.

Neste diapasão, é um modelo que se caracteriza por ser dividido em duas fases, uma investigatória e outra persecutória. A fase investigatória é uma fase pré-processual, que vigora a sistemática do sistema inquisitivo, sendo admitido práticas inquisitórias – tais como procedimento sigiloso, escrito, sem contraditório e a ampla defesa –, desde que respeitado a dignidade da pessoa investigada. Já na fase persecutória, consistente na própria fase processual, vigora a sistemática acusatória, sendo assegurado ao acusado todos os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, aos quais se destacam as garantias da ampla defesa e do contraditório, principalmente no que diz respeito à paridade de armas conferida às partes pela clara separação das funções de acusar, defender e julgar.

2. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE SOB À LUZ PRINCIPOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É importante desde logo destacar que não há posição unânime quanto ao sistema adotado pelo Brasil. Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, defende que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema processual misto, argumentando que o inquérito policial, como fase preliminar, se desenvolve de forma essencialmente inquisitiva e que, depois de deflagrada a persecução criminal, a ação penal irá prosseguir observando os preceitos do sistema acusatório. Nesse sentido, sustenta o autor⁸:

[...] os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código

⁷ Hélio Tornaghi, Edilson Bonfim e Guilherme de Souza Nucci;

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28-29.

de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto.

Geraldo Prado⁹, por seu turno, defende que o sistema processual penal brasileiro, na verdade, adota uma teoria da aparência acusatória, explicando que:

[...] se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal [...] e assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, são elementares do princípio do acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o. [...] Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que, pelas relações jurídicas ordenadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não exclusivamente no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, o Brasil, a teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório são implementados todo dia.

Em linhas gerais, resta evidente que a doutrina¹⁰ se utiliza do procedimento do inquérito policial para sustentar a adoção de um sistema misto, uma vez que o inquérito policial se desenvolve de forma essencialmente inquisitória. Impõe-se, todavia, discordar desta posição. O fato do inquérito policial, em sua maioria, lastrear a denúncia e seguir anexado na ação penal, não o faz ser parte do processo em si.

Primeiramente, importa considerar que o inquérito policial é um procedimento administrativo e pode ser dispensado nos casos em que é desnecessária sua instauração para colheita de indícios suficientes de autoria e materialidade da suposta infração penal, nos casos em que o Ministério Público, órgão responsável pela acusação (Ministério Público), valeu-se de outros meios para embasar a denúncia.

Com efeito, o Código de Processo Penal prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Contudo, trata-se de procedimento eminentemente administrativo, não podendo ser confundido com o processo em si.

⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 171.

¹⁰ Hélio Tornaghi, Edilson Bonfim e Guilherme de Souza Nucci;

O processo penal propriamente dito somente ocorre depois de oferecida a denúncia e tendo sido esta recebida pelo juiz. Assim, para se definir qual sistema processual adotado pelo ordenamento, deve-se tomar como perspectiva as regras que orientam o processo em si e não as que guiam o procedimento administrativo anterior ao oferecimento da denúncia, que destinam-se exclusivamente ao órgão da acusação para obter indícios de autoria e materialidade.

Dessa forma, certo é que o inquérito policial não tem natureza jurídica de processo e, por conseguinte, misto não é o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.

E mais: o inquérito, ainda que, na maioria das vezes, acompanhe a denúncia, não é suficiente, por si só, para fundamentar uma sentença condenatória. Exige-se que toda decisão judicial seja fundamentada e ao julgador é vedado motivar o seu entendimento apenas nos indícios de provas apresentados no inquérito policial, se sob o crivo do contraditório, outras provas não forem produzidas em harmonia com as colhidas e produzidas no inquérito.

Assim, por certo impõe concluir que o modelo brasileiro, na verdade, adotou o sistema acusatório¹¹, principalmente com a promulgação da Constituição da República Federal de 1988, e em especial por dois argumentos: (i) pelos princípios e garantias constitucionais vigentes¹²; e (ii) pela expressa previsão constitucional, contida no artigo 129, inciso I¹³, em conferir privativamente ao Ministério Público a atividade de promover a ação penal pública, afastando qualquer possibilidade de persecução pelo órgão julgador. Nas palavras do ilustre autor Eugênio Pacelli¹⁴, “[...] de todo modo, e sobretudo, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos porque abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional.”

Em termos gerais, o que se tem que fixar atualmente é que, independentemente da teoria adotada, torna-se necessário sempre interpretar e aplicar qualquer dispositivo do Código de Processo Penal pautando-se na Constituição Federal de 1988 e em todas as garantias e princípios fundamentais extraídos do texto constitucional.

¹¹ Importa chamar atenção que o ordenamento jurídico brasileiro não adota um sistema acusatório puro, pois admite-se exceções em que o próprio juiz, no curso da ação penal, pode determinar de ofício a produção de prova suplementar. Contudo, a regra geral continua sendo que as partes devem produzir as provas, deixando claro a natureza acusatória, homenageando a separação entre a função acusatória e a jurisdicional.

¹² Como exemplo, pode-se elencar os seguintes princípios e garantias constitucionais: a tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV); do devido processo legal (art. 5º, LIV); da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV); da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I); da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII); da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII);

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 18. ed. ver. ampl. e atual. de acordo com as Leis nºs 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16-17.

Dessa forma, em busca da concretização de um sistema acusatório processual que funcione harmonicamente com os valores constitucionais, deve-se procurar meios para que eventuais atuações do juiz, tanto na fase pré-processual como na processual, não venham a contaminar o julgamento da causa e todo processo, principalmente, no que diz respeito a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar e, conseqüentemente, a imparcialidade do magistrado, assegurando todos os direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, sobretudo no que diz respeito ao acusado.

3. A APLICAÇÃO DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DA POSSÍVEL (IN)COMPATIBILIDADE PRINCIPIOLÓGICA COM O ORDENAMENTO JURIDICO CONSTITUCIONAL

O artigo 385 do Código de Processo Penal autoriza o juiz, nos crimes de ação pública, a proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição do réu, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Primeiramente, cabe observar que tal dispositivo só tem aplicação – como deixa claro expressamente em sua redação – à ação penal pública. Tratando-se de ação penal privada, o Código de Processo Penal dispõe de regra própria, no inciso III do artigo 60, considerando perempta a ação “quando o querelante deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais”. Neste caso, o juiz deve proferir sentença extinguindo a punibilidade do réu (art. 109, IV, do CP).

Segunda observação é que a discussão acerca da inconstitucionalidade, o artigo 385, do CPP limita-se – pelo menos até hoje – ao âmbito doutrinário. Isso porque a jurisprudência firme dos Tribunais Superiores aplicam o artigo 385 sem maiores indagações.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça entende que não há óbice a aplicação do artigo 385 do CPP, no âmbito do atual modelo processual penal, já que vigora o princípio da indisponibilidade ação penal pública, não estando o juiz obrigado a acolher eventual pedido de absolvição formulado na denúncia ou em sede de alegações finais. Para o Tribunal, o fato do Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu não vincula o julgador, por força do livre convencimento motivado. A posição consolidada do STJ fica evidente pela leitura da

ementa do Habeas Corpus n. 197068 SP 2011/0029384-6, de relatoria do Ministro Jorge Mussi¹⁵:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico. 2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento (...) 2. Não há ilegalidade no procedimento adotado pelo magistrado de origem, que condenou os pacientes pelo crime de roubo consumado, já que, nos exatos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, o Juízo pode atribuir definição jurídica diversa aos fatos contidos na inicial, desde que não os modifique, ainda que, por consequência, tenha que aplicar pena mais grave. 3. O artigo 385 do Código de Processo Penal, que prevê que "nos crimes de ação penal pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição", jamais teve a sua inconstitucionalidade reconhecida pelos Tribunais Superiores, sendo reiteradamente aplicado por este Sodalício. Precedentes. 4. Não há ilegalidade na condenação dos pacientes pelo crime de roubo consumado, quando o Ministério Público oferece denúncia e sustenta nas alegações finais que o delito teria sido praticado na forma tentada. (...) 3. Habeas corpus não conhecido.

O Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões¹⁶, adotou raciocínio jurídico similar, reputando válido e recepcionado o artigo 385 do Código de Processo Penal, reconhecendo a possibilidade do juiz não conhecer do pedido de absolvição pelo Ministério Público, condenando o réu, bem como reconhecer agravante não arguidas.

Em síntese, a Suprema Corte, aplicou a *ratio* do artigo 28 do Código de Processo Penal, para sustentar que a manifestação do MP, em alegações finais, não vincula o julgador. Assim, se o Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial, é permitido ao juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fazer remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, da mesma forma poderá o juiz não concordar com o que posto pelo MP na ocasião das alegações finais. Extrai-se, portanto, que desde de antes da instrução criminal, o juiz não está adstrito e estritamente vinculado as manifestações do Parquet.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 197068 SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. 24 de abril de 2013. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23318722/habeas-corpus-hc-197068-sp-2011-0029384-6-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 mai. 2017

¹⁶ Nesse sentido, consultar também: HC 69.957/RJ (2ª Turma, rel. min. Néri da Silveira, j. 09/03/1993); HC 96049/RS (1ª Turma, rel. min. Cármen Lúcia, j. em 4/11/2008); HC 93.211/DF, rel. min. Eros Grau.

Mais pertinente, nesse debate, é o fato de que tanto o STF, como STJ, aplicam o artigo 385 do CPP sem tecer qualquer análise mais profunda sobre o dispositivo, desconsiderando qualquer debate sobre a compatibilidade entre a aplicação do artigo 385 do CPP com o sistema processual penal homenageado pela Constituição de 1988, adotando postura extremamente legalista.

A crítica que se pode fazer em relação a essa posição legalista é que, primeiramente, é uma posição consubstancialmente superficial, podendo se afirmar, logo em uma primeira análise, que ignora o dever do juiz de observar o princípio da correlação entre a sentença e o pedido. Ao final da instrução criminal, se ausente o pedido de condenação, não há como aceitar a possibilidade do juiz condenar o acusado, sem que isto não transmude o juiz em acusador. O juiz somente deve proferir decreto condenatório quando houver fundamentos essenciais e provas robustas para tanto, de maneira que possa formar sua convicção acerca dos fatos narrados na inicial acusatória e comprovados pelo órgão acusador. Caso contrário, violará os princípios e garantias contempladas constitucionalmente.

Sobre a aplicação do artigo em questão, Nicolitt¹⁷, em sua obra, identifica três correntes distintas: (i) o art. 385 do CPP permanece integralmente em vigor diante da constituição de 1988, não estando o juiz vinculado à opinião do Ministério Público, podendo inclusive aplicar agravantes sem que conste na denúncia; (ii) o juiz não está vinculado à opinião do Ministério Público, pois assim se estaria transferindo ao parquet o julgamento do mérito ou admitindo a disposição da ação. Todavia, a parte final, que autoriza o juiz a reconhecer agravantes que não constem na denúncia, não se sustenta diante do sistema acusatório e do princípio da inércia da jurisdição; e (iii) o art. 385 do CPP é inconstitucional em sua totalidade, por não subsistir diante do art. 129, I, da CRFB e da estrutura acusatória de processo criada pela Constituição de 1988⁷⁹.

Convém destacar que, prestigiando o sistema acusatório e a concepção de um juiz imparcial, a terceira posição é a que melhor se coaduna com o atual modelo constitucional. Por certo, apenas deve ser ressaltado que não há que se falar em controle de constitucionalidade, já que o artigo 385, do Código de Processo Penal é anterior a Constituição Federal de 1988.

O artigo 385 do Código de Processo Penal foi fruto de uma legislação originada no Estado Novo, em que vigorava uma persecução criminal inquisitiva. O juiz exercia verdadeiro

¹⁷ NICOLITT apud SADOVSKI, Edinaldo de Oliveira. *A (in) constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-in-constitucionalidade-artigo-385-codigo-processo-penal-brasileiro.htm#sdfootnote79sym>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

papel de ator no processo, influenciando diretamente na persecução criminal e na colheita de provas, o que já não ocorre mais. Atualmente, repudia-se qualquer meio que vicie a atuação jurisdicional, principalmente no que diz respeito a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar e, conseqüentemente, sua imparcialidade.

Com efeito, a imparcialidade do magistrado, o princípio do contraditório e, principalmente, as funções de acusar e julgar concentradas em órgãos distintos, como já exposto, são as características fundamentais do sistema acusatório consagrado pelo texto constitucional. Portanto, o vício que o artigo 385 do CPP padece diz respeito a sua compatibilidade com novo sistema constitucional e, portanto, sua recepção. Chega-se, assim, a conclusão que este dispositivo não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Importa-se, nesse ponto, ressaltar que negar a aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal não é o mesmo que afirmar que a manifestação do Ministério Público tem o condão de vincular a atuação jurisdicional. O juiz goza de independência funcional, prerrogativa inerente ao Estado Democrático de Direito e, inclusive, à própria sistemática acusatória. O que não é aceitável, todavia, é o acolhimento da pretensão condenatória quando o próprio *Parquet* a reconhece infundada ou não provada, já que isso seria adentrar na seara do titular da ação penal.

Assim, ausente o pedido de condenação expreso pelo órgão responsável pela acusação, não há como ser proferida decisão condenatória, sem que isso coloque em cheque a imparcialidade do juiz. Se o Estado, representado pelo órgão acusador, abandonar fundamentadamente a pretensão punitiva, não pode esse mesmo Estado, representando pelo órgão jurisdicional, condená-lo.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr.¹⁸ explica que o direito do Estado-acusador (Ministério Público) é diferente do poder de punir do Estado-juiz. Aquele, é um direito de ação, um direito ao processo, já o segundo, é um poder-dever de analisar a situação de fato que lhe é submetida e exercer o poder de punir, condicionado ao exercício integral e procedente da acusação. Assim, o Estado-acusador e o Estado-juiz estão concentrados em dois órgãos distintos, com funções distintas, justamente para homenagear a *ratio* do sistema acusatório. Nesse sentido, esclarece o autor:

[...] O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP pelo 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

¹⁸ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 257

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.

O juiz, terceiro imparcial, ainda que se convença internamente da responsabilidade do acusado, por ter como papel apenas analisar as provas produzidas pelas partes em contraditório, deve permanecer isento, estando objetivamente vinculado ao pedido de absolvição. O juiz que condena mesmo diante de eventual pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório.

Sendo assim, não há como não discordar da posição do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, já que o artigo 385 do Código de Processo Penal, introduzido em uma época em que vigorava um processo penal marcadamente inquisitivo, padece de respaldo constitucional. Cabe exclusivamente ao Estado-acusador, no caso de ação penal pública, exercer o direito de acusar, afirmando a existência de um delito e, conseqüentemente, arcando com o ônus probatório de tal pretensão. Ao juiz, em reação, cabe apenas exercer seu poder de condenar o acusado e executar a pena, se for o caso. Assim, se o Estado-acusador deixar de exercer sua pretensão acusatória, requerendo a absolvição do condenado, o juiz deverá se ater ao pleito ministerial, sobretudo em prol do princípio da correlação entre o pedido e a sentença que norteia o sistema processual brasileiro.

CONCLUSÃO

Como se pôde observar ao longo deste estudo, o sistema processual penal brasileiro, em sua essência, foi estruturado adotando os preceitos do sistema acusatório e, como tal, a postura legalista adotada pelos Tribunais Superiores na aplicação irrestrita do artigo 385, do Código de Processual Penal afronta diretamente os princípios basilares do modelo acusatório constitucionalmente eleito.

Dessa feita, se depois de deflagrada toda instrução probatória, o Ministério Público, pelas provas compulsada aos autos, requer a absolvição do réu, a atitude do magistrado em, dada as circunstâncias, proferir sentença condenatória, coloca em cheque a própria imparcialidade jurisdicional. O juiz passa a assumir os próprios rumos da acusação, proferindo decreto condenatório sem pedido, ou, pelo menos, completamente fora deste. Se o Ministério Público, na condição de legítimo titular da ação penal e órgão acusatório, expressamente entende não ser caso de condenação, não há como o juiz proferir pleito

condenatório sem que se coloque automaticamente na condição de parte no processo penal, ferindo de morte o sistema acusatório.

Por todo o exposto, dando importância à hierarquia de normas e a supremacia da Constituição, todos os dispositivos do Código de Processo Penal (para fins do presente estudo, o art. 385) que sejam de natureza inquisitória, após a Constituição Federal de 1988, que consagrou o Sistema Acusatório e o Postulado do Devido Processo Legal, não foram recepcionados pela nova ordem constitucional e, portanto, insuscetíveis de aplicação.

É possível concluir, assim, que a matéria deve ser rediscutida de forma adequada, impondo que seja feita uma interpretação evolutiva do artigo 385 pelos Tribunais Superiores, para que se caminhe para uma leitura constitucional do Código de Processo Penal, afastando a possibilidade do juiz, na hipótese do Ministério Público requerer a absolvição do acusado, se colocar na condição do órgão acusatório, proferindo decreto condenatório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3689 de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 01 mai. 17

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 197068 SP 2011/0029384-6. Relator: Ministro Jorge Mussi. 24 de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201100293846>. Acesso em: 01 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 96049 RS. Relatora: Ministra Carmem Lucia. 4 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=96049&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1 mai. 2017.

LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SADOVSKI, Edinaldo de Oliveira. *A (in) constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-in-constitucionalidade-artigo-385-codigo-processo-penal-brasileiro.htm#sdfootnote79sym>> Acesso em: 18 abr. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis n^{os} 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: v. único. Salvador: JusPodivm, 2016.