

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO

THIAGO BONFIM DA SILVA

**A ANÁLISE DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À  
LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

CURITIBA

2017

THIAGO BONFIM DA SILVA

**A ANÁLISE DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À  
LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. André Peixoto de Souza

CURITIBA

2017

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

THIAGO BONFIM DA SILVA

### **A ANÁLISE DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. André Peixoto de Souza  
Orientador – Departamento de Ciências Jurídicas - UFPR

---

Prof. Dr. Paulo Cesar Busato  
Departamento de Ciências Jurídicas - UFPR

---

Prof. Dr. Décio Franco David  
Departamento de Ciências Jurídicas - UFPR

Curitiba, 27 de novembro de 2017.

*“As verdades consolidadas nos escravizam àquilo que é eternamente ontem.”*

WARAT, Luis Alberto.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do artigo 385, do Código de Processo Penal, à luz do modelo processual penal acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, mais especificamente acerca da possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, quando o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Inicialmente, o foco da pesquisa será apresentar, ainda que brevemente, a evolução e principais características dos sistemas processuais penais clássicos e a adoção de um modelo acusatório, pela Constituição Federal de 1988, embora a legislação processual penal mantenha, ainda, inúmeros resquícios inquisitórios. Em um segundo momento, a pesquisa volta-se para a análise da compatibilidade da primeira parte do art. 385, do Código de Processo Penal, com os princípios e valores acusatórios constitucionais, através de uma breve exposição das principais posições externadas nos tribunais e na literatura jurídica especializada. Por fim, exploram-se os principais argumentos a respeito da (im)possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, apesar do pedido absolutório do órgão acusador.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Processo penal constitucional. Sistemas processuais penais. Sistema acusatório. Sistema Inquisitório. Pretensão acusatória.

## ABSTRACT

This following research aims to analyze article 385 of the Code of Criminal Procedure, (according) based on the Brazilian Federal Constitution, specifically the possibility of the judge to impose a criminal conviction when the Public Prosecutor has requested acquittal. Initially, the focus of the research will be to briefly introduce the evolution and main aspects of the classics criminal procedure systems, as well as the establishment of the accusatory type (adversarial) by the Brazilian Federal Constitution of 1988, even though the criminal procedure law still maintains inquisitorial trances. After that, the research is addressed to the analysis of the compatibility of the initial part of the article 385 of the Code of Criminal Procedure with the main constitutional accusatory principles and values, throughout a brief explanation of the main understanding of the courts and legal literature. At last, the main arguments regarding the (im)possibility of a criminal conviction, despite the request of acquittal by the accusatory party, will be explored.

**Key-words:** Federal Constitution. Constitutional criminal procedure. Criminal procedure systems. Accusatory system. Inquisitorial system. Accusatory claim.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS .....</b>	<b>9</b>
2.1	SISTEMA ACUSATÓRIO .....	11
2.2	SISTEMA INQUISITÓRIO .....	16
2.3	A POSSIBILIDADE DE UM SISTEMA MISTO .....	23
2.4	O PROCESSO PENAL NO BRASIL.....	26
<b>3</b>	<b>SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE O JUIZ CONDENAR, QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO REQUER A ABSOLVIÇÃO.....</b>	<b>32</b>
3.1	A REGRA DO ART. 385, NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL .....	32
3.2	A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS .....	35
3.3	A POSIÇÃO DA DOUTRINA .....	40
3.4	A CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 385, DO CPP .....	44
<b>4</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>51</b>
<b>5</b>	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em face dos ininterruptos progressos e mudanças sociais, econômicos e jurídicos, são incontáveis os desafios que se apresentam para a correta aplicação do processo penal na atualidade. No anseio de torná-lo mais humano e democrático, o operador do direito vivencia a constante assimetria entre os valores acusatórios, previstos na Constituição de 1988, em razão dos inafastáveis direitos e garantias assegurados ao cidadão, e os incontáveis resquícios inquisitórios esparsos na legislação infraconstitucional, sobretudo no Código de Processo Penal, editado à luz do Estado Novo, sob a égide de uma Constituição – a de 1937 – marcada pela ditadura e pelo autoritarismo.

Parte daí a inquietude que motivou o presente trabalho, a de analisar apenas um dos traços potencialmente inquisitórios, ainda remanescentes na legislação infraconstitucional. Assim, o objeto escolhido foi o exame da recepção<sup>1</sup>, ou não, do art. 385, do Código de Processo Penal, pela Constituição Federal, especificamente a primeira parte do referido dispositivo, que prevê que “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição (...)”<sup>2</sup>. Nesse sentido, questiona-se se o referido dispositivo, ao autorizar o juiz a proferir sentença condenatória, na hipótese de pedido de absolvição, pelo órgão acusador, coaduna-se com os princípios e valores acusatórios, adotados pela Constituição da República de 1988.

Desta forma, em um primeiro momento, o presente estudo parte da necessária exposição acerca da evolução e principais características dos sistemas processuais penais clássicos – inquisitório e acusatório –, bem como da insuficiência da classificação do sistema processual penal brasileiro como misto. A partir daí, observa-se a adoção, pela Constituição Federal de 1988, do sistema acusatório, embora, numa evidente assimetria, no âmbito da legislação

---

<sup>1</sup> Embora alguns autores falem em constitucionalidade do referido dispositivo, “a compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova constituição será resolvida pelo fenômeno da recepção”. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 612.

<sup>2</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

infraconstitucional, mantenham-se inúmeros dispositivos de caráter eminentemente inquisitório.

Em um segundo momento, com base nas premissas expostas no primeiro capítulo, passa-se a analisar propriamente a possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Inicialmente, o estudo contempla a evolução histórica da disposição contida na regra do artigo 385, do Código de Processo Penal, e as recentes tentativas de mudanças, presentes nos anteprojetos para a reforma do Código de Processo Penal, em trâmite, atualmente, no Congresso Nacional. Posteriormente, para a compreensão do estado atual do debate, mostra-se indispensável a pesquisa do tema no âmbito da jurisprudência, com ênfase nas decisões colegiadas dos Tribunais Superiores, e das diversas posições assumidas pela dogmática processual penal. Por fim, com fundamento nos argumentos expostos pelos doutrinadores, examinam-se os principais argumentos acerca da (não) recepção do referido dispositivo pela Constituição de 1988.

Assim, o presente trabalho vai de encontro à necessidade de se ampliar o debate acerca de inúmeras regras de cunho claramente inquisitorial à luz dos preceitos e normas constitucionais, na busca da construção de um processo penal justo e democrático, com a efetiva participação das partes envolvidas.

## 2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

É certo que o vocábulo sistema, ainda quando usado no âmbito do Direito, caracteriza-se pela plurivocidade<sup>3</sup> e, sem os devidos cuidados, pode conduzir ao sofisma e ao equívoco. Também Norberto Bobbio aponta que o “termo ‘sistema’ é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”<sup>4</sup>.

Assim, para evitar os indesejados dissabores da polissemia, de antemão, esclarece-se que, na linha de Bobbio, entende-se por sistema “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”<sup>5</sup>. Nesse sentido, é pertinente a lição de Jacinto Coutinho que, ao explicitar a necessidade de um princípio que confira a ideia de unidade e finalidade ao sistema, o define como o “conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”<sup>6</sup>.

Embora se possa discutir a utilização do vocábulo sistema no âmbito processual penal<sup>7</sup>, o termo se refere aos “campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa”<sup>8</sup>, ou seja, ao conjunto de fatores e elementos, relacionados em coerência entre si, com vistas à persecução penal.

---

<sup>3</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p 1.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 76.

<sup>5</sup> Imprescindível ressaltar que, para o autor italiano, a noção de ordem implica que os entes que compõem o sistema não só façam referência ao todo, como, ademais, estejam relacionados entre si de maneira coerente. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento... Op. cit.**, p. 71.

<sup>6</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, n.30, p. 163-198, 1998. p. 165.

<sup>7</sup> Geraldo Prado aponta que, na verdade, o que tratamos como sistema pode ser entendido como *subsistema*, uma vez que “o sistema processual está contido no sistema judiciário, por sua vez espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, implementando-se deste modo um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como de círculos concêntricos, em que aquele de maior diâmetro envolve o menor, assim sucessivamente, contornando-o e dirigindo-o com os princípios adotados na Lei Maior” (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 54-55).

<sup>8</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

Certamente, tais fatores e elementos, bem como os princípios da política processual de uma nação, não são mais do que segmentos da própria política estatal, vista em sua totalidade, e indicativos dos fundamentos de sua Constituição<sup>9</sup>. Nessa linha, Julio Maier leciona que Direito é filho da cultura humana e de suas ideias políticas, pelo que não se deve estranhar que os sistemas de justiça penal andem par a par com a história política e, com ela, se relacionem<sup>10</sup>.

Como afirma Aury Lopes Jr., “os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época”<sup>11</sup>. De igual modo, na lição de Jacinto Coutinho:

Os dois sistemas dos quais se fala (inquisitório e acusatório) vieram a lume, como se sabe, por *razões políticas*. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica (dentre tantas), foram altamente relevantes, mas, decididamente, secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> J. GOLDSCHMIDT ensina que “*los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*” (Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal. Barcelona: Bosh, 1935. p. 67). *Apud* LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 150.

<sup>10</sup> Para o autor argentino, “(...) *los sistemas de enjuiciamiento penal han ido a la par de la historia política y guardan perfecta correspondencia con ella. Si la expresión más vigorosa del poder del Estado es, precisamente, su poder penal, la afirmación de Ernst Beling de que el Derecho penal (material) no le toca al delincuente un solo pelo, sino que es el Derecho procesal penal el que se entiende de cerca con el hombre de carne y hueso – que muchas veces no es el delincuente –, aun factible de demostrar como exagerada, explica por sí sola el fenómeno indicado, el cual, reducido a su exacta dimensión, se debe limitar a afirmar que, a pesar de que todo el Derecho es hijo de la cultura humana y de las ideas políticas que ella acuña, los cambios de orientación política aparecen más ‘a flor de piel’ en el Derecho procesal penal*”. MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 442-443.

<sup>11</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

<sup>12</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In*: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 2.

Assim, se o apropriado estudo do direito processual penal deve começar pela compreensão do problema cultural e político de fundo<sup>13</sup>, certamente que o presente estudo, embora trate de questão mais pontual, não poderia seguir outro caminho.

Por isso, a exposição e análise, ainda que sucinta, sobre a evolução e principais características dos sistemas processuais penais que mais influenciaram o direito brasileiro, se mostra essencial tanto para a compreensão do problema analisado, quanto para sua solução.

## 2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

Do ponto de vista histórico, o sistema acusatório foi o modelo que dominou o mundo antigo<sup>14</sup>. De fato, já afirmava Ferrajoli que o processo penal, sobretudo na Grécia e na Roma republicana, “tem uma estrutura essencialmente acusatória por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da conseqüente natureza arbitral tanto do juiz como do júízo”<sup>15</sup>.

Assim, pode-se afirmar que o aludido modelo vigorou na Grécia, ao se permitir “a participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador”<sup>16</sup>. Sobre a atribuição de acusar, nos delitos públicos e privados, ensina João Mendes de Almeida Júnior que a legislação ateniense conferia o direito de acusação a todos os cidadãos nos delitos públicos, isto é, naqueles cuja repressão interessava mais à ordem pública e à segurança geral. Já em certos crimes contra a pátria ou a lei, ao lado dos cidadãos, também aos *tesmotetas* – magistrados encarregados da guarda e revisão das leis – era atribuído dar denúncia perante o Senado ou a Assembleia do Povo, que designava um cidadão para sustentá-la. Nos crimes menos graves, que atingiam apenas interesses privados, o direito de acusação incumbia ao

---

<sup>13</sup> “*Un estudio adecuado del Derecho procesal penal debe comenzar por la comprensión del problema cultural y político que tras él reside*”. MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal... Op. cit.**, p. 442.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 443.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 453.

<sup>16</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 93.

ofendido, a seus pais, a seu tutor ou senhor, bem como se permitia a desistência e a transação<sup>17</sup>.

#### Segundo Tourinho Filho:

Entre os atenienses, o Processo Penal se caracterizava 'pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, e pela oralidade e publicidade dos debates'. Alguns delitos graves, que atentavam contra a própria cidade, eram denunciados ante a Assembleia do Povo, ou ante o Senado, pelos Tesmotetas, e a Assembleia ou Senado indicava o cidadão que devia proceder à acusação.<sup>18</sup>

Kai Ambos e Marcellus Polastri Lima entendem que o aludido processo ateniense se constituiu em um autêntico modelo acusatório privado, porquanto a acusação podia ser formulada pelo cidadão ateniense, ante a jurisdição competente, a qual estava vinculada às alegações das partes, em consonância com o princípio dispositivo<sup>19</sup>.

Na República Romana, já no último século, consolidou-se o sistema acusatório sob a forma da *accusatio*<sup>20</sup>, em que o processo não podia ser iniciado sem acusação - *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*<sup>21</sup>. Tratava-se de delegar a persecução e o exercício da ação penal, nos delitos públicos, "a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade (*accusator*)"<sup>22</sup>.

Nesta fase, o processo era regido pelo contraditório, pela publicidade e oralidade, competindo às partes a prova dos fatos, não sendo permitida qualquer iniciativa por parte do juiz ou do júízo<sup>23</sup>. Aliás, além de se afirmar que a atuação dos juízes era passiva, enquanto se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, destaca-se que, na *accusatio*, se adotou o

<sup>17</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 23.

<sup>18</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 101.

<sup>19</sup> AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 9.

<sup>20</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 103.

<sup>21</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório... Op. cit.**, p. 75.

<sup>22</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 93.

<sup>23</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 41.

princípio *ne procedat iudex ex officio*, impossibilitando-se a existência de processo sem acusador ou iniciado por denúncia anônima<sup>24</sup>.

Nessa linha, já apontava Ferrajoli para as principais características clássicas do sistema acusatório:

a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, a atribuição a estas de toda atividade probatória e até mesmo da disponibilidade das provas, as conexas publicidade e oralidade do debate, o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz, tanto mais quanto maior for sua origem popular.<sup>25</sup>

Caso se desse a absolvição do acusado, era movido outro processo em face do acusador, para apurar “se houve prevaricação (colusão), tergiversação (desistência colusória), calúnia, ou apenas acusação temerária ou falta de provas”<sup>26</sup>.

Contudo, durante o Império, o modelo acusatório, além de ter favorecido frequentes persecuções motivadas pela vingança<sup>27</sup>, passou a ser insuficiente na repressão de delitos, dando causa a que “os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar”<sup>28</sup>. Com isso, iniciou-se uma fase em que acusador e julgador se fundiam em uma só pessoa, pois “o magistrado atuava *ex officio*, sem atender nem à acusação nem à denúncia”<sup>29</sup>. Era o processo *cognitio extra ordinem*<sup>30</sup>. A tortura passou a ser aceita, com o fim de se obterem confissões<sup>31</sup>, a publicidade cedeu lugar aos processos à porta fechada, bem como a oralidade deixou-se substituir pela escrita<sup>32</sup>, dando azo às primeiras características do que viria a ser o sistema inquisitório.

<sup>24</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de derecho procesal penal**. 5. ed. Madrid: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984. p. 39. Sobre o tema também pode ser consultado TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 105.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão... Op. cit.**, p. 453.

<sup>26</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro... Op. cit.**, p. 35.

<sup>27</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório... Op. cit.**, p. 76.

<sup>28</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 94.

<sup>29</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 105.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão... Op. cit.**, p. 453.

<sup>31</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 105. Também LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 94.

<sup>32</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal... Op. cit.**, p. 153.

Com a decadência do Império romano, o modelo acusatório mesclou-se com as primeiras jurisdições bárbaras, progredindo dos duelos judiciais para as figuras da *disputatio* e do contraditório, estabelecendo-se, novamente, na Inglaterra do século XII e no mundo anglo-saxão, na forma do *adversary system*<sup>33</sup>. Aliás, Julio Maier entende que Inglaterra é o país que, ainda hoje, conserva um procedimento penal que se assemelha ao antigo processo acusatório<sup>34</sup>.

Com efeito, o processo acusatório ressurgiu durante a dinastia Plantageneta, sobretudo sob o reinado de Henrique II, ao instituir-se o *Trial by Jury*, dando espaço à disputa das partes, ou seja, ao debate entre acusação e defesa<sup>35</sup>. Como afirma Jacinto Coutinho, nesse contexto, as regras processuais permitiam ou, pelo menos, tendiam a proporcionar uma disputa leal, com paridade de armas entre as partes no jogo dialético, o que permitia aos juízes decidir com fundamento no que as partes traziam ao processo<sup>36</sup>.

Da análise histórica, se evidencia que o processo acusatório é essencialmente um modelo de partes, “no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas<sup>37</sup>, é *actum trium personarum*<sup>38</sup>.”

Na lição de Aury Lopes Jr., enumeram-se as principais características e elementos que conformam o modelo acusatório atual:

- a) a divisão das funções de acusar, defender e julgar, sendo que, para Ferrajoli, a separação entre juiz e acusação é o elemento “mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros”<sup>39</sup>;

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão...** *Op. cit.*, p. 453.

<sup>34</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal...** *Op. cit.*, p. 446.

<sup>35</sup> O mesmo autor evidencia a genial manobra de Henrique II, pois “se o povo condenasse, era resposta do rei; se o povo absolvesse, era resposta do rei e, assim, estava ele sempre do lado aparentemente correto”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In*: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal...** *Op. cit.*, p. 4-6.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>37</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 102.

<sup>38</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Campinas: Bookseller, 1997. p. 70.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão...** *Op. cit.*, p. 454.

- b) como corolário do anterior, a iniciativa e gestão, no que se refere à atividade probatória, deve ser papel atribuído às partes;
- c) a manutenção de um juiz como terceiro imparcial, afastado das atividades investigativas e de produção da prova;
- d) a igualdade de tratamento dispensada às partes – paridade de armas;
- e) a oralidade e publicidade do procedimento, ao menos de maneira preponderante e em sua maior parte;
- f) a presença do contraditório, entendido também como oportunidade de resistência, para a defesa;
- g) a fundamentação da sentença com base no livre convencimento motivado e não no sistema de prova tarifada<sup>40</sup>;
- h) a concretização da segurança jurídica no processo por intermédio da autoridade da coisa julgada;
- i) o duplo grau de jurisdição como meio de impugnação das decisões<sup>41</sup>.

Como afirma Badaró, todos os sistemas processuais, atualmente, almejam o título de processo acusatório, ainda mais em função do alto sentido emotivo do termo: o sistema acusatório é “sinônimo de garantismo e defesa da liberdade do imputado”<sup>42</sup>, enquanto o inquisitório “é caracterizado por uma conotação negativa, de uma técnica de investigação que visa principalmente os valores da defesa social”<sup>43</sup>.

Infere-se, portanto, que todo o sistema é informado, ordenado e unificado em torno ao princípio acusatório, no qual, dentre todas as características acima listadas, três sobressaem para os fins da presente pesquisa: no modelo acusatório (a) observado o contraditório pleno, a gestão da prova está nas mãos das partes, tratadas de maneira igualitária<sup>44</sup>; (b) o juiz estatal, imparcial, sem iniciativa de investigação e passivo em relação à

---

<sup>40</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. **Direito processual penal brasileiro**. v. I. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. p. 72.

<sup>41</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal...** *Op. cit.*, p. 154. Veja-se também: MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 92.

<sup>42</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova...** *Op. cit.*, p. 108.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal...** *Op. cit.*, p. 113-114.

atividade probatória, decide – diz o direito – unicamente com base nas provas produzidas no processo<sup>45</sup>; e, nas palavras de Jacinto Coutinho, (c) “o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados”<sup>46</sup>.

Assim, o acusado é considerado como sujeito de direitos<sup>47</sup>, ao garantir-se a separação de funções, a efetiva imparcialidade do juízo e o pleno exercício do contraditório, o qual “atende à estrutura dialética do processo penal acusatório e decorre da concepção liberal de que as partes são sujeitos da relação processual, titulares de direitos, deveres, poderes, sujeições e ônus”<sup>48</sup>.

Embora, todavia não tenha sido apresentado o sistema inquisitório, pelos elementos centrais até aqui descortinados, não há dúvida de que apenas o processo acusatório corresponde aos anseios democráticos, em que se pode assegurar a figura de um julgador imparcial, distante do campo de atividade das partes<sup>49</sup>.

## 2.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

Em sua pureza, o sistema inquisitório corresponde a um modelo histórico<sup>50</sup>, que surge no seio da Igreja Católica e apresenta seu marco histórico no IV Concílio de Latrão, no ano de 1215<sup>51</sup>. Como evidencia Jacinto Coutinho, a partir daí, a mesma noção de processo como *actus trium*

<sup>45</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito...** *Op. cit.*, p. 166.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 166. Sobre o tema, veja-se também: MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal...** *Op. cit.*, p. 445.

<sup>47</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal...** *Op. cit.*, p. 445.

<sup>48</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 40.

<sup>49</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 96.

<sup>50</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal...** *Op. cit.*, p. 156.

<sup>51</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In: \_\_\_\_\_ et al. (Org.). O Novo Processo Penal...* *Op. cit.*, p. 2.

*personarum: iudiciis, actori et rei* começa a desaparecer<sup>52</sup>. E, ainda do ponto de vista histórico, conclui:

Tudo se consolida com uma Bula de Gregório IX (*Ex Excomuniamus*), de 1231, donde se delinea o arcabouço técnico; e com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252, estendida ao mundo em 12354, pela qual se abriu o espaço definitivo para os métodos utilizados na Inquisição, de modo que *Inquisitor* e *Socius* se absolvessem mutuamente por eventuais demasias, dentre elas na tortura. A Igreja Católica tocava à barbárie que tanto havia criticado no início do catolicismo romano, quando os católicos foram perseguidos, torturados e mortos.<sup>53</sup>

Como antes apresentado, a passagem do processo da *cognitio*, na República romana, para a forma da *cognitio extra ordinem*, que vigorou nos tempos do Império, já caracteriza os primeiros traços do modelo inquisitório<sup>54</sup>. Porém, a estrutura inquisitória somente chega ao seu ápice durante a Baixa Idade Média, sobretudo com a Inquisição<sup>55</sup>, instaurada e legitimada por inúmeros documentos<sup>56</sup>, com vistas a controlar severamente a divulgação de doutrinas heréticas, entendidas assim as que conflitavam com as verdades reveladas<sup>57</sup>.

A substituição do sistema acusatório pelo inquisitório se deu, em grande parte, devido à inatividade das partes, o que deu azo à conclusão de que “a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares,

<sup>52</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal... Op. cit.**, p. 3.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 3-4.

<sup>54</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 94.

<sup>55</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal... Op. cit.**, p. 153.

<sup>56</sup> Dentre os quais sobressai, pelo seu significado, o afamado *Directorium inquisitorum* (*Manual de Inquisidores*), uma das principais obras do teólogo dominicano Nicolau Eymerich, posteriormente adaptado por Francisco Peña, em 1578. Como afirma Aury Lopes Jr, a estrutura inquisitória do Direito Canônico, relatada pela *Directorium inquisitorum*, marcou profundamente a disciplina processual penal: “o processo poderia começar mediante uma acusação informal, denúncia (de um particular) ou por meio de investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisidor. Era suficiente um rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão. Bastavam dois testemunhos para comprovar o rumor e originar o processo e sustentar posterior condenação. As divergências entre duas pessoas levavam ao rumor e autorizavam a investigação. Uma única testemunha já autorizava a tortura”. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 100.

<sup>57</sup> BOFF, Leonardo. Prefácio: Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 13-14.

pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência<sup>58</sup>. Logo, a função foi assumida pelo Estado.

Tourinho Filho ressalta que, do século XIII em diante, o modelo inquisitório estabeleceu-se definitivamente, sobretudo porque, conquanto Inocêncio III consagrara o princípio de que *Tribus modis processu possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*, “somente as denúncias anônimas e a inquisição se generalizaram, culminando o processo inquisitivo, *per inquisitionem*, por tornar-se comum<sup>59</sup>”.

Paulatinamente, o modelo inquisitivo foi dominando as legislações laicas do continente europeu<sup>60</sup>. Já evidenciava Maier que “a afirmação de universalidade da Igreja Católica (Direito canônico) e a formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absoluta, e suas lutas de domínio contra os ‘infiéis’, por uma parte, e contra o poder feudal, por outra, conduziram necessariamente a este tipo de procedimento<sup>61</sup>”. Aliás, não é novidade que a manipulação das premissas fáticas e jurídicas “sempre interessou aos regimes de força, às ditaduras, aos senhores do poder. Podendo-se orientar o êxito, faz-se o que quiser. É o reino do *solipsismo*, por excelência<sup>62</sup>”.

Como expõe Tourinho Filho, na Itália os processos *per denuntiationem et per inquisitionem* evoluíram de tal forma que ganharam fama as célebres “bocas da verdade” (*bocca della verità*), utilizadas para denúncias anônimas<sup>63</sup>, que começaram a ser reprovadas apenas a partir do século XVI. Na Espanha, prevalecia o corpo normativo inscrito no chamado *Libro de las Leyes*, também

<sup>58</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 97.

<sup>59</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 107. Sobre o tema, já ensinava João Mendes de Almeida Júnior que “o processo *per inquisitionem* ia assim substituindo, pouco a pouco, o processo por provocação da parte pelo processo *ex officio*”, tendo, posteriormente, o Papa Bonifácio VIII determinado “*sob pena de excomunhão, que as diligências se fizessem em segredo, (...) tornando-se mesmo o segredo condição formal desse novo processo*”. Por sua vez, os Papas Clemente V e João XXII estipularam “*que o processo das inquisitiones devia ser sumário, procedendo-se simpliciter et sine figura iudicii*”. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro... Op. cit.**, p. 226.

<sup>60</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 107.

<sup>61</sup> “*Desde el punto de histórico-político, la afirmación de universalidad de la Iglesia católica (Derecho canónico) y la formación de los Estados nacionales bajo el régimen de la monarquía absoluta, y sus luchas de predominio contra los ‘infielos’, por una parte, y contra el poder feudal, por la otra, condujeron necesariamente a este tipo de procedimiento*”. MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal... Op. cit.**, p. 446.

<sup>62</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal... Op. cit.**, p. 4.

<sup>63</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 101.

conhecido como *Las siete partidas*, ou simplesmente, *Partidas*, redigido no Reino de Castela. Na Alemanha, o sistema inquisitório consolidou-se no fim do século XV, com a *Constitutio Criminalis Carolina*, em que não se conhecia o acusador, os julgadores ou sequer a sentença. Na França, no reinado de Luis XIV, sobreveio a *Ordonnance sur la procédure criminelle*, de cunho eminentemente inquisitório, é dizer, escrito, secreto e não contraditório<sup>64</sup>.

Como bem ensina Jacinto Coutinho:

O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica. Em um tempo extremamente místico, não poderia ser diferente. Resistiu – e resiste – como o mais apurado sistema jurídico do qual se tem conhecimento, tendo persistido por tanto tempo justo por sua simplicidade, isto é, porque usa o próprio modelo de pensamento (por excelência) da civilização ocidental.<sup>65</sup>

O modelo inquisitório perdurou até o final do século XVIII e início do século XIX, inclusive, quando, sobretudo com a Revolução Francesa e correntes filosóficas derivadas, começaram a ser adotadas novas premissas com vistas a valorizar o homem, dando início a um processo de passagem para o sistema misto<sup>66</sup>.

Contudo, não se pode olvidar que, apesar de as práticas próprias da estrutura inquisitória terem sido, ao menos de maneira formal, erradicadas no século XIX, “sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica, orientando a tessitura dos sistemas penais da modernidade”<sup>67</sup>, continuando vivo ainda em alguns ordenamentos atuais<sup>68</sup>.

Em linhas gerais, como anota João Mendes de Almeida Júnior, o sistema inquisitório transferia a ação pública do domínio das partes para o do julgador. Dava-se “ao juiz o poder, não mais de julgar somente, mas o de dirigir

<sup>64</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 108.

<sup>65</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In*: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal... Op. cit.**, p. 4.

<sup>66</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 103.

<sup>67</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 57.

<sup>68</sup> THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 212.

e provocar *ex officio* os atos da instrução; essencialmente secreto, este processo não faz pesar responsabilidade alguma sobre o inquiridor”<sup>69</sup>.

Com a abolição da acusação e da publicidade, o julgador passou a atuar de ofício, secretamente, de maneira escrita e oculta, inclusive do réu, em afronta ao antigo princípio *ne procedat iudex ex officio*<sup>70</sup>. Como ensina Jacinto Coutinho, “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”<sup>71</sup>.

Não é diferente o ensinamento de Roxin, ao tratar sobre o protagonismo do juiz, no processo inquisitório. Em suas palavras, “ele [o juiz] detém, interroga, investiga e condena. Não há acusador ou acusado, mas somente o juiz (o inquisidor) – que investiga e julga – e o objeto de sua atividade (o inquirido)”<sup>72</sup>.

Desse modo, em linhas gerais, na linha do exposto por Julio Maier<sup>73</sup>, destacam-se as seguintes características comuns ao sistema inquisitivo:

- a) a jurisdição penal se concentra na figura do príncipe ou monarca, sendo que a administração da justiça se organiza, em função do número de casos, por delegação da atribuição de julgar;
- b) o poder de julgar não se diferencia do poder de *perseguir* criminalmente, ao contrário, ambos estão nas mãos do inquisidor<sup>74</sup>;
- c) em busca de suposta verdade real<sup>75</sup>, o acusado representa um objeto da perseguição, não mais um sujeito de direitos;

<sup>69</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro...** *Op. cit.*, p. 227.

<sup>70</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 103.

<sup>71</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: \_\_\_\_\_ (org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23.

<sup>72</sup> ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1.<sup>a</sup> ed. 2.<sup>a</sup> reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 86.

<sup>73</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal...** *Op. cit.*, p. 447-449.

<sup>74</sup> No fundo, trata-se da centralização do poder de ir atrás da prova, ou gestão da prova, ainda que sem provocação ou requerimento das partes. No que se refere à concentração de poderes na pessoa do inquisidor-julgador, leciona Aury Lopes Jr. que, no sistema inquisitório, “o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai construir seu convencimento”. Mais adiante, afirma que “o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga”. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 98.

<sup>75</sup> Nesse sentido, bem afirma Foucault que o magistrado “constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado”. FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**. 6.<sup>a</sup> ed. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 36.

- d) o procedimento consiste na investigação *secreta*, escrita, descontínua, carente de debate, com fins políticos claramente definidos, ou seja, não há contraditório<sup>76</sup>;
- e) quanto à valoração probatória, vigora o chamado sistema de prova legal<sup>77</sup>.

Em suma, tais características, no sistema inquisitório, são postas em relação por um princípio unificador, qual seja, o inquisitivo, que, na sua essência, nada mais é que a “extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova”<sup>78</sup>.

É nesse sentido que Ferrajoli chama de inquisitório todos aqueles sistemas em que “o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa”<sup>79</sup>.

No fundo, sobretudo em razão do abandono, pelo juiz, da sua posição imparcial, com a assunção da atividade do inquisidor, o modelo inquisitório transforma a disputa entre acusador e acusado, idealmente igual e leal, para um duelo absolutamente desigual, entre juiz-inquisidor e réu<sup>80</sup>. Como aponta Jacinto Coutinho, trata-se de modelo manifestamente hipócrita, tendo em conta a decisão já estar preordenada, “com o resultado antecipado (pelo menos ao raciocínio mais hábil), o resto eram os modos de se confirmar aquilo que a razão já havia projetado”<sup>81</sup>.

Nesse mesmo sentido, também João Mendes de Almeida Junior ensina que, enquanto o sistema acusatório, por um método sintético, afirma o fato, mas garante ao acusado a presunção de inocência, até haver prova em

<sup>76</sup> Sobre o tema, é célebre a expressão utilizada por Rui Cunha Martins, ao afirmar que “*no processo inquisitório há um desamor pelo contraditório*”. MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>77</sup> Na verdade, tratava-se de regras bastante curiosas, de natureza mais aritmética que, propriamente, processuais. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 116. Veja-se também: RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 50. E, por fim: BARROS, Romeu Pires de Campos. **Direito processual penal brasileiro Op. cit.**, p. 72.

<sup>78</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito... Op. cit.**, p. 166.

<sup>79</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão... Op. cit.**, p. 452.

<sup>80</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 98.

<sup>81</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal... Op. cit.**, p. 4.

contrário, “o sistema inquisitório, subordinando-se ao método analítico, não afirma o fato, supõe a sua possibilidade e probabilidade, presume um culpado, busca e colige os indícios e as provas”<sup>82</sup>.

É fato que toda a estrutura inquisitória é produzida a partir de elementos falaciosos, sobretudo o relativo à busca da *verdade real* ou *verdade absoluta*. Na lição de Aury Lopes Jr.:

Na busca dessa ‘verdade real’, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for bem utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.<sup>83</sup>

Veja-se que, do ponto de vista ideológico, pelo menos, a preocupação do sistema era muito mais focada no interesse público, ferido pelo delito, do que o interesse individual, lacerado pelo processo<sup>84</sup>. Nesse sentido é que se afirma que o modelo inquisitório, além de apresentar inúmeras imperfeições, é absolutamente inconciliável com os mesmos fundamentos dos direitos e garantias individuais, previstos em qualquer processo minimamente democrático<sup>85</sup>.

Trata-se, na verdade, de um erro psicológico<sup>86</sup>, pois a evidente incompatibilidade da concentração de funções tão antagônicas – as de investigar, acusar, defender e julgar – na mesma pessoa, determina, para todo o sistema de persecução criminal, poucas garantias de imparcialidade e objetividade<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro...** *Op. cit.*, p. 228.

<sup>83</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 102.

<sup>84</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro...** *Op. cit.*, p. 228.

<sup>85</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 70.

<sup>86</sup> GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal. Barcelona: Bosh, 1935. p. 29. *Apud* LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal...** *Op. cit.*, p. 162.

<sup>87</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 70.

### 2.3 A POSSIBILIDADE DE UM SISTEMA MISTO

O denominado sistema misto<sup>88</sup>, como paradigma histórico, surgiu após a Revolução Francesa, com o *Code d’Instruction Criminelle* de 1808<sup>89</sup>, seja, em parte, pelas duras críticas formuladas pelos enciclopedistas contra o modelo inquisitório anterior, seja pela mesma tendência liberal da época, o que fez que o aludido sistema se espalhasse rapidamente por grande parte da Europa continental<sup>90</sup>.

Tourinho Filho explica que, enquanto o modelo inquisitório desenvolvia-se em três fases: investigação preliminar, instrução probatória e fase de julgamento – todas secretas, escritas, não contraditórias e tendo o juiz o poder de acusar, defender e julgar –, o modelo misto, ao manter as três etapas, conservou apenas a primeira e a segunda como secretas e carentes de contraditório. Contudo, a etapa correspondente ao julgamento passou a ser pública, oral e desenvolvida em contraditório, bem como as funções de acusar, defender e julgar, foram confiadas a partes diversas<sup>91</sup>.

Em geral, convencionou-se, ainda que de maneira implícita, o conceito de sistema misto: de um lado, com a alegação de que os modelos atuais não mais correspondem modelos históricos, entendidos como sistemas puros<sup>92</sup>; de outro, sustentando que a usual cisão do processo penal em duas fases, permitiria a conclusão de que se trata de uma forma inquisitória na fase

<sup>88</sup> Também chamado de sistema reformado ou napoleônico. Alguns autores, como Tourinho Filho, também referem o termo “*sistema acusatório formal*”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 117.

<sup>89</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório... Op. cit.**, p. 91. Para Ferrajoli, o Código Napoleônico de 1808, ao somar os defeitos de ambos os sistemas, seria um “*monstro, nascido do acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório*”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão... Op. cit.**, p. 113.

<sup>90</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 117.

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> Note-se que, na realidade, os modelos até aqui expostos quase nunca operaram na pureza de seus princípios e características. Como ensina Julio Maier, “*Inglaterra, por ejemplo, conserva aún hoy los rasgos de un sistema acusatorio; sin embargo, admite y organiza, cada vez más, la persecución penal pública (...). España, aun cuando sigue la tendencia general de Europa continental, por reforma del sistema inquisitivo que la regía hasta 1882, conserva rastros del procedimiento de oficio (per inquisitionem) y admite el acusador popular y el privado, a un mismo tiempo*”. MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal... Op. cit.**, p. 443.

preparatória (pré-processual) e acusatória ao longo da fase processual propriamente dita<sup>93</sup>.

Ora, ao se afirmar que não há mais, na atualidade, sistemas processuais penais puros, parece óbvia a conclusão de que todos seriam mistos. Porém, é necessária a ressalva que, sabidamente, o aludido conceito – sistema misto – não se refere à simples soma dos elementos que informam os sistemas acusatório e inquisitório<sup>94</sup>.

Aliás, a afirmação de um “sistema misto” revela-se, nas palavras de Aury Lopes Jr., um reducionismo ilusório e absolutamente insuficiente<sup>95</sup>. É que, ao se afirmar que o sistema se refere ao “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador<sup>96</sup>”, é forçoso concluir a impossibilidade de admitir-se um “princípio misto”<sup>97</sup>. Já lecionava José Frederico Marques que somente “de duas formas pode revestir-se o processo, para alcançar seu objetivo especial e precípua: a inquisitiva e a acusatória<sup>98</sup>”.

Assim, é imprescindível a análise, em cada sistema, de seu princípio unificador, ou informador, para, a partir do seu núcleo, categorizá-lo como acusatório ou inquisitório<sup>99</sup>. Como bem leciona Coutinho,

ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. É o caso, por exemplo, do processo comportar a existência de parte, o que para muitos, entre nós, faz o sistema tornar-se acusatório. No entanto, o argumento não é feliz, o que se percebe por uma breve avaliação histórica: quiçá o maior monumento inquisitório fora da Igreja tenha sido as *Ordonnance Criminelle* (1670), de Luis XIV, em França; mas mantinha um processo que comportava partes.<sup>100</sup>

<sup>93</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 104.

<sup>94</sup> Nesse sentido, logo em seguida, conclui o aludido autor que uma somatória do gênero não se sustentaria epistemologicamente e, ainda mais relevante, também “*a própria noção de sistema não comporta algo do gênero*”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In: \_\_\_\_\_*. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal... Op. cit.**, p. 6.

<sup>95</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 92.

<sup>96</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito... Op. cit.**, p. 165.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>98</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal... Op. cit.**, p. 70.

<sup>99</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 92.

<sup>100</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito... Op. cit.**, p. 167.

Nesse sentido, a mera separação, apenas formal, das atividades de acusar, defender e julgar, não basta para a nítida classificação do sistema em acusatório, ou inquisitório, ainda mais, porque a separação de funções, real e material, implica, de maneira lógica, que a atividade probatória esteja nas mãos das partes e não do julgador<sup>101</sup>.

É nessa linha a lição de Jacinto Coutinho, de que a diferenciação entre cada sistema se faz por intermédio dos seus princípios unificadores, estes determinados pelo “critério de gestão da prova”<sup>102</sup>. Explica-se o argumento em razão da mesma finalidade do processo: se o fim é, entre outros, o da “reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador”<sup>103</sup>.

Bem por isso se afirma que, no modelo inquisitório, a característica fundamental encontra-se precisamente na gestão da prova, atribuída primordial e essencialmente ao magistrado<sup>104</sup>, devido à aparente vantagem de que, assim, o juiz poderia alcançar, de maneira fácil e ampla, “a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’ –, dado o seu domínio único e onnipotente do processo em qualquer das suas fases”<sup>105</sup>.

A seu turno, no processo acusatório, “considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto”<sup>106</sup>. Assim, não há dúvidas de que apenas a preservação da iniciativa e gestão probatória nas mãos das partes garantir-se-á a efetiva imparcialidade – nos limites possíveis – do julgador, esta entendida como elemento fundamental do sistema acusatório e rechaçada pelo inquisitório<sup>107</sup>.

---

<sup>101</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 105.

<sup>102</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito... Op. cit.**, p. 165.

<sup>103</sup> Idem.

<sup>104</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: \_\_\_\_\_ (org.). **Crítica à teoria geral... Op. cit.**, p. 24.

<sup>105</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 247.

<sup>106</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito... Op. cit.**, p. 166.

<sup>107</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 109.

## 2.4 O PROCESSO PENAL NO BRASIL

Do ponto de vista histórico, Espanha e Portugal trouxeram à América o seu sistema processual penal dominante à época da colonização, ou seja, a Inquisição, não nos moldes cruéis europeus, mas nas suas principais características: organização judicial extremamente burocrática, procedimento escrito e secreto, marcado pela investigação solitária do inquisidor, inclusive de ofício, sem a efetiva participação das partes, tratadas como objeto pelo julgador-acusador<sup>108</sup>. Por isso, não é de se estranhar que, ainda hoje, o nosso sistema processual penal apresente uma estrutura marcadamente inquisitória<sup>109</sup>.

Contudo, não é incomum que alguns doutrinadores classifiquem o modelo processual penal brasileiro como um sistema de natureza mista<sup>110</sup>, seja em razão das próprias características do inquérito policial, como fase pré-processual, seja, sobretudo, por uma série de poderes atribuídos aos juízes<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> MAIER, Julio B. J.; STRUENSEE, Eberhard. Introducción. In: MAIER, Julio B. J. et al. (Org.). **Las reformas procesales penales en América Latina**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 19-21. Sobre o tema, destaca Vicente Greco Filho que, na época colonial, em razão de Brasil e Portugal formarem um Estado único, vigoravam no território brasileiro as mesmas Ordenações (Filipinas), para a regulação do processo penal. Ressalta-se: “*No sistema das Ordenações, havia uma parte eminentemente inquisitiva, as devassas, e uma parte acusatória, mediante a acusação de qualquer do povo, do ofendido ou do Ministério Público. Admitiam-se os tormentos como meio de prova*”. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

<sup>109</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal... Op. cit.**, p. 9.

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13. Sobre o tema, inclusive, é notória a posição de Hélio Tornaghi, para quem o procedimento e o processo moderno, inclusive o civil, é misto. Para o referido autor, a volta à “pureza acusatória” representaria um retrocesso, uma vez que, na sua visão, o processo moderno “*reúne todas as vantagens do acusatório e do inquisitório e elimina os inconvenientes tanto de um quanto de outro*” (TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. v. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 14). Rogério Tucci também defende a classificação do nosso sistema como misto, com fundamento nos traços inquisitivos presentes nos atos preliminares, próprios da investigação criminal (TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 79-80).

<sup>111</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.101. Para o mesmo autor, se o sistema processual penal brasileiro “*fosse verdadeiro e genuinamente acusatório, não se levariam em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que ocorre em nossos processos na esfera criminal*” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 72-73).

De outro lado, a maioria da doutrina tende a defender que o modelo adotado no Brasil é o acusatório<sup>112</sup>, embora sejam notórios resquícios ainda existentes do modelo inquisitivo<sup>113</sup>.

Nesse sentido, José Frederico Marques sustenta que o único modelo acolhido no direito brasileiro é o acusatório, principalmente em função das garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório<sup>114</sup>. E mais adiante conclui:

Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a *função de acusar* e a *função jurisdicional*. O impulso inicial ao processo, quem o dá é o Ministério Público, quando se trata de *ação penal pública*, ou o particular, quando o caso é de *ação penal privada*. O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*.<sup>115</sup>

Com efeito, especialmente com a vigência da atual Constituição Federal, de 1988, adotou-se de forma nítida o modelo acusatório, em virtude da organização judiciária e dos princípios processuais adotados<sup>116</sup>, sobretudo, as normas referentes à dignidade da pessoa humana<sup>117</sup> (art. 1.º, III), à igualdade das partes (art. 5.º, *caput* e inc. I), à legalidade (art. 5.º, II), à proibição da tortura (art. 5.º, III), à inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV), ao devido processo legal (art. 5.º, LIV), aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV), à inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5.º, LVI), à presunção de

<sup>112</sup> Nesse sentido, citam-se Aury Lopes Jr., cuja posição será adiante explicitada, Eugênio Pacelli (cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal... Op. cit.**, p. 13-15), bem como precedentes, sobre o tema, emanados do Supremo Tribunal Federal (por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 120379/RO. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 26/08/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017) e do Superior Tribunal de Justiça (por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 47984/SP. Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 04/11/2014. Disponível em: <<http://stj.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017).

<sup>113</sup> RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 53-54.

<sup>114</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal... Op. cit.**, p. 71.

<sup>115</sup> Idem.

<sup>116</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Brasil. In: MAIER, Julio B. J. et al. (Org.). **Las reformas procesales penales... Op. cit.**, p. 123-125.

<sup>117</sup> Sobre a importância do tema, sobressai a lição de Sarlet, para o qual a dignidade da pessoa humana não depende de circunstâncias concretas, tendo em vista que todos – inclusive criminosos – são iguais em dignidade. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 40-43.

inocência (art. 5.º, LVII), ao livre acesso à justiça (art. 5.º, LXXIV), à publicidade e motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), à atribuição privativa, ao Ministério Público, da função de promover a ação penal pública (art. 129, I), entre outros. Em suma, o processo, antes concebido quase que exclusivamente como meio de aplicação da lei penal, passou a ser um instrumento de garantia ao indivíduo<sup>118</sup>.

Veja-se que a ausência de menção explícita não impede o efetivo reconhecimento de que o sistema constitucional vigente optou, ainda que por razões políticas<sup>119</sup>, pelo modelo acusatório, até porque as normas constitucionais se propõem “a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto”<sup>120</sup>, ainda mais em razão de uma interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos antes citados. Ou seja, deve-se “sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”<sup>121</sup>.

Apesar disso, há que se admitir que o sistema brasileiro sofre uma verdadeira confusão, na medida em que, de um lado, a Constituição Federal adota valores eminentemente democráticos e acusatórios, porém, de outro, a legislação infraconstitucional, é dizer, sobretudo, o Código de Processo Penal, mantém inúmeros resquícios alusivos ao sistema inquisitório.

É nesse sentido que Tourinho Filho leciona que o direito pátrio segue um “sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes” e cita, como exemplos, as hipóteses previstas no Código de Processo Penal, em que pode o juiz: requisitar a abertura de inquérito (art. 5.º, II); decretar prisão preventiva de ofício (art. 311); conceder *habeas corpus* de ofício (art. 354.º2); receber a representação (art. 39); ordenar a produção antecipada de provas, mesmo antes da ação penal (art.

<sup>118</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal... Op. cit.**, p. 8.

<sup>119</sup> Sobre o tema, reitera-se a lição de Jacinto Coutinho a construção dos modelos processuais penais se dá por “*opções políticas historicamente demarcadas*”, embora haja também outros motivos. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal... Op. cit.**, p. 6.

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 104.

<sup>121</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

156, I); determinar a realização de diligências (art. 156. II); ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes (art. 209), entre outros<sup>122</sup>.

Também Aury Lopes Jr. ressalta que de nada adianta permitir que o Ministério Público formule a acusação se, depois, no decorrer do procedimento, se permita que o julgador tome um papel ativo que deveria corresponder às partes, sobretudo, autorizando-lhe a atuação de ofício em inúmeras situações: ao converter a prisão em flagrante em preventiva (art. 310); ao determinar a busca e apreensão (art. 242); ao ordenar o sequestro (art. 127); ao proceder ao reinterrogatório do réu (art. 196); ao reconhecer agravantes não alegadas ou, ainda, ao condenar quando o Ministério Público tenha requerido a absolvição (art. 385), ao alterar a classificação jurídica do fato (art. 383)<sup>123</sup>, etc. Resta evidente que, sem o efetivo afastamento do julgador das funções que deveriam ser próprias das partes, jamais se poderá falar em processo eminentemente acusatório, mas sim, claramente, inquisitorial.

Quanto a isso, também reconhece Jacinto Coutinho que,

tem sido difícil – muito difícil – fazer entender a alguns que primam pela leitura óbvia da vida como linearidade, como se fossem imagens de um espelho e, assim, seguem insistindo, contra a Constituição, em manter o *Sistema Inquisitório* que se retira, antes de tudo, do CPP, em permanente conflito com o modelo constitucional que reclama um *devido processo legal* e, assim, incompatível com *aquele no qual o juiz é o senhor do processo, o senhor das provas* e, sobretudo – como sempre se passou no *Sistema Inquisitório* – *pode decidir antes* (naturalmente raciocinando, por primário e em geral bem intencionado) *e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada.*<sup>124</sup>

Ora, como ensina João Mendes de Almeida Junior, “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais”<sup>125</sup>. Nesse sentido, não se estranha a evidente índole inquisitória do diploma processual penal de 1941, editado à luz da “Constituição dos Estados Unidos

<sup>122</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal... Op. cit.**, p. 118.

<sup>123</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 108.

<sup>124</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In: \_\_\_\_\_*. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal... Op. cit.**, p. 9.

<sup>125</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro... Op. cit.**, p. 13.

do Brasil<sup>126</sup>, de 1937. Redigido por Francisco Campos, o Código de Processo Penal<sup>127</sup> é marcado também pela centralização de poder e pelo autoritarismo<sup>128</sup>, traços inequívocos do momento histórico-político nacional da época. Soa, no mínimo, incoerente, a afirmação dos valores acusatórios trazidos pela Constituição de 1988 e a manutenção de normas legais claramente inspiradas no Código de Processo Penal italiano, de 1930<sup>129</sup>, idealizado para servir os propósitos do regime fascista instaurado por Mussolini.

Como expresso pelo então Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos, ao servir o objetivo de mais eficiência à ação repressiva do Estado, o novo código buscou abolir “pseudodireitos” individuais para dar primazia à tutela social e ao bem comum, aliviou o processo penal dos excessos de formalismo, reduziu ao mínimo as nulidades processuais, restringiu a aplicação do *in dubio pro reo*, ampliou a noção de flagrante delito, passou a considerar o decreto de prisão preventiva não mais como faculdade, mas como dever imposto ao juiz, enfim, criou-se um mecanismo o suficientemente elástico par efetivar a justiça penal<sup>130</sup>.

Ao contrário da visão autoritária do código de processo penal, marcado pela premissa da culpabilidade e periculosidade do agente, a Constituição da República de 1988, como ápice e fundamento das demais leis<sup>131</sup>, instaurou um modelo de amplos direitos e garantias individuais, especialmente a presunção de inocência, o respeito ao devido processo legal, entendido como processo

<sup>126</sup> A Constituição brasileira de 1937, redigida por Francisco Campos, outorgada por Getúlio Vargas e sabidamente inspirada pelo modelo semifascista polonês, deu início ao Estado Novo, marcado pela centralização do poder, nacionalismo e autoritarismo. Veja-se SARLET, Ingo Wolfgang. et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 233-235.

<sup>127</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>128</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória...** *Op. cit.*, p. 173.

<sup>129</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal...** *Op. cit.*, p. 5.

<sup>130</sup> BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. **Lex: Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 343-344.

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição...** *Op. cit.*, p. 163. Conforme Lênio Streck, a proeminência normativa e hierárquica da Constituição origina-se da mesma ideia de que “a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 101).

justo, igualitário e realizado sob o contraditório, e o dever de motivação das decisões judiciais<sup>132</sup>.

O fato é que, apesar de quase 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988<sup>133</sup>, ainda hoje, nos deparamos com uma geração de juristas que “mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras”<sup>134</sup>, ou, nas acertadas palavras de Jacinto Coutinho, “temos convivido com novos operadores do direito e concepções jurídicas ancoradas na velha Roma, quando não no maquiavelismo destrutivo e estagnante de cavaleiros do apocalipse”<sup>135</sup>. É dizer, não há sentido em manter um cego apego ao texto legal, sem a devida análise de sua conformação constitucional, ainda mais ao se considerar as profundas transformações sociais, políticas e jurídicas, de certa forma, representadas pela Constituição de 1988.

---

<sup>132</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal... Op. cit.**, p. 9.

<sup>133</sup> Assim como de sua efetividade, aplicabilidade e força normativa. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32.

<sup>134</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal... Op. cit.**, p. 7.

<sup>135</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: \_\_\_\_\_ (org.). **Crítica à teoria geral... Op. cit.**, p. 8.

### 3 SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE O JUIZ CONDENAR, QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO REQUER A ABSOLVIÇÃO

Após a detida e indispensável exposição acerca da evolução e principais características dos sistemas processuais penais, bem como o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, adentramo-nos no âmago da presente pesquisa, é dizer, o estudo sobre a conformação constitucional da primeira parte do art. 385, do Código de Processo Penal, e a possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, ainda quando o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Nesse sentido, neste capítulo, expõe-se a evolução histórica da disposição contida na regra do artigo 385, do Código de Processo Penal, e as recentes tentativas de mudanças, presentes nos anteprojetos para a reforma do Código de Processo Penal, em trâmite, atualmente, no Congresso Nacional. Posteriormente, passa-se à análise da posição dos tribunais e de decisões colegiadas sobre o tema, bem como ao estudo da visão e discussão criada pela doutrina. Por fim, faz-se uma análise a partir dos pressupostos assentados no presente trabalho, sobretudo, a compatibilidade do referido dispositivo com os valores e princípios do modelo acusatório, assumido após a Carta Magna de 1988.

#### 3.1 A REGRA DO ART. 385, NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal de 1941, em harmonia com o seu propósito de “fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva”<sup>136</sup>, ao tratar do tema relativo à sentença, declarou, de maneira expressa, no seu artigo 385, a possibilidade de, nos crimes de ação pública, o juiz poder proferir sentença condenatória, ainda quando o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes não alegadas durante o processo. A norma veio para esclarecer o caráter ilimitado

---

<sup>136</sup> BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. **Lex**: Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 349.

do poder de o magistrado interpretar os fatos e a lei, durante o julgamento. É que,

Antes da vigência do Código atual, a matéria se tornava controvertida. Havia os que entendiam que o Ministério Público, sendo órgão da defesa social e seu advogado, se pleiteava a absolvição do réu, o juiz, em nome do Estado, que representa, não poderia condená-lo, sob pena de abuso de poder.<sup>137</sup>

Tal dispositivo jamais foi modificado, especialmente porque as diversas e sucessivas comissões de juristas instituídas para a reforma do código de processo penal não o alteraram significativamente<sup>138</sup>. A alteração parcial do mencionado artigo foi proposta apenas em 2009, pela Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, transformado, no Senado, em Projeto de Lei n. 156, de 2009, que passou a dispor o seguinte:

Art. 409. O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada.<sup>139</sup>

Ou seja, manteve-se a possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, nas hipóteses em que requerida a absolvição, pelo Ministério Público, porém, proibiu-se o reconhecimento de agravantes não suscitadas no processo. Em geral, pode-se observar que o Projeto de Lei n. 156/09 fundamentou-se com mais evidência no modelo acusatório, sobretudo,

<sup>137</sup> SILVA, Oliveira e. **Curso de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 176.

<sup>138</sup> Destacam-se aqui a Comissão Hélio Tornaghi (1963), que elaborou um anteprojeto entregue ao Ministro da Justiça, João Mangabeira, em 1963, mas não apresentado ao Legislativo; o Anteprojeto José Frederico Marques (1970), que foi enviado ao Congresso Nacional e convertido no PL 633/1975, posteriormente retirado pelo Poder Executivo, seu autor; a Comissão Lauria Tucci (1983, com o Projeto de Reforma de 1983 – PL 1655/1983, que tramitou no Senado sob o número PLC 175/1984, também retirado pelo Poder Executivo; o Anteprojeto Sálvio de Figueiredo Teixeira (1992), parte retirado pelo autor – Poder Executivo –, parte convertido em lei (PASSOS, Edilenice. Código de processo penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília: Senado Federal – Secretaria de Informação e Documentação, 2008. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/PPP-noticia-historica.pdf>>. Acesso em 03 de novembro de 2017).

<sup>139</sup> BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do código de processo penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. p. 105.

ênfatizando, no processo, o papel das partes. No entanto, parece contraditória a manutenção do dispositivo, como expõe Jacinto Coutinho:

(...) embora tenha havido evolução na aplicação do *princípio da disponibilidade do conteúdo do processo*, ela ainda foi tímida: num processo penal de matriz acusatória o MP deve ter a mais ampla liberdade neste sentido porque, valendo quase que tão só a prova da instrução processual (a ressalva são aquelas reais), é mais coerente poder ‘retirar a acusação’ que ser forçado a levar os pedidos até o final e vê-los improcedentes, com trânsito em julgado material da sentença, logo, sem a menor possibilidade de renovação da ação. Pouco razoável, neste contexto, a manutenção da regra atual do art. 385, no art. 409 do Projeto. (...) Em suma, espraiada pelo Projeto inteiro, vê-se uma grande evolução das atribuições do MP, mas, sem dúvida, ainda foi acanhada e fruto de um aparente medo já não mais cabível nos tempos atuais.<sup>140</sup>

Da mesma forma, também ao analisar o anteprojeto (PLS 156/09), comenta Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que a hipótese de o juiz condenar, quando haja pedido de absolvição pelo Ministério Público – art. 409, do Projeto –, pode ser considerada um ponto incoerente, embora, na sua visão, a incoerência deixaria de existir se entendêssemos que o pedido de condenação já fora feito na inicial “de oferecimento de denúncia, que já foi devidamente recebida. Assim, a ausência de um pedido de condenação nas alegações finais não significa desistência da postulação, que deve prosseguir e ser julgada”<sup>141</sup>.

O referido Projeto de Lei do Senado foi enviado à revisão da Câmara dos Deputados e, lá, passou a tramitar sob o número PL 8045/2010, tendo no seu art. 420 o correspondente ao art. 385, do CPP atual, e art. 409, do PLS 156/09. No caso, foi instaurada “Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do Código de Processo Penal”. O relator parcial, Dep. Pompeo de Mattos, acolheu a proposta enviada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), e sugeriu a Emenda n. 19, dando ao art. 420 a seguinte redação:

<sup>140</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **O novo Processo Penal... Op. cit.**, p. 16.

<sup>141</sup> CARVALHO, L. G. Grandinetti C. Perspectivas de um Projeto de Código de Processo Penal Acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal... Op. cit.**, p. 22.

Art. 420. O juiz não poderá proferir sentença condenatória se o Ministério Público tiver requerido a absolvição.

Parágrafo único. Em caso de condenação, é vedado ao juiz reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada na denúncia.<sup>142</sup>.

A alteração sugerida pelo IBCCRIM objetivou a conformação da antiga regra prevista do art. 385, do CPP, ao sistema acusatório, estabelecido pela Constituição da República, de 1988, mediante a seguinte argumentação:

Em um sistema acusatório, o Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, sendo que o Estado exerce o respectivo (e decorrente) poder de punir. Por isso é que se o Ministério Público desistir de sua pretensão acusatória (isto é, pedir a absolvição), o juiz absolutamente não pode condenar – pois isso representaria um indevido exercício do poder punitivo sem a necessária invocação.

Assim, tendo em vista que a conformação constitucional do processo penal é pelo sistema acusatório, seria incongruente (para não dizer inconstitucional) possibilitar uma atuação judicial (condenação) sem o anterior exercício da pretensão acusatória (pedido de absolvição pelo Ministério Público).<sup>143</sup>

Por enquanto, estas são as perspectivas de alteração da regra processual penal aqui discutida.

### 3.2 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

O debate acerca do art. 385, do Código de Processo Penal, e de sua recepção pela Constituição Federal de 1988, é, ainda, um tema árido e pouco

<sup>142</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal” (revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-Lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Relator parcial: Dep. Pompeu de Mattos. p. 111. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=028CA2C9D2ADAD7FBACA96115BDC1E41.proposicoesWebExterno1?codteor=1566900&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=028CA2C9D2ADAD7FBACA96115BDC1E41.proposicoesWebExterno1?codteor=1566900&filename=Tramitacao-PL+8045/2010)>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>143</sup> VIEIRA, Renato Stanzola. et. al. **Reforma do código de processo penal brasileiro: contribuições do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) ao Projeto de Lei 8.045/2010**. p. 66. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/20170601\\_ReformaCPPIBCCRIM.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/20170601_ReformaCPPIBCCRIM.pdf)>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

discutido<sup>144</sup>, seja porque o dispositivo nunca causou especial incômodo à luz de outras marcas inquisitoriais muito mais acentuadas no processo penal brasileiro, seja porque a doutrina jurídica sempre pareceu mais preocupada com as complexas discussões sobre os artigos precedentes, atinentes aos institutos da *emendatio libelli* (art. 383, do CPP) e *mutatio libelli* (art. 384, do CPP)<sup>145</sup>, seja, enfim, porque, há que se convir, não é habitual o pedido de absolvição, por parte do Ministério Público. Por uma ou outra razão, a matéria é pouco levada à efetiva discussão, pelos tribunais pátrios<sup>146</sup>, e, quando o é, não raro continua a se aplicar o art. 385 por força do hábito, sem maiores reflexões.

Nesse sentido, não é de se estranhar que o Supremo Tribunal Federal, em decisões colegiadas, em raras ocasiões tenha abordado o tema apropriadamente. Por exemplo, tanto no julgamento do RHC 99306/AM<sup>147</sup>, quanto no do HC 96049/RS<sup>148</sup> e HC 93.211/DF<sup>149</sup>, reconheceu-se que é permitido, ao julgador, reconhecer agravantes, ainda que não alegadas na denúncia. É dizer, os referidos precedentes não enfrentaram a primeira parte do dispositivo, mas apenas a segunda. A seu turno, no HC 69.957/RJ, julgado há mais de 20 anos<sup>150</sup>, a matéria foi diretamente enfrentada, embora decidida com a exígua argumentação de que “A manifestação do MP, em alegações

<sup>144</sup> LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>145</sup> Alguns autores, ao comentar o referido artigo, cingem-se à segunda parte, no que se refere à possibilidade de reconhecerem-se agravantes não suscitadas. Por exemplo: BARROS, Romeu Pires de Campos. **Direito processual penal brasileiro... Op. cit.**, p. 530. E também: ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Processo Penal**. Brasília: Consulex, 2002. p. 528.

<sup>146</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 1145.

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 99306/AM. Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 16/06/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017

<sup>148</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96049/RS. Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 04/11/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>149</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93211/DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 12/02/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>150</sup> Quanto à posição externada no presente julgado, ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, importa ressaltar que, desde antes da Constituição Federal de 1988, a regra do art. 385 tem sido aplicada inadvertidamente, destacando-se, nesse ponto, o HC 43042/DF (Relator Min. Pedro Chaves, julgado em 22/03/1966) e o RHC 33237/PE (Relator Min. Luiz Gallotti, julgado em 18/08/1954), ambos disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

finais, não vincula o julgador, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial, nos termos e nos limites do art. 28 do CPP”<sup>151</sup>.

No Superior Tribunal de Justiça, é reiterada a posição, em inúmeros precedentes, no sentido de que a regra do art. 385, do Código de Processo Penal, foi recepcionada pela Constituição da República de 1988. A exemplo, citam-se o AgRg no REsp 1325831/PR<sup>152</sup>, o HC 350708/SC<sup>153</sup>, o HC 197068/SP<sup>154</sup> e HC 137322/DF<sup>155</sup>. Há muitos outros.

Da análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, logo se percebe a aplicação, sem aprofundada reflexão, do disposto no art. 385, sendo difícil a análise da sua conformação com o sistema acusatório, adotado pela Constituição, ou, ainda, em face dos mesmos fins do processo penal. Em geral,

---

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 69957/RJ. Segunda Turma. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 09/03/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>152</sup> “1. O fato de o Parquet ter postulado pela absolvição sumária não vincula o Juiz e não impede que haja a superveniente prolação de sentença condenatória”. A argumentação deu-se, exclusivamente, com base em precedentes da Corte. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1325831/PR. Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 23/09/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>153</sup> “4. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. 5. Não há ilegalidade na condenação do paciente pelo crime de lesão corporal de natureza grave, a despeito de posicionamento diverso pelo Ministério Público quando da apresentação de alegações finais, por não estar o Magistrado vinculado às manifestações jurídicas ministeriais, em observância ao princípio do livre convencimento motivado. 6. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes desta Corte.” A argumentação ateu-se a citação do entendimento da Corte sobre o tema. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 350708/SC. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 19/04/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>154</sup> “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.” A análise da constitucionalidade do dispositivo cingiu-se, apenas, à citação de precedentes, sem qualquer enfrentamento substancial do tema. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 197068/SP. Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 16/04/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>155</sup> “(...) é pacífico o entendimento de que a condenação, em tais circunstâncias, não caracteriza coação ilegal, pois o julgador não está vinculado à manifestação do Ministério Público. Tem ele liberdade de decidir, de acordo com o seu livre convencimento. 3. Não procede a assertiva de que o artigo 385 do Código de Processo Penal não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988.” No caso, embora haja a fundamentação da decisão no livre convencimento do magistrado, o voto condutor do acórdão apenas trouxe precedentes da Corte. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 137322/DF. Sexta Turma. Relator: Ministro Celso Limongi. Julgado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

as decisões limitam-se a citar, como fundamentação, o livre convencimento do julgador ao proferir decisão condenatória e os inúmeros precedentes da Corte sobre o tema (os quais tampouco são fundamentados em outros argumentos). Em raros votos, que se dispõem a dedicar à questão pouco mais que parágrafo, apresenta-se também o princípio da obrigatoriedade da ação penal, como previsto no art. 42, do Código de Processo Penal – sem qualquer alusão à constitucionalidade do referido dispositivo –. Em suma, quando, com um pouco mais de atenção, se afirma que o art. 385, do CPP, teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não se toma por base as normas constitucionais, mas sim, regras de hierarquia infraconstitucional.

Bem por isso, no contexto do Recurso Especial 1612551/RJ, em fundamentado parecer emitido pela Procuradoria Geral da República, o Subprocurador-Geral da República, Nívio de Freitas Silva Filho, pleiteou que o Superior Tribunal de Justiça superasse seus precedentes anteriores e sustentou que o art. 385, do CPP, não foi recepcionado pela Constituição<sup>156</sup>. Em sua manifestação, o Ministério Público Federal defendeu que o sistema processual penal acusatório, adotado pela Constituição, além de se constituir em um dos pilares de todo o sistema de direitos e garantias individuais, previsto em nosso ordenamento, adota um modelo em que “o juiz é um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento é um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, e desenvolvido, com a participação da defesa, mediante um contraditório público”. Assim, se a premissa é a clara distinção de funções e se compete ao Ministério Público a promoção da ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I, da CF), é óbvio que não pode o juiz atuar de ofício, ou substituir-se ao órgão acusador, devendo ele estar adstrito aos termos expostos pelo Ministério Público, autor da ação penal, em sua manifestação final.

Dessa forma, **no sistema penal acusatório democrático, é incompatível a condenação do réu em contrariedade à tese ministerial de absolvição**. Ao agir dessa maneira, o juiz se confunde com o acusador e quebra a regra dos princípios do *onus probandi* e

---

<sup>156</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer no Recurso Especial 1.612.551/RJ, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/1612551-resp-tribunal-do-juri-absolvicao-requerida-pelo-mp-em-plenario-nulidade-da-condenacao.pdf>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

do contraditório, **uma vez que não mais existe entre as partes litigantes posições opostas, quando a acusação e a defesa expõem a mesma tese.**<sup>157</sup>

É dizer, somente por uma interpretação conforme o texto constitucional permite-se a garantia de um juiz natural e imparcial, pois ao condenar sem acusação, o magistrado torna-se parcial e assume “automaticamente a figura de acusador, o que não é admissível no direito acusatório moderno, em que lhe é reservada a posição de garantidor”. No caso, defendeu-se, ainda, que o pedido de absolvição equivaleria a “retira a acusação”, devendo a ação penal ser trancada “em observância aos princípios da imparcialidade e da demanda ou inércia judicial”, invocando-se, em todo caso, a aplicação analógica do art. 28, do CPP, para “remeter os autos ao chefe do órgão ministerial competente, para que decida definitivamente sobre o tema”<sup>158</sup>.

Apesar disso, no julgamento do referido recurso especial – e posterior agravo regimental –, o Superior Tribunal de Justiça manteve seu posicionamento, no sentido de que “o artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal”<sup>159</sup>, com fundamento apenas nos precedentes da Corte e sem o enfrentamento do argumentos expostos pelo Ministério Público Federal.

Por sua vez, há também outras posições nos demais tribunais brasileiros, destacando-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em razão da coerência e clareza na argumentação:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS DECRETADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS – VINCULAÇÃO DO JULGADOR – SISTEMA ACUSATÓRIO. I – Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador.

<sup>157</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer no Recurso Especial 1.612.551/RJ, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/1612551-resp-tribunal-do-juri-absolvicao-requerida-pelo-mp-em-plenario-nulidade-da-condenacao.pdf>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>158</sup> Idem.

<sup>159</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1612551/RJ. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 02/02/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

II – O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor.

III – Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório.

IV – A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público.<sup>160</sup>

Assim, em meio a incontáveis decisões que aplicam reiterada e rotineiramente o disposto no art. 385, sem tratar a problemática de forma adequada, merecem destaque as que, de maneira fundamentada, transcendem a cega aplicação de precedentes.

### 3.3 A POSIÇÃO DA DOUTRINA

Ao contrário da posição, até o momento unânime, dos Tribunais Superiores, quanto à conformação do art. 385 com o modelo estabelecido na Constituição de 1988, a doutrina se divide, em síntese, em três correntes sobre o tema: (a) a primeira corrente, que sustenta que a integralidade do art. 385 permanece em vigor, desvinculando-se o juiz da manifestação do Ministério Público e autorizando-lhe reconhecer agravantes não suscitadas; (b) a segunda corrente, que, de um lado, sustenta que o julgador não está vinculado à opinião ministerial, porém, de outro, não admite que se reconheçam

<sup>160</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. RESE 1.0024.05.702576-9/001. 5.<sup>a</sup> Câmara Criminal. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Julgado em 13/10/2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017. Pode-se consultar, no mesmo sentido, o julgamento da apelação criminal 1.0024.09.480666-8/001, também pela 5.<sup>a</sup> Câmara Criminal do mesmo Tribunal e de igual relatoria.

agravantes alheias à denúncia, em razão do modelo acusatório e do princípio da inércia jurisdicional; e (c) a terceira corrente, que sustenta a total inconstitucionalidade do dispositivo em análise, sobretudo por causa da estrutura acusatória acolhida pela Constituição e do disposto no art. 129, I, da CF<sup>161</sup>.

Com efeito, a então chamada “inovação, e muito feliz inovação, do recente Código Processual”<sup>162</sup>, é, ainda hoje, defendida por muitos. Guilherme Souza Nucci, por exemplo, leciona que:

(...) do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso. Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, conseqüentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la.<sup>163</sup>

No mesmo sentido, Tourinho Filho, ao enfatizar a vigência do princípio do *jura novit curia*<sup>164</sup>, na legislação processual penal brasileira, sustenta que a regra do art. 385 é decorrência lógica do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (art. 42, do CPP), uma vez que a vinculação do juízo ao pedido de absolvição equivaleria, a tornar disponível o indisponível, além de depositar nas mãos do Ministério Público o direito de punir<sup>165</sup>.

<sup>161</sup> NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 527-528.

<sup>162</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. v. IV. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000. p. 158.

<sup>163</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado... Op. Cit.**, p. 643. No mesmo sentido, outros autores sustentam que a aludida regra representa o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Veja-se: ROCHA, Francisco de Assis do Rego Monteiro da. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 536; e GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal... Op. cit.**, p. 311.

<sup>164</sup> Explica o referido autor que se trata do princípio da livre dicção do direito – *narra mihi factum dabo tibi jus*. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 791.

<sup>165</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 937.

Eugênio Pacelli aponta, ainda, que o dispositivo em questão evidencia que, em matéria penal, não se faculta a nenhum órgão estatal o controle exclusivo do reconhecimento do interesse público, é dizer, trata-se de “regra expressa quanto à não exclusividade da imposição de resposta penal em mão do *autor da ação*, no horizonte de um Direito Penal de *ultima ratio*, destinado à proteção de direitos fundamentais”<sup>166</sup>.

Em síntese, como exposto, grande parte da doutrina que admite a possibilidade de manutenção e constitucionalidade da regra do art. 385, ampara seu posicionamento no princípio da indisponibilidade da ação penal (art. 42, do CPP), sobretudo sob o argumento de que a vinculação do juízo à manifestação do Ministério Público implicaria em atribuir a este o exame e, portanto, julgamento, do mérito da ação, o que, no sistema infraconstitucional vigente, é inadmissível<sup>167</sup>.

De outro lado, inúmeros autores demonstram que a hipótese de o julgador poder proferir sentença condenatória, a despeito do pedido ministerial pela absolvição, não se amolda ao sistema acusatório, sobretudo no que se refere à exigência de um juízo imparcial, constitucionalmente estabelecido.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. leciona que, por imposição do modelo acusatório, o Estado concretiza dois direitos diferentes, por intermédio de dois órgãos distintos: de um lado, o Ministério Público, como acusador, é titular da pretensão acusatória<sup>168</sup>; de outro, o Poder Judiciário, como julgador, exerce o poder de punir, que está condicionado ao efetivo exercício da pretensão acusatória, pelo órgão ministerial<sup>169</sup>. Assim, o pedido de absolvição, manifestado pelo acusador, “equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém”<sup>170</sup>. Consequentemente, ao não mais existir a necessária pretensão acusatória, não

<sup>166</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal... Op. cit.**, p. 14. Sobre o tema, veja-se também: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 448.

<sup>167</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 575.

<sup>168</sup> É importante a observação de que o conceito de pretensão é utilizado, não em sua acepção civilista, mas na linha de Guasp e J. Goldschmidt, como *potestas agendi* ou *ius ut procedat*. Além disso, o referido autor defende que o objeto do processo penal é o exercício do poder de acusar e não a pretensão punitiva. LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar... *Op. cit.*

<sup>169</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 1143-1144.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 1144.

pode o julgador condenar, sob pena de regresso ao modelo inquisitório, bem como violação aos princípios da necessidade do processo penal, da imparcialidade e da correlação<sup>171</sup>. Bem por isso:

Se o acusador deixar de exercer a pretensão acusatória (pedindo a absolvição na manifestação final), cai por terra a possibilidade de o Estado-Juiz atuar o poder punitivo, sob pena de grave retrocesso a um sistema inquisitório, de juízes atuando de ofício, condenando sem acusação, rasgando o princípio da correlação e desprezando a importância e complexidade da imparcialidade.<sup>172</sup>

Na mesma linha, Alexandre Morais da Rosa aponta que o art. 385, do CPP, é incompatível como o processo constitucional e entre jogadores, pois “se o jogador acusador requerer a absolvição, a decisão do julgador estará vinculada aos limites do pedido em alegações finais, não podendo condenar, sob pena de trazer para si o objeto do processo”<sup>173</sup> e André Nicolitt reconhece que não é aceitável o “acolhimento da pretensão quando o próprio *Parquet* a reconhece como infundada ou não provada”<sup>174</sup>. Também Geraldo Prado aduz que, no modelo acusatório, não pode o juiz condenar diante do pedido de absolvição, pelo órgão acusador, sob pena de nulidade da sentença, especialmente à luz do princípio do contraditório:

Isso não significa dizer que o juiz está autorizado a condenar naqueles processos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro.

Pelo contrário. Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição.

(...)

Assim, quando em alegações finais o Ministério Público opina pela absolvição do acusado o que ocorre em concreto, no processo, é que o acusador subtrai do debate contraditório a matéria referente à análise das provas que foram produzidas na etapa anterior e que

<sup>171</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 1144.

<sup>172</sup> LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar... *Op. cit.*

<sup>173</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 481.

<sup>174</sup> NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal... Op. cit.**, p. 528.

possam ser consideradas desfavoráveis ao réu. Como a defesa poderá reagir a argumentos que não lhe foram apresentados?<sup>175</sup>

Por fim, Vladimir Aras, ao evidenciar a inconstitucionalidade do art. 385, do CPP – introduzido no ordenamento jurídico sob a égide de uma Constituição autoritária (a de 1937) e por uma legislação processual penal marcadamente inquisitiva –, ressalta que “o juiz pode muito, mas não pode tudo”, e, como garantidor de direitos, o julgador criminal deve ser um impedimento à pretensão condenatória, e não seu facilitador<sup>176</sup>. Por isso, o aludido autor defende que a aplicação do mencionado dispositivo “equivale a uma condenação sem acusação, prática judicial inquisitorial, violadora do dever de imparcialidade judicial e do devido processo legal”<sup>177</sup>.

Em resumo, como se vê, não há consenso entre os autores e, a depender dos pressupostos adotados, o art. 385, do CPP, poderá, ou não, refletir mais uma, entre tantas outras, facetas inquisitórias remanescentes no sistema processual penal brasileiro.

### 3.4 A CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 385, DO CPP

Para a correta análise da constitucionalidade do art. 385, do CPP, exige-se, ante tudo, a afirmação de que a Constituição da República, de 1988, consolidou, para o processo penal pátrio, a adoção definitiva do modelo acusatório<sup>178</sup>, seja pela separação absoluta, não meramente formal, das funções de acusar e de julgar, seja pela menção explícita a princípios por ele adotados, especialmente os atinentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Com relação à separação de funções, essa representa uma dupla garantia para o cidadão, a fim de que “não seja acusado

---

<sup>175</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório...** *Op. cit.*, p. 190-191.

<sup>176</sup> ARAS, Vladimir. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor. 2013. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>177</sup> ARAS, Vladimir. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor... *Op. cit.*

<sup>178</sup> A referida conclusão se infere do exposto no tópico 2.5, do presente trabalho.

senão pelo seu promotor natural e julgado por um juiz imparcial”<sup>179</sup>, conforme uma leitura atenta e conjunta dos artigos 5.º, LIII e 129, I, ambos da CF. A partir de tal premissa, entende-se por inconstitucional qualquer dispositivo que, de alguma maneira, represente violação aos aludidos princípios ou acarrete a indevida intervenção acusatória do julgador.

Assim,

Se o assunto for encarado estritamente pela estrutura do Código de Processo Penal pouca solução haverá, pois é da sua filosofia que a acusação é formalmente veiculada pelo Ministério Público nas ações de legitimação pública mas a partir daí se desprende dele e passa a ser compartilhada com o magistrado, que detém, dentre outros, poderes instrutórios e mesmo postulatórios (v.g., artigo 384 e toda a gama de postulações cautelares de natureza pessoal ou probatória). Neste cenário, é natural que o magistrado realmente não se prenda às postulações finais do Ministério Público.<sup>180</sup>

Ora, realmente, estranha-se o fato de que parcela da doutrina e jurisprudência, para sustentar a harmonia do mencionado dispositivo com o modelo constitucional de processo penal, tome como fundamento não o texto constitucional em si, mas sim normas de cunho legal e, portanto, infraconstitucional, como é o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Tal *princípio*<sup>181</sup> refere-se, nas palavras de Vicente Greco Filho, a que “o Ministério Público não pode desistir da ação penal pública nem sobre ela transigir”<sup>182</sup>. Eugênio Pacelli aponta que, na verdade, tal regra traduz a “impossibilidade de o Ministério Público dispor da ação penal a que era inicialmente obrigado” e, nesse sentido, a indisponibilidade é consequência lógica da obrigatoriedade da ação penal, sendo que a única distinção entre ambas é o “momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro [obrigatoriedade] aplicável antes da ação penal e o segundo [indisponibilidade] a partir dela”<sup>183</sup>.

<sup>179</sup> ARAS, Vladimir. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor... *Op. cit.*

<sup>180</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal...** *Op. cit.*, p. 575.

<sup>181</sup> Eugenio Pacelli esclarece que não se trata, propriamente, de *princípio*, mas sim de regra processual específica. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal...** *Op. cit.*, p. 124.

<sup>182</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal...** *Op. cit.*, p. 114.

<sup>183</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal...** *Op. cit.*, p. 124.

Ocorre que, assim como a regra da obrigatoriedade, a indisponibilidade prevista em alguns dispositivos do Código de Processo Penal (a exemplo dos arts. 28, 42 e 385) “não tem amparo direto nem na Constituição Federal nem em quaisquer documentos internacionais sobre Direitos Humanos assinados pelo Brasil, o que torna suspeita, mesmo, a sua natureza de princípio”<sup>184</sup>. Assim, para a aferição de sua constitucionalidade, mostra-se insuficiente a mera afirmação de que a regra do art. 385 concretiza o princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

Se, como afirma Paulo Queiroz, a obrigatoriedade da ação penal, e a consequente característica da sua indisponibilidade, corresponde a “apenas uma das possíveis dimensões do princípio da legalidade que informa a ação penal pública”<sup>185</sup>, não se pode confundir a cega aplicação do art. 42, do CPP, com a absoluta ilegalidade de “acusar alguém, ou pedir a condenação no final do processo, quando não existe justa causa, punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade”<sup>186</sup>. Tudo isso, sem olvidar que a própria legislação brasileira já admite a mitigação, ainda que tênue, da indisponibilidade da ação penal, notadamente pelas leis 9.099/95 e 12.850/2013<sup>187</sup>. Ou seja, não se trata de norma de caráter absoluto.

Desse modo, observa-se que, longe de representar um sólido argumento para a manutenção, e constitucionalidade, da regra do art. 385, do CPP, o assim chamado princípio da indisponibilidade da ação penal representa medida de política criminal que deveria ser repensada<sup>188</sup>, à luz do princípio

---

<sup>184</sup> DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 128.

<sup>185</sup> QUEIROZ, P. S.. Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação? Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/#sdfnote18anc>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>186</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 387.

<sup>187</sup> Idem.

<sup>188</sup> Vladimir Aras, ao expor o problema a partir do direito comparado, cita o art. 6.º, do CPP sul-africano (*Criminal Procedure Act of 1977*), que prevê a possibilidade de o Ministério Público (*National Prosecuting Authority*) retirar a acusação, com a autorização do Procurador-Geral. Também, nesse sentido, quanto à possibilidade de se desistir da ação penal, citam-se os itens 56 e 57, da Nota Explicativa à Declaração de Bordéus, de 8 de dezembro de 2009 (Recomendação Conjunta do Conselho Consultivo de Juízes Europeus e do Conselho Consultivo dos Procuradores Europeus ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa); o item 12, da Declaração de Bordéus; e o item 27, da Recomendação Rec (2000)19 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa. “*Todos esses documentos internacionais reforçam o modelo acusatório de processo penal – e nos servem de norte, revelando a inconstitucionalidade e a inconveniência do art. 385 do CPP (o código do Estado Novo), que ainda permite que o juiz exerça o papel de Ministério Público (na função acusatória)*”

acusatório e do exercício da pretensão acusatória<sup>189</sup>, pois, em nenhum caso, se poderia tolerar a autoatribuição da acusação, pelo julgador que irá proferir a decisão<sup>190</sup>.

De igual maneira, tampouco o assim chamado princípio do livre convencimento motivado, sem algum respaldo no art. 93, IX, da CF, porém recorrente nas decisões no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, poderia se sobrepor ao princípio acusatório, para justificar uma sentença condenatória na hipótese de pedido absolutório, pelo órgão acusador, ainda mais tendo em vista a absoluta incomunicabilidade das funções de acusar e de julgar<sup>191</sup>. É que, como invocado, tal argumento traduz evidente autoritarismo, ao revelar que apenas o julgador é capaz de alcançar uma verdade só a ele revelada. A afirmação absoluta do princípio do livre convencimento motivado nada mais é do que indiscutível característica inquisitória no processo penal, de que “o juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz”<sup>192</sup>. Sem dúvida, a questão passa, necessariamente, pelo debate acerca do papel das partes no processo penal.

Com bem aponta Gustavo Badaró:

separadas as funções, cabe ao juiz, somente ao juiz, apenas julgar. A função de acusar deve ser reservada a órgão distinto do juiz. Assim, não poderá o juiz iniciar o processo, sendo-lhe vedado o exercício da ação. Do *ne procedat iudex ex officio* deriva que o juiz não pode prover sem que haja um pedido e, como consequência, daí decorre outro princípio: o juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido. O *ne procedat iudex ex officio* nada mais é do que corolário ou consequência do direito de ação. E, reflexo de ambos, surge a vedação de o juiz pronunciar-se sobre algo que não integrou o objeto do processo, isto é, a proibição de que o juiz profira um provimento sobre matéria que não foi trazida ao processo quando uma das partes

---

**quando sustenta de ofício uma pretensão condenatória e a acolhe unilateralmente em detrimento do réu, condenando-o, em nome de uma suposta “verdade” real, só a ele revelada**”. ARAS, Vladimir. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor... *Op. cit.*

<sup>189</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 386.

<sup>190</sup> ARAS, Vladimir. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor... *Op. cit.*

<sup>191</sup> Idem.

<sup>192</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 98.

exerceu o direito de ação; o juiz agiria de ofício e violando a regra da inércia da jurisdição.<sup>193</sup>

Não é outro o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias, ao afirmar que “a acusação define e fixa, perante o tribunal, o *objeto do processo*” e, ainda, ao explicitar que, pelo princípio da acusação, “a atividade cognitória e decisória do tribunal está estritamente limitada pelo objeto da acusação”<sup>194</sup>, uma vez que a atuação judicial, fora dos limites e do contexto da denúncia, constitui evidente característica inquisitória. É dizer, não há que se falar em *vinculação* do juízo ao pedido do Ministério Público, mas em efetiva e necessária “vinculação temática do tribunal”<sup>195</sup>. Com efeito, a indevida assunção da função acusatória, pelo juízo, evidencia também flagrante violação ao princípio da correlação, “na medida em que o espaço decisório vem demarcado pelo espaço acusatório”<sup>196</sup>.

Nesse sentido, é indispensável, por força do disposto no art. 129, I, da CF, a afirmação de que “a promoção da ação penal pública não se exaure com a simples veiculação da acusação”<sup>197</sup>. Nas palavras de Vladimir Aras, “Não basta a este modelo que tenha havido acusação primária (na denúncia). É preciso que o Ministério Público continue a acusar o réu até o final, pois é sua a decisão de iniciar o procedimento e de nele prosseguir”<sup>198</sup>.

Bem por isso que os defensores da incompatibilidade do art. 385 como o modelo acusatório constitucional defendem que o pedido de absolvição, formulado pelo órgão ministerial em alegações finais, equivale à retirada da acusação, e, portanto, neste caso, a sentença condenatória não estaria “legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, pleno exercício da pretensão acusatória”<sup>199</sup>. Portanto, o pedido ministerial em alegações finais não é mera *opinião*, até porque o Ministério Público jamais exerce o papel de

<sup>193</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

<sup>194</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 144.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>196</sup> LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar... *Op. cit.*

<sup>197</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal...** *Op. cit.*, p. 575.

<sup>198</sup> ARAS, Vladimir. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor... *Op. cit.*

<sup>199</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal...** *Op. cit.*, p. 1144.

parte imparcial<sup>200</sup>, sendo que a ausência de pedido condenatório, na fase derradeira do processo, não deixa de evidenciar a falta de interesse de agir, condição essencial para a ação, não se sustentando qualquer decisão judicial em sentido contrário<sup>201</sup>.

Por isso, conclui Aury Lopes Jr.:

Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Processualmente falando, o correto (diante de tal situação) seria que o juiz proferisse uma decisão de extinção do processo sem julgamento do mérito. Na falta de previsão legal, só nos resta a absolvição.<sup>202</sup>

Afinal, a base do sistema acusatório, ao vetar a atuação de ofício do magistrado mediante a estrita separação de funções, consiste na possibilidade de exercício do poder punitivo apenas sob a condição de prévio exercício pleno e, portanto, durante todo o processo, de uma acusação. Admitir o contrário significa reconhecer que poderia o juiz assumir o papel de acusador e, quando menos, proferir uma sentença *ultra petita*, o que, no contexto de um modelo acusatório, constitucional e democrático, seria inadmissível.

Ainda que não se entenda o pedido de absolvição como a ausência de acusação, inevitavelmente, está-se diante de situação na qual a decisão pela eventual condenação é incompatível com a concepção, prevista na Constituição, de juiz imparcial<sup>203</sup>, ainda mais pelo fato de que é o mesmo órgão acusador que, em análise das provas produzidas no devido processo legal, reconhece que não há fundamento para um juízo condenatório, ou seja, não há como se sustentar a condenação do réu quando o próprio acusador avalia a impropriedade e inviabilidade da sanção criminal<sup>204</sup>. É dizer, a regra do art. 385 traduz uma inequívoca unificação dos poderes decisórios e acusatórios na pessoa do juiz, em verdadeiros moldes inquisitórios, em contradição com a sua imparcialidade, com os poderes a ele atribuídos e, sobretudo, com o modelo

---

<sup>200</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal... Op. cit.**, p. 386.

<sup>201</sup> ARAS, Vladimir. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor... *Op. cit.*

<sup>202</sup> LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar... *Op. cit.*

<sup>203</sup> NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal... Op. cit.**, p. 528.

<sup>204</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal... Op. cit.**, p. 576.

constitucional e democrático de partes, pilares essenciais para qualquer sistema processual que almeje o título de acusatório.

Além disso, se a sentença, como provimento final, consiste na “construção racional que resulta dos argumentos desenvolvidos em contraditório pelos por ela afetados”<sup>205</sup>, a regra do art. 385, do CPP, não se sustenta, pois o pedido de absolvição, pelo acusador, implica a subtração de um verdadeiro debate contraditório, imprescindível em todas as etapas do processo, acerca dos fatos e provas que possam ser entendidas como desfavoráveis ao réu<sup>206</sup>. Com efeito, ao assim proceder, impede-se à defesa a efetiva discussão de argumentos que deixam de ser apresentados.

Ou seja, para a solução do tema, de um lado, faz necessário repensar os amplos poderes instrutórios atribuídos ao juiz, pela legislação processual, e, de outro, impõe-se o amplo debate a respeito da existência não apenas formal, mas substancial, de partes no processo, e, sobretudo, da autonomia do órgão acusador, inclusive, no que se refere à valoração do conteúdo probatório e da oportunidade em manter-se uma ação penal claramente improcedente. Em suma, é inconcebível a posição de desconfiança que o art. 385 manifesta em relação ao Ministério Público, como se fosse incapaz de conduzir a acusação, ao deixar nas mãos do juiz poderes claramente inquisitórios, afinal, “em democracia, a distinção de papéis e poderes exige responsabilidade, ou seja, ônus e bônus”<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. RESE 1.0024.05.702576-9/001. 5.<sup>a</sup> Câmara Criminal. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Julgado em 13/10/2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>206</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório...** *Op. cit.*, p. 191. Sobre o tema também, pode-se consultar: MARTÍNEZ, Santiago. **La acusación como presupuesto procesal y alegato absolutorio del Ministerio Público Fiscal: observaciones sobre una cuestión recurrente**. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido, 2003.

<sup>207</sup> LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar... *Op. cit.*

#### 4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, surge da presente pesquisa, a conclusão de que o núcleo do sistema acusatório, informado por idêntico princípio, consiste na absoluta separação das funções de acusar, defender e julgar. É dizer, valoriza-se o efetivo papel das partes, não apenas do ponto de vista formal, mas substancial, ao garantir-lhes o contraditório e o tratamento igualitário. De igual maneira, não há como se afirmar acusatório o modelo que não respeite a figura do juiz imparcial, ao menos dentro dos limites humanamente possíveis, alheio à atuação, investigativa ou acusatória, de ofício, e passivo no que diz respeito à atividade probatória, papel eminentemente atribuído às partes.

Certo de que a Constituição de 1988 adotou, ainda que implicitamente, os princípios e valores acusatórios, sobretudo ao afirmar o respeito ao contraditório, a figura de um juiz imparcial e a substancial separação das funções de acusar e julgar, o trabalho evidencia que o artigo 385, do Código de Processo Penal, apresenta características marcadamente inquisitórias e, portanto, incompatíveis com as normas constitucionais vigentes.

Sobretudo, não há como se afirmar, no contexto da ação penal pública, a possibilidade de o magistrado proferir sentença condenatória, quando haja pedido de absolvição pelo Ministério Público, sem que haja flagrante violação ao princípio acusatório, notadamente porque se admitiria, no ordenamento, a hipótese de condenação sem o pleno exercício da pretensão acusatória. É dizer, a manutenção e aplicação cega da referida regra, ao traduzir evidente usurpação das atribuições constitucionalmente reservadas a cada órgão, representa uma afronta ao disposto no art. 129, I, bem como desconsideração pelo contraditório.

Ademais, para a aferição da recepção ou não da regra do artigo 385 pela Constituição, evidencia-se a insuficiência do argumento de que o referido dispositivo, ao ser decorrente do princípio da indisponibilidade da ação penal, deve ser mantido no ordenamento, uma vez que tal princípio é de caráter exclusivamente infraconstitucional.

Tal conclusão, longe de significar a defesa da impunidade ou a diminuição da competência jurisdicional, é o corolário de uma visão eminentemente constitucional e democrática sobre o processo penal, incompatível com a prática judicial inquisitória, alheia ao dever de imparcialidade e respeito ao devido processo legal.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de derecho procesal penal**. 5. ed. Madrid: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Direito processual penal brasileiro**. v. I. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, n.30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: \_\_\_\_\_. et al. (Org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. v. IV. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

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

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**. 6.<sup>a</sup> ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MAIER, Julio B. J. et al. (Org.). **Las reformas procesales penales en América Latina**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000.

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

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

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009,

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROCHA, Francisco de Assis do Rego Monteiro da. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1.<sup>a</sup> ed. 2.<sup>a</sup> reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Oliveira e. **Curso de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. v. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

VIEIRA, Renato Stanzola. et. al. **Reforma do código de processo penal brasileiro: contribuições do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) ao Projeto de Lei 8.045/2010**. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/20170601\\_ReformaCPPIBCCRIM.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/20170601_ReformaCPPIBCCRIM.pdf)>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.