

UMA RELEITURA DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONFORME O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

OSTROWSKI, Maísa Paulette¹
REZENDE, Guilherme Carneiro de²

RESUMO:

Através de uma pesquisa jurídico-teórica da legislação, o presente artigo tem como objetivo analisar o artigo 385 do Código de Processo Penal que autoriza o magistrado nos casos de ação penal, proferir sentença penal condenatória, ainda que o órgão ministerial tenha pleiteado pelo édito absolutório do acusado, bem como verificar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, com o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988, o qual foi reafirmado recentemente pelas alterações legislativas trazidas pela Lei nº 13.964/19. Inicialmente, será apresentado o significado da palavra sistema conforme o conceito filosófico kantiano, e na sequência, de modo breve, as principais características dos sistemas processuais penais e suas evoluções. Em um segundo momento, será evidenciado o sistema processual penal adotado no Brasil, e por fim, analisado os principais argumentos doutrinários sobre a compatibilidade ou não do referido artigo com o ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal, Sistema Acusatório, Artigo 385.

A REVIEW OF ARTICLE 385 OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE ACCORDING TO THE ACCUSATORY CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM

ABSTRACT:

Through a legal-theoretical research of legislation, this article aims to analyze article 385 of the Code of Criminal Procedure, which authorizes the magistrate in cases of criminal action, to issue a criminal sentence, even if the ministerial body has pleaded for the acquittal of the accused, as well as verifying its compatibility with the Brazilian legal system, in particular, with the criminal procedure system adopted by the Federal Constitution of 1988, which was recently reaffirmed by the legislative changes brought by Law No. 13.964/19. Initially, the meaning of the word system will be presented according to the Kantian philosophical concept, and then, briefly, the main characteristics of criminal procedural systems and their evolution. In a second moment, the criminal procedural system adopted in Brazil will be highlighted, and finally, the main doctrinal arguments about the compatibility or not of the referred article with the Brazilian legal system will be analyzed.

KEYWORDS: Criminal Procedure, Accusatory System, Article 385.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: maisaostrowski@gmail.com.

² Docente Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: guilhermec.rezende@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O assunto do presente estudo versa sobre o sistema processual penal acusatório e o tema, por sua vez, apresenta uma análise do artigo 385 do Digesto Processual Penal brasileiro à luz do referido sistema.

O Código de Processo Penal promulgado sob o regime político, historicamente conhecido como Estado Novo e inspirado no código italiano de 1930 possui uma matriz eminentemente inquisitorial. Trouxe em seu artigo 385, a possibilidade de o magistrado proferir sentença condenatória, ainda que o ente ministerial tenha pleiteado pela absolvição, e de igual modo reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

No entanto, ao consultar a Constituição Federal (CF), é possível notar que o ordenamento brasileiro adotou o sistema acusatório, vez que o constituinte conferiu ao Ministério Público, titular privativo do exercício da ação penal pública, em seu artigo 129, inciso I e também consignou a existência do Poder Judiciário no artigo 5º, inciso XXXV. Ademais, recentemente, o novo artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, instituído pelo Pacote Anticrime, adotou de forma explícita que o processo penal brasileiro é acusatório.

Em que pese, a existência de divergência acerca do conceito de sistema acusatório, tem prevalecido na doutrina que o referido sistema é marcado pelo princípio acusatório, o qual prevê que haja uma nítida divisão de papéis entre as partes do processo.

Neste contexto, o problema do referido trabalho é: essa postura ativa do juiz de proferir sentença condenatória diante do pedido de absolvição do Ministério Público fere o sistema processual penal acusatório adotado pela Constituição Federal e reafirmado pelo Pacote Anticrime?

Por conseguinte, será necessária uma análise do artigo 385 do Código de Processo Penal para verificar se a aplicação do referido artigo fere ou não o sistema processual penal adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, será preciso compreender o significado da palavra sistema conforme o conceito filosófico kantiano, expor os principais pontos sobre as bases teóricas dos sistemas processuais penais (sistema acusatório, sistema inquisitório e sistema misto), identificar o sistema processual penal adotado no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, verificar a pertinência do artigo 385, do CPP e sua recepção diante da Constituição Federal de 1988, tal como a sobrevivência desse dispositivo frente ao novo artigo 3-A, instituído pelo Pacote Anticrime.

Por fim, registra-se que as razões do presente artigo, se faz necessária devido à relevância social e científica do tema. Com referido esclarecimento, o mesmo é de grande relevância social, e ainda há uma cultura inquisitorial arraigada no pensamento dos juristas e aplicadores do direito,

desde o nascedouro do CPP até os dias atuais e a relevância científica é devido ao fato de muitos interpretarem a Constituição Federal de acordo com as leis infraconstitucionais e não ao contrário.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A NOÇÃO DA PALAVRA “SISTEMA” POR IMMANUEL KANT

É notório que o emprego da palavra “sistema” sempre foi amplamente difundido, como por exemplo, fala-se em sistema planetário, sistema operacional, sistema solar, sistema cultural, sistema econômico, dentre outros (GUIMARÃES, 2015). Desta feita, Norberto Bobbio (1995, p. 76) destaca que “o termo ‘sistema’ é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”.

A doutrina em geral, não tem o costume de enfrentar a definição da palavra e essa ausência se torna um dos principais motivos pelo qual ocorrem discursos equivocados que proliferam nesse campo (GUIMARÃES, 2015). Assim sendo, antes de adentrar aos estudos dos sistemas processuais penais cabe delimitar o que se entende sobre o termo “sistema”.

O filósofo Immanuel Kant [1724-1804] foi quem colocou ênfase sobre a palavra sistema, ligando os elementos a partir de um princípio unificador ou reitor ou fundante, o qual denominou por “ideia única” (COUTINHO, 2018).

Kant (2001) apresenta que todo sistema deverá ter um “princípio da unidade sistemática” ou “princípio unificador”, que ele alcunha de “arquitetônico”, sendo que essa ideia fundante irá unificar todo o conhecimento. Conforme exemplificado, em suas próprias palavras:

Sob domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia, mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Ora, por sistema entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia (KANT, 2001, p. 669).

O que se tem, portanto, é que antes da elaboração do conceito kantiano, que foi elaborado em 1781, desde a Grécia antiga, passando pelo período imperial romano e percorrido toda a Idade Média, quando se falava em “sistema” o melhor que se conseguia era ficar próximo da visão de “organização” (GUIMARÃES, 2015).

Immanuel Kant (2001) ressalta ainda que essa ideia necessita de um esquema, ou seja, de uma pluralidade e de uma ordenação das partes, as quais precisam ser essenciais e determinadas *a priori*, segundo o princípio definido pelo seu fim.

Por conseguinte, percebe-se que antes de Kant, a humanidade não teve compreensão sistemática e não construiu nenhum sistema processual penal *a priori*, partindo de uma ideia fundante e orientada por princípios unificadores (GUIMARÃES, 2015).

Corroborando a ideia, Lopes Junior (2016) ao tratar de sistemas processuais penais, consignou que é necessário identificar o princípio informador de cada sistema, posto que ele definirá se o sistema é acusatório ou inquisitivo, e não seus elementos acessórios.

Sendo assim, no presente estudo com o intuito de compreender melhor os sistemas processuais penais, será utilizado o conceito filosófico kantiano no que se refere à palavra sistema, o qual estabelece a existência de uma ideia fundante que será orientada por um princípio unificador.

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

Antes de adentrarmos nas características do sistema acusatório propriamente dito e de sua origem, impende registrar que há distinção entre sistema acusatório e princípio acusatório, que por inúmeras vezes são difundidos na doutrina. Desse modo, será apresentado de forma breve a diferença entre os conceitos.

Conforme Vega (2013, p.1) o princípio acusatório “não é mais do que um dos princípios formadores do processo acusatório que regula aspectos bem específicos deste, cujo conteúdo traz a separação da função do acusador e julgador” [tradução nossa].

Na mesma linha do raciocínio, está Silva Junior (2018) que entende que o princípio acusatório consiste em que o exercício da acusação seja realizado por um sujeito distinto do órgão julgador.

Ferrajoli (2002), por seu turno, concebe o sistema acusatório como sendo o sistema processual que contempla o juiz como um sujeito passivo, separado da acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentado a defesa em um juízo contraditório, oral e público que será resolvido pelo juiz, de acordo com a sua livre convicção.

Nesse cariz, a existência de autonomia entre os órgãos de defesa, acusação e julgador, é característica tanto do princípio, como do sistema acusatório. Mas por muito tempo a doutrina concebia que o sistema acusatório consistia apenas na separação das funções de julgar e de um juiz imparcial, mas longe disso, o sistema acusatório abrange todos os princípios e regras relativas ao processo penal, como dispõe Vega (2013):

O sistema acusatório por sua vez, implica na vigência dos princípios processuais e a sua aplicação de regras relativas à como se configura externamente o processo penal e no que se traz a separação acusador e julgador e na imparcialidade no indiciamento que este vai se atender, menciona os princípios e regras como o principal o princípio do contraditório,

igualdade de armas, separação de funções de investigação-decisão, e propriamente a vedação a reformatio in pejus, e também o princípio acusatório. Esse sistema processual acusatório pressupõe uma gama de princípios e regras que somadas dão a configuração total do processo [tradução nossa] (VEGA, 2013, p.1).

Em adição, no presente trabalho acadêmico, sustenta-se que por sistema acusatório compreendem-se princípios fundamentais e regras relativas ao processo penal, sendo orientado pelo principal princípio, qual seja, o princípio acusatório.

Neste contexto, cumpre salientar que o sistema acusatório é um processo de partes, em que a defesa e acusação se confrontam em igualdade e há um juiz que está sobreposto a ambas. Nesse sistema, há uma nítida separação de atribuições e, historicamente, ostenta como características a oralidade e a publicidade (BADARÓ, 2010).

Registra-se, ademais, que esse sistema possui a denominação ‘acusatório’, pois ninguém pode ser processado sem que tenha uma acusação anteriormente formulada e que o fato imputado ao acusado seja narrado e descrito em todas as circunstâncias (BRASILEIRO, 2020).

Segundo Lopes Junior (2016), a origem do sistema acusatório está ligada ao direito ateniense grego, no qual a persecução penal se desenvolve com a participação direta do povo no exercício de acusar e julgar. No processo penal grego, os delitos eram divididos em: público, para os delitos de maior gravidade e privado para os delitos menos graves.

Neste âmbito, tem-se que o sistema acusatório possui duas etapas ao longo da história. Em um dado momento, na democracia antiga, o sistema acusatório desenvolve suas estruturas na Roma e Grécia, e posteriormente, no fim do século XVII o sistema acusatório reaparece, com outras novas características, traços e adaptações, que não são historicamente identificados na pureza, como se verá posteriormente.

Retomando a origem do sistema acusatório, de acordo com Tourinho Filho (2010), no direito ateniense, os delitos públicos ofendiam toda a coletividade e assim, a repressão não deveria ficar à mercê do ofendido. Por outro lado, nos delitos privados, a lesão produzida era irrelevante para o Estado, portanto a repressão seria de exclusiva iniciativa da parte.

Os romanos, assim como os gregos, também faziam distinções dos delitos, o doutrinador Tourinho Filho (2010) sublinha que no direito romano eles dividiam os *delicta publica* dos *delicta privata*. Nos delitos privados, o Estado assumia o papel de simples árbitro e ficava limitado a examinar as provas apresentadas pelas partes. Já no delito público, o Estado exercia seu papel de repressão.

Historicamente, no processo acusatório, o juiz não possuía nenhum poder de iniciativa probatória e as provas deveriam ser fornecidas pelas partes. Ainda nesse cenário, o princípio da

presunção da inocência já se perfazia e o acusado permanecia solto durante o processo (BADARÓ, 2010).

Há que se consignar, por oportuno, que para o autor Ferrajoli (2002), o processo penal da Antiguidade é caracterizado como acusatório, devido à acusação privada e da consequente natureza arbitral do juiz. Como pode ser evidenciado pelo autor:

É pacífico que o processo penal da Antiguidade, tal como se configura na Grécia e na Roma republicana, tem uma estrutura essencialmente acusatória por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da consequente natureza arbitral tanto do juiz como do júzo (FERRAJOLI, 2002, p. 453).

No entanto, ao longo da história esse processo penal foi se mostrando falho para a repressão dos delitos e os juízes iniciam uma persecução inspirada em ânimos e intenções de vingança.

Se inicialmente havia a característica da publicidade dos atos processuais, isso foi sendo substituído pelo “processo de portas fechadas”. As sentenças, que eram lidas oralmente na época Republicana, no Império passaram a ser realizadas de forma escrita e lidas no momento da audiência. A partir de então, surgiram os primeiros traços do que viria a ser considerado um sistema inquisitório (LOPES JUNIOR, 2016).

Desta feita, percebe-se que o sistema acusatório entrou em declínio a partir do século XII e o sistema inquisitório passou a dominar todo o processo penal europeu, tendo permanecido até o início do século XVII, ocasião em que aparece novamente o sistema acusatório.

Contudo, antes de abordar essa nova aparência do sistema acusatório, cabe rememorar o conceito filosófico kantiano da palavra sistema, o qual estabelece a existência de uma ideia fundante que será orientada por um princípio unificador. Porém, convém sublinhar que a doutrina não é pacificada quanto aos princípios unificadores de cada sistema.

Uma parcela da doutrina sustenta que o critério definidor do sistema acusatório é o princípio acusatório, o qual prevê a nítida separação das funções de acusar e julgar e o princípio inquisitivo, que prevê que as funções concentradas nas mãos do julgador definem o sistema inquisitório. Essa corrente inclui o doutrinador Jádél da Silva Junior (2018), dentre outros.

Sob outra perspectiva, um grupo de doutrinadores mais modernos, que inclui Jacinto Nelson Miranda de Coutinho (1998) e Antônio Pedro Melchior (2012) sustentam que o sistema acusatório e o sistema inquisitório são regidos pelos princípios unificadores, quais sejam, princípio do dispositivo (gestão de provas ao encargo das partes) e princípio inquisitivo (gestão da prova nas mãos do julgador), respectivamente.

Entretanto, não há consenso quanto aos princípios unificadores dos referidos sistemas processuais penais e resta inacabada a disputa doutrinária, a fim de eleger qual princípio define o sistema acusatório e o sistema inquisitivo (GUIMARÃES, 2015).

Outrossim, no que tange aos sistemas processuais penais, Mauro Fonseca Andrade (2009) ressalta que se realizar um levantamento entre dez principais autores que estudam sobre o tema, de países diferentes e de ideologias diferentes, será constatado que os dez autores apresentarão conceitos diferentes para o sistema acusatório, inquisitório e misto.

Nesta toada, cumpre salientar que o sistema acusatório atualmente sofre inúmeras interpretações e ao longo da história é mal utilizado em diversos países, em especial, na realidade jurídica brasileira, detentor de um Digesto Processual Penal, formulado em 1941, eivado de diversos mecanismos eminentemente inquisitorial (NEVES, 2014).

Há que se registrar, a propósito, que a distinção entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório somente pode ter um caráter teórico ou histórico, sendo necessário registrar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem com as diferenças verificadas no plano histórico (FERRAJOLI, 2002).

Isso em razão de que historicamente somente existiram dois sistemas, sendo eles: acusatório e inquisitório, não obstante, tratam-se apenas de abstrações ou modelos ideais, sendo que atualmente não existem sistemas “puros”, vez que ora o processo é predominantemente acusatório, ora apresenta características inquisitórias (BADARÓ, 2018).

Além disso, como já consignado anteriormente, Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2010) sublinha que antes do conceito kantiano, a humanidade não teve compreensão sistemática e desse modo, não construiu nenhum sistema processual penal *a priori*, partindo de uma ideia fundante e orientada por princípios unificadores.

Para Lopes Júnior (2016), na atualidade, o sistema acusatório tem as seguintes características:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (em decorrência da lógica distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário entre as partes (igualdade de oportunidades do processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e a possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da cosida julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 147).

2.3 SISTEMA INQUISITÓRIO

Como a própria nomenclatura indica, o sistema inquisitório remonta à inquisição (KALHED JUNIOR, 2010). A origem do sistema inquisitório foi edificada a partir de um conjunto de instrumentos adotados para punição de seus desafetos, em especial, a busca da verdade real, o sistema da prova tarifada e a tortura como método de investigação para se punir o pecado e a heresia.

A partir do século XII, esse sistema foi adotado pelo Direito canônico e posteriormente se alastrou por toda a Europa, ocasião em que se manteve e foi empregado até pelos tribunais civis do século XVII (BRASILEIRO, 2020).

De acordo com Lopes Junior (2016) foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, uma instituição eclesiástica que tinha por objetivo reprimir a heresia, bem como tudo aquilo que pudesse gerar questionamentos acerca dos Mandamentos da Igreja Católica.

Surge nesse sistema, a figura do juiz inquisidor, o qual possui concentrado em suas mãos, as funções de defender, acusar e julgar (BADARÓ, 2010). Este juiz colhia elementos para comprovar a acusação, atuava de ofício e utilizava-se de um procedimento investigatório secreto.

Com relação à figura do inquisidor, Jacinto Coutinho (2015, p. 7) sublinha que “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”.

Em conformidade com Alcalá-Zamora (1992), que aborda em sua obra *Estudios de Teoria General e História del Proceso*, uma interessante referência à figura do juiz no sistema inquisitório, destacando seu eminente caráter inquisitivo:

Sua primeira e mais conhecida expressão é encontrada no processo criminal inquisitivo, com o juiz agindo ao lado do acusador. Faltava então a característica triangularidade processual, pois o julgamento só ocorreria entre o juiz e o acusado, o que levou a uma discussão de processo com apenas uma parte. "Vale a pena estimar, no entanto, que a atividade do funcionário poder judicial dentro dele em acusador e julgador, trazendo o triângulo reapareceria", embora graças a uma divisão mais fácil da personalidade, traçar no papel para ser cristalizado na prática. A repulsa faz com que o sistema inquisitivo puro obedece não apenas a iniquidade contra certas características suas tradicional (secreto, tormento, etc.), mas também àquela concentração perigosa de funções em uma mão [tradução nossa] (ALCALÁ-ZAMORÁ, 1992, p. 249).

Com a inquisição, a busca da verdade real tornou-se um dos principais pilares que sustentavam o sistema. A verdade real era fundada na intolerância e uma série de verdades absolutas que giravam em torno do dogmatismo religioso que predominava na época.

Durante o período da “verdade real ou absoluta”, a prisão cautelar se transformou em regra, devido ao fato que o inquisidor precisa dispor do corpo do herege, e de posse dele alcançar a verdade real, podendo até mesmo, utilizar-se da tortura, que realizada corretamente, conduzirá a confissão (LOPES JUNIOR, 2016).

Com a devida exclusão das partes, o acusado vira um pecador, detentor de uma verdade a ser extraída e mais relevante do que o próprio crime, o réu se torna um objeto de investigação e sobre si, recai as atenções e os esforços do juiz inquisidor. Diante disso, a tortura ganha importância e a confissão se tornou a *regina probationum* (COUTINHO, 2018).

A confissão era a prova máxima e era suficiente para ensejar a condenação, adotava-se o sistema de provas tarifadas e nenhuma prova poderia valer mais do que a confissão (LOPES JUNIOR, 2017).

Ainda segundo o autor, o processo se dividia em duas fases, a inquisição geral e a inquisição especial. A primeira fase possuía um caráter de investigação preliminar e destinava-se a comprovação da autoria e da materialidade, já a segunda fase preocupava-se somente com o processamento, aplicando a condenação e castigo.

Somente no século XVIII, surgiram os movimentos contra o sistema inquisitório na Europa Ocidental, ocasião em que filósofos como Montesquieu começaram a manifestar seu repúdio às torturas e elogiar a figura do órgão ministerial, Beccaria proclama que o direito de punir não é nada mais do que o direito de defesa da sociedade e, portanto, deveria ser exercido nos limites e na Justiça. Na Itália, em Nápoles, eles aboliram a prática da tortura e as sentenças passaram a ser motivadas, e em Toscana começaram a proibir as denúncias secretas e a tortura (TOURINHO FILHO, 2010).

Com a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos, principiaram a refletir no Processo Penal e as características do modelo inquisitivo foram removidas paulatinamente (LOPES JUNIOR, 2016).

No escólio de Badaró (2010), no sistema inquisitivo há um nítido abandono da relação processual e o acusado é tratado como mero objeto do processo, não podendo falar em relação processual ou no acusado como uma pessoa de direitos, razão pela qual esse sistema é considerado incompatível com os valores elementares do processo penal moderno.

No mesmo sentido, o neoprocessualista Renato Brasileiro (2020) dispõe que o processo inquisitivo é incompatível com direitos e garantias individuais, sendo que esse sistema viola princípios processuais penais, e que não se fala em imparcialidade sem a presença de julgador distante das partes, o que resulta na violação a CF e até da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CAHD).

Importante salientar, que o sistema inquisitório que se alastrou por toda a Europa entra em declínio com o advento da codificação napoleônica que instituiu o denominado sistema misto, o qual trouxe uma fusão dos dois modelos adotados anteriormente, como abordado no tópico seguinte.

2.4 SISTEMA MISTO

Tradicionalmente, a França foi o primeiro ordenamento jurídico a instituir o sistema misto, com o *Code d'Instruction Criminelle*, e atualmente, é o sistema adotado na maior parte do mundo (LOPES JUNIOR, 2016).

Também chamado de “reformado” ou “napoleônico”, o sistema misto é a combinação entre o sistema acusatório e o inquisitivo. Nesse sistema, a fase pré-processual, também chamada de preparatória, seria inquisitória, e em contrapartida a fase processual, propriamente dita, seria acusatória.

Registra-se que doutrinadores classificam que todos os sistemas processuais penais adotados na atualidade são mistos, pois os sistemas puros são modelos históricos e não guardam relação com os contemporâneos (LOPES JUNIOR, 2008).

Para o mesmo autor, considerando que todos os sistemas processuais penais puros são históricos e não guardam relação com os atuais, a classificação de “sistema misto” não enfrenta a identificação do núcleo fundante. Diante disso, tem-se que esse modelo enfrentou e continua enfrentando duras críticas na comunidade jurídica, sendo que inúmeros doutrinadores reprovam a possibilidade de um sistema misto.

É nesse sentido que Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (2015) leciona que ao admitir a possibilidade de um “sistema” ser “misto” é fugir do conceito kantiano predominante de “sistema” e passar a representar uma *contradictio in terminis*.

Nesta conjuntura, o jurista italiano Luigi Ferrajoli (2002) enfatiza que o Código Napoleônico de 1808 deu vida a um monstro, nascido da união do processo acusatório com o inquisitório, que foi chamado de “processo misto”.

Com base nas críticas da doutrina moderna, considera-se que o sistema misto não possui um princípio informador, conforme o conceito filosófico kantiano, já trabalhado no presente projeto de pesquisa, e, portanto, não poderia ser considerado um sistema.

Assim sendo, o doutrinador Lopes Junior (2016) destaca que o sistema misto tem que ser visualizado como algo mesclado, mas que possui uma essência inquisitiva ou uma essência acusatória, dependendo do princípio que informa o núcleo.

Consoante a Jacinto Coutinho (2013, p.1) convém observar que “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 a outro”.

2.5 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

No que se refere ao processo penal brasileiro, registra-se que este possui duas fases, sendo a primeira fase preliminar com o inquérito policial, o qual possui caráter inquisitório. E a segunda fase processual seria acusatória, ao menos em tese acusatória, posto que comporta dispositivos de caráter inquisitorial (KHALED JUNIOR, 2010).

Além disso, predominava na doutrina o entendimento de que o código brasileiro era um sistema misto, contendo a primeira fase da persecução penal com o inquérito policial, que era inquisitório e ao iniciar o processo, possuía um sistema acusatório (BADARÓ, 2010).

Referente à alegação da fase pré-processual, importante destacar que a definição de um sistema processual se limita ao exame do processo, da atuação do juiz no curso da fase judicial e inquérito policial não é processo, e, portanto, o sistema processual penal brasileiro não será misto (PACELLI, 2020).

Além dessa corrente, o doutrinador Jacinto Nelson Coutinho de Miranda (2018) consignou que o CPP configura um sistema misto que mantém na base o sistema inquisitorial, agregado com elementos da estrutura do sistema acusatório.

Assim, é perceptível notar que desde 1941 até os dias atuais ocorreram inúmeras discussões acerca de qual sistema processual penal o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado, tendo em vista que o Código de Processo Penal não havia estabelecido de forma expressa.

Não obstante, ao consultar a Constituição Federal verifica-se a opção clara do constituinte na adoção do modelo acusatório, afinal, consagrou expressamente a existência do Poder Judiciário, incumbindo-lhe da solução de controvérsias e consignou como direito fundamental a inafastabilidade da jurisdição, conforme se vê no inciso XXXV, do artigo 5º. Paralelamente, no artigo 129, inciso I, o constituinte conferiu ao Ministério Público como instituição vocacionada à acusação, atribuindo-lhe a missão de promover privativamente a ação penal (REZENDE, 2020).

Em que pese, registra-se que o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a qual prevê em seu artigo 8º, garantias judiciais inerentes de uma estrutura acusatória, como por exemplo, o direito a comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada, a publicidade do processo, além de consignar

que a confissão do acusado só é válida se feita sem coação e de que se este for absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo julgamento pelos mesmos fatos.

A Constituição Federal de 1988 também prevê a publicidade dos processos e a oralidade, ao menos em regra, para as infrações de menor potencial ofensivo, ao que se conclui que o constituinte adotou o sistema acusatório (PRADO, 2005).

É nesse sentido que Badaró (2010) reforça que em face da nova sistemática constitucional que prevê a nítidas separações de funções, o contraditório previsto de forma expressa, bem como a presunção de inocência, mesmo mantido o inquérito policial, estamos diante de um sistema acusatório.

Corroborando a ideia, Tourinho Filho (2010) leciona que no direito brasileiro não é adotado um sistema acusatório na sua pureza, mas sim um sistema acusatório com resquícios inquisitórios, citando exemplos previstos no CPP, como o artigo 5º, inciso II, que confere a possibilidade do magistrado requerer a abertura de um inquérito e o artigo 311, que confere ao magistrado a possibilidade de decretar prisão preventiva de ofício, dentre outros dispositivos.

Convém ressaltar, que a Lei nº 13.964/19, quando trouxe a implementação do Juiz das Garantias, estabeleceu que o magistrado não pode mais determinar a prisão de ofício, como preconizava a antiga redação do artigo 311, citado como exemplo pelo doutrinador Tourinho Filho (2010).

Isso possibilita considerar que o ordenamento brasileiro sofre uma verdadeira confusão no que tange aos sistemas processuais penais, tendo em vista que a Constituição Federal adota valores acusatórios, mas de outro lado o Código de Processo Penal mantém inúmeros indícios inquisitivos (SILVA, 2017).

Diante disso, Lopes Junior (2016) ressalta que a estrutura do Código de Processo Penal brasileiro deverá ser adequada e conformada com a Constituição Federal vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório. Ainda, é preciso também alinhar as prescrições de direito interno às normas de direito internacional, realizando assim, o controle de convencionalidade.

O exercício do controle de convencionalidade, exercido pelo Poder Judiciário, é o exame de compatibilidade material das normas de direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil aderiu, sendo que estes tratados são paradigmas para a elaboração de leis e a aplicação das normas que já estão em vigor (MAZZUOLI; COSTA E FARIA; OLIVEIRA, 2020).

Neste sentido, observa-se que regramento interno não deve obediência apenas a Constituição Federal, mas também à normativa internacional, daí a importância de se falar em controle de convencionalidade.

2.6 O ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Feita a exposição acerca dos sistemas processuais penais, assim como a identificação do sistema processual penal adotado no ordenamento jurídico brasileiro, adentra-se no âmago da presente pesquisa, ou seja, a análise do artigo 385, do Código de Processo Penal brasileiro.

Sabe-se que findo a audiência de instrução e julgamento, as partes apresentam suas alegações finais, que em regra são orais, mas há hipóteses previstas no artigo 403, §3º, do CPP, que permitem que sejam as alegações apresentadas em Memoriais. Nesse ponto, discute-se qual a atitude a ser tomada pelo juiz, quando a acusação se manifesta pela absolvição do acusado.

Na ação penal privada, (artigo 60, inciso III, do CPP), a falta de pedido de condenação do querelante evidencia a perempção, cujo efeito é a extinção da punibilidade do querelado (artigo 107, inciso IV, do CP). Por outro lado, na ação penal pública, a falta de pedido de condenação e até mesmo o pedido de absolvição formulado pelo ente ministerial, autoriza o magistrado proferir sentença penal condenatória (artigo 385, do CPP).

A discussão que gira em torno do artigo 385 do Código de Processo Penal não é recente, porventura, as alterações legislativas feitas pelo legislador ordinário fez com que a questão merecesse ser revisitada novamente, com uma análise da compatibilidade sistêmica entre o modelo acusatório e o referido dispositivo.

Aponta-se que parte minoritária da doutrina, vem se posicionando que nos casos de ação penal pública, seja ela incondicionada ou condicionada, não é possível a prolação de decreto condenatório se o Ministério Público não pleiteou.

Essa corrente que inclui autores como Aury Lopes Junior (2008, 2016, 2020), Flávio Eduardo Turessi (2020), Jádell da Silva Junior (2018), dentre outros, defende que o artigo 385 do Código de Processo Penal é incompatível com a Constituição Federal e com o sistema processual penal acusatório que foi instituído pela Carta Magna de 1988 e reafirmado atualmente pela Lei nº 13.964/2019.

Sustenta-se que quando o órgão ministerial pleiteia pela absolvição do acusado, estaria em tese, “retirando” a acusação e, portanto, nesses casos, o juiz ao optar pelo édito condenatório diante do pedido de absolvição, estaria assumindo as funções de acusar e julgar (SILVA JÚNIOR, 2018).

No escólio do processualista Lopes Junior (2020) o Estado realiza os direitos de acusar e punir por meio de instituições diferentes, caracterizando o sistema acusatório, o qual prevê a nítida separação das tarefas de acusar e julgar. Assim, o poder de punir depende do Ministério Público mediante o exercício da pretensão acusatória, logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão, ou seja, se o órgão acusatório abre mão de proceder, o julgador não pode

condenar, pois estaria ele exercendo o poder punitivo sem a invocação, retrocedendo ao modelo inquisitivo.

Neste sentido, se há a nítida separação entre as funções de acusar e julgar, a pretensão acusatória exercida privativamente pelo Ministério Público não se confunde com a pretensão punitiva do Estado que é exercida pelo órgão julgador, sendo que a segunda depende da primeira, isto é, somente haverá o exercício do *ius puniendi* do Estado, caso tenha sido exercida a pretensão acusatória pelo Ministério Público (TURESSI, 2020).

Desse modo, tem-se que o exercício do *ius puniendi* pelo juiz (Estado), necessita de uma Acusação formulada anteriormente e mantida durante o processo, a qual deve ser realizada por um sujeito distinto do julgador (SILVA JUNIOR, 2018).

Na mesma esteira está Gustavo Badaró (2010) o qual dispõe que se as funções estiverem separadas, cabe ao magistrado apenas a função de julgar, ao passo que a Acusação pertence à pessoa diversa, sendo vedado o exercício da Acusação por parte do julgador. Em linhas gerais, não pode o julgador prover sem pedido e, por conseguinte, não poderá prover diversamente do que lhe foi pedido.

Como deriva do princípio acusatório, o exercício da Acusação em ações penais pública compete privativamente ao MP, um órgão distinto do julgador, sendo que é vedado o juiz sustentar a Acusação ou suprir a sua inexistência (SILVA JUNIOR, 2018).

Lopes Junior (2020) preceitua que é preciso admitir que o artigo 385 do CPP e tantos outros no mesmo seguimento foram revogados tacitamente com o Pacote Anticrime e são incompatíveis com o sistema acusatório constitucional e o novo artigo 3º-A.

Ainda, neste mesmo raciocínio Silva Junior (2018), ressalta que os juristas brasileiros não conseguem enxergar que quando o magistrado profere sentença condenatória diante do pedido de absolvição, o juiz não substitui apenas o órgão acusador, mas também está suprimindo a própria inexistência da Acusação.

Contudo, a doutrina majoritária (portanto, a que prevalece) dispõe que o artigo 385 preserva o interesse público da persecução penal e visa garantir o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, ou seja, se as alegações finais do ente ministerial vinculassem o juiz, significa dizer que o MP poderia dispor da ação penal pública (SILVA JÚNIOR, 2018).

De acordo com Eugênio Pacelli (2020) essa opção do legislador foi da adoção do princípio da obrigatoriedade, o qual estabelece que o ente ministerial deverá agir impelido pela objetividade.

A doutrina em geral, também sustenta que a regra trazida pelo artigo 385 é válida, em virtude ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública, previsto no artigo 42, do CPP, além de que não há a vinculação do magistrado em eventual pleito de édito condenatório por parte do

órgão ministerial, pois, isto seria o mesmo que tornar disponível o que é indisponível, além de entregar ao Ministério Público o direito de punir que é para estar nas mãos do julgador.

Em suma, como visto anteriormente, não há consenso entre a doutrina brasileira e o referido artigo poderá ser ou não, uma postura ativa remanescente do sistema inquisitório presente no ordenamento jurídico brasileiro, no qual adotada de forma expressa o sistema processual penal acusatório.

No entanto, na jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça, não são poucas as decisões proferidas no sentido de que a regra prevista no artigo 385, do CPP foi recepcionada pela Constituição Federal. Senão, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PARECER MINISTERIAL EM SEGUNDO GRAU PELA ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 385 DO CPP, RECEPCIONADO PELA CF/88. INDEPENDÊNCIA DO ÓRGÃO JULGADOR. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRECEDENTES DO STJ E STF. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos do artigo 385 do Código de Processo Penal, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, **conquanto o Parquet tenha se manifestado pela absolvição do acusado, o órgão julgador poderá condená-lo, com base no livre convencimento motivado, visto que tal manifestação não vincula o julgador.** 2. Quando o Ministério Público pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação, como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (decision on prosecution motion to withdraw counts) e vincula o posicionamento do juiz. **Em nosso sistema, é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho,** ainda que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente – ou oposta – do colega, que na denúncia, postulara a condenação do imputado (REsp 152139/MG, Rel Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 9/3/2017, DJe de 16/3/2017). 3. Agravo regimental em habeas corpus improvido. (STJ – AgRg no HC: 567740 SP 2020/0072063-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 12/05/2020 – T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2020).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República (1988) consagra que o processo penal brasileiro possui estrutura acusatória, posto que o constituinte conferiu ao Ministério Público, titular privativo do exercício da ação penal pública, em seu artigo 129, inciso I e também consignou a existência do Poder Judiciário no artigo 5º, inciso XXXV, o que foi confirmado com o novo artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Desta feita, pela sistemática brasileira, prevalece que o artigo 385 do CPP foi recepcionado e visa garantir o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, ou seja, se as alegações finais do ente ministerial vinculassem o juiz, significa dizer que o MP poderia dispor da ação penal pública e conquanto o órgão ministerial tenha pleiteado pelo édito absolutório, o órgão julgador poderá condená-lo.

Há também os que defendam o supracitado artigo com base no livre convencimento motivado, visto que as alegações finais não devem vincular o julgador, pois o magistrado não está submisso a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade de uma pessoa ou de uma maioria.

No entanto, de acordo com o conceito filosófico kantiano, para se ter um sistema é necessário a existência de uma ideia fundante que será orientada por um princípio unificador e em que pese a divergência doutrinária acerca dos princípios unificadores de cada sistema, o entendimento majoritário é de que o critério definidor do sistema acusatório é o princípio acusatório, o qual prevê a nítida separação das funções de acusar e julgar.

Neste contexto, prevalece que o princípio unificador do sistema inquisitório é o princípio inquisitivo que prevê que as funções concentradas nas mãos do julgador definem o sistema inquisitório.

Assim sendo, de tudo que se desenvolveu acima, é possível concluir que a regra prevista no artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro não encontra respaldo na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos, ambas inclinadas para uma estrutura acusatória. A referida regra também não traz compatibilidade com o novo artigo 3º-A, do CPP, que foi instituído pela Lei 13.964/19 e adotou o sistema acusatório de forma expressa, desse modo, cabe tão somente ao Ministério Público exercer a acusação em ações penais públicas e o juiz não pode sustentar a acusação ou suprir a sua existência, proferindo sentença condenatória, quando o titular privativo desta, pede a absolvição.

Como se sabe, o poder de punir depende do órgão acusatório, mediante o pleno exercício da pretensão acusatória e quando o Ministério Público pleiteia pela absolvição, ele não exerce a pretensão e deste modo, o juiz não pode condenar.

Isto posto, é necessária a revogação do referido artigo que embora publicado em um regime conhecido como Estado Novo caracterizado por seu caráter ditatorial (1941), ainda continua em vigor até os dias atuais e possui uma matriz eminentemente inquisitorial, visto que se as funções estiverem separadas, cabe ao magistrado apenas a função de julgar.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, NICETO. **Estudios de Teoría General e Historia Del Proceso (1945-1972)**. México: 1.ed. Universidad Nacional Autonoma de México, 1992.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo códex penal adjetivo. **Revista de informação legislativa**. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194939>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre Acusação e Sentença**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília - UnB, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. **Código de Processo Penal**. Promulgado em 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.html. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.html. Acesso em: 24 abr. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em: 02 jul. 2020.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à teoria geral do direito processual penal. **Empório do Direito**. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em: 16 jul. 2020.

_____. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. 1. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. 2015. Tese (Programa de Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná - UFPR. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/41025>. Acesso em: 28 jul. 2020.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5.ed. Lisboa: Editora da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. Civitas - **Revista De Ciências Sociais**, 10(2), 293-308, 2010.
<https://doi.org/10.15448/1984-7289.2010.2.6513>

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; COSTA e FARIA, Marcelle Rodrigues da; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista do Ministério Público de Rio Grande do Sul**. 2020. 1(87), 183-220 Disponível em:
<https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/192>. Acesso em 24 abr. 2021.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **Gestão da prova e o lugar do discurso do julgador**. O sintoma político do Processo Penal democrático. Portal Estacio. 2012. Disponível em:
<https://portal.estacio.br/media/3109/antonio-pedro-2011.pdf>:. Acesso em 24 abr. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. **O acordo de não persecução e o direito intertemporal: Estabelecendo um limite ao oferecimento do benefício, partindo de uma revisão crítica do enunciado 20, do Grupo Nacional de Coordenadores dos Centros de Apoio Criminais**. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/174>. Acesso em: 16 de set. de 2020.

SILVA JÚNIOR, Jádel da. **Anatomia Acusatória**. 1.ed. Florianópolis: Habitus Editora, 2018.

SILVA, Thiago Bonfim da. A análise do artigo 385 do Código de Processo Penal à luz do sistema acusatório. Universidade Federal do Paraná. 2017. Disponível em:
<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/58184>. Acesso em: 26 out. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TURESSI, Flávio Eduardo. Sistema Acusatório, Pacote Anticrime e o anacrônico artigo 385 do Código de Processo Penal: anotações sobre a (im)possibilidade de condenação no processo penal sem prévio pedido pelo órgão do Ministério Público. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. V.17, 2020: 22-44. Disponível em:
https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/434/340340434. Acesso em: 21 de out. 2020.

VEGA, Manuel Rodríguez. Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. 2013. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php/script_sci_serial/pid_0718-6851/lng_es/nrm_iso. Acesso em: 04 abr. 2020.