



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
CURSO DE DIREITO

JEFF DOS SANTOS TEIXEIRA

**O ARTIGO 385 DO CPP EM DESCONFORMIDADE COM O SISTEMA
ACUSATÓRIO**

MARABÁ

2023

JEFF DOS SANTOS TEIXEIRA

**O ARTIGO 385 DO CPP EM DESCONFORMIDADE COM O SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará,
como exigência parcial para obtenção do título
de bacharel em direito sob a orientação da
Profa. Esp. Marizete Corteze Romio

MARABÁ

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

T266a Teixeira, Jeff dos Santos
O artigo 385 do CPP em desconformidade com o sistema acusatório /
Jeff dos Santos Teixeira. — 2023.
55 f.

Orientador (a): Marizete Corteze Romio.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2023.

1. Direito penal. 2. Acusação (Processo penal). 3. Ministérios públicos. 4. Juízes - Decisões. I. Romio, Marizete Corteze, orient. II. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.5

Elaborado por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583

JEFF DOS SANTOS TEIXEIRA

**O ARTIGO 385 DO CPP EM DESCONFORMIDADE COM O SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA, em cumprimento às exigências para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

Aprovado em: 15 de março de 2023.

Banca Examinadora:

Profa. Esp. Marizete Corteze Romio - Presidente

Profa. Dra. Rejane Pessoa de Lima Oliveira - membro

Prof. Dr. Leandro de Oliveira Ferreira - Membro

Profa. Me. Sara Brígida Farias Ferreira - membro

Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus filhos: Deryck Eduardo de Souza Santos e Davi Luiz Alves Teixeira, por serem os motivos e inspiração para enfrentar todos os obstáculos impostos pela vida.

Aos meus Avós maternos: “ *In Memoriam*” Raimundo Rodrigues Teixeira e “*In Memoriam*” Maria Claudina dos Santos, por seus imensuráveis esforços e sacrifícios na minha criação.

A minha querida esposa: Hanna Patrícia Alves Pereira, por todo o companheirismo e dedicação, além de todo o amor, mesmo nos dias em que eu não mereço.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha vida, e por me ajudar a ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo do curso e da vida.

Ao meu sogro e sogra: Manoel Enoque Rodrigues Neto e Maria Auxiliadora Alves Rodrigues, por me acolher e me fazer sentir parte da família.

Aos meus queridos amigos: Fábio Siqueira Cavalcante, Gily Vileneve Araújo Piaulino, José Enilson Costa Rodrigues, André dos Santos Rodrigues, Luan Carlos Castro e Silva, André Henrique dos Santos Lima, Bruno Lima de Nazaré, Rosinaldo Pinheiro da Costa, Dymmi da Vera Cruz Rodrigues, Jonatas Ramalho de Sousa e Luciano Duran Freitas Araújo, que sempre estiveram comigo nos momentos difíceis, pela amizade incondicional e pelo apoio demonstrado ao longo desses anos

A minha orientadora: Profa. Esp. Marizete Corteze Romio, por aceitar meu convite e dividir sua vasta experiência acadêmica e jurídica, enriquecendo este trabalho com brilhantes contribuições.

A Profa. Dra. Rejane Pessoa de Lima Oliveira, ao Prof. Dr. Leandro de Oliveira Ferreira, e a Profa. Me. Sara Brígida Farias Ferreira, por sua humildade e disponibilidade em aceitar meu convite para a banca examinadora.

Ao nobre Advogado: Dr. Arnaldo Ramos júnior, pela disponibilidade em tirar minhas dúvidas, assim como suas sugestões foram de grande valia neste trabalho, inclusive sobre o título.

Ao nobre Advogado e amigo pessoal: Dr. Bruno Lopes da Silva, que sempre foi atencioso e prestativo nos meus momentos de dúvida.

A minha turma de Direito do ano de 2018: por toda a contribuição no meu aprendizado, e por dividir esses anos de muitas descobertas no campo do Direito, melhor turma de direito de todos os tempos.

A todos os excelentes professores que fizeram parte da graduação da turma de Direito 2018.

Aos meus amigos: Raillon Botelho Silva e Matias Costa Bittencourth: que fizeram parte de forma efetiva ao longo desse processo de aprendizagem.

“A educação é o passaporte para o futuro, o amanhã
pertence à quem se prepara hoje”.

Malcon X

RESUMO

A importância da adequação das leis à realidade social e à necessidade de se proporcionar segurança jurídica e efetividade no que se refere à justiça, requer a análise a respeito da validade e pertinência de seus preceitos. Nesse sentido, invariavelmente, as normas jurídicas devem ser convergentes à Constituição Federal, que, por sua vez, caracteriza-se pela estrita atenção aos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. O presente trabalho teve como tema o artigo 385 do CPP em desconformidade com o sistema acusatório, considerando a adoção do modelo processual penal acusatório, diante do qual, a omissão do magistrado quanto à decisão do Ministério Público, favorável à absolvição do acusado, soa incongruente. O objetivo geral do trabalho foi identificar as possíveis incongruências existentes entre o art. 385 do CPP e o sistema acusatório adotado no Brasil. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica e documental. Foram discutidos aspectos que se relacionam aos princípios constitucionais intrínsecos ao Direito Penal, bem como os conceitos e características dos sistemas processuais penais. Acerca da análise do artigo 385 do CPP, o que se observa é que, mesmo diante dos argumentos favoráveis à sua constitucionalidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, os argumentos contrários indicam sua consistência a partir da consideração de que o modelo processual penal acusatório não converge com ao artigo 385 do CPP, verificando que o protagonismo do magistrado é uma característica do modelo inquisitorial e que o poder punitivo do Estado se sustenta em um pleito acusatório que, nas ações penais públicas, têm como titular exclusivo o Ministério Público.

Palavras-chave: CPP. Artigo 385. Ministério Público. Direito Penal.

ABSTRACT

The importance of adapting laws to social reality and the need to provide legal certainty and effectiveness with regard to justice, requires analysis regarding the validity and pertinence of its precepts. In this sense, invariably, legal norms must be convergent to the Federal Constitution, which, in turn, is characterized by strict attention to the principles that guide the Democratic State of Law. The present work had as its theme the article 385 of the CPP in disagreement with the accusatory system, considering the adoption of the accusatory criminal procedural model, before which, the omission of the magistrate regarding the decision of the Public Ministry, favorable to the acquittal of the accused, sounds incongruous. The general objective of the work was to identify the possible inconsistencies between art. 385 of the CPP and the adversarial system adopted in Brazil. The methodology used was bibliographical and documental research. Aspects related to the constitutional principles intrinsic to Criminal Law were discussed, as well as the concepts and characteristics of criminal procedural systems. Regarding the analysis of article 385 of the CPP, what is observed is that, even in the face of arguments favorable to its constitutionality, both in doctrine and in jurisprudence, the arguments against it indicate its consistency from the consideration that the accusatory criminal procedural model does not converge with article 385 of the CPP, verifying that the protagonism of the magistrate is a characteristic of the inquisitorial model and that the punitive power of the State is based on an accusatory lawsuit that, in public criminal actions, has the Public Ministry as its exclusive holder.

Keywords: CPP. Article 385. Public Ministry. Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES AO DIREITO PENAL ..	11
2.1 Princípio da legalidade.....	11
2.2 Princípio da igualdade.....	12
2.3 Princípio da humanidade.....	13
2.4 Princípio do devido processo legal	14
2.5 Princípio do contraditório	14
2.6 Princípio do juiz natural	15
2.7 princípio da presunção de inocência	17
2.8 Princípio da legalidade penal	17
3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	20
3.1 Direito processual e ética	20
3.2 O sistema inquisitorial	22
3.3 O sistema acusatório	26
4 O ARTIGO 385 DO CPP: POSSÍVEIS INCONGRUÊNCIAS COM RELAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	33
4.1 O juiz no âmbito do sistema acusatório: limites éticos e normativos.....	33
4.2 Análise do artigo 385 do cpp	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Este estudo irá tratar sobre o art. 385 do CPP e sua desconformidade com o sistema acusatório. Isso porque, e como objetiva este estudo analisar, o processo penal brasileiro, sob a ótica da Constituição Federal, adota um modelo acusatório – e não inquisitório – existindo, portanto, uma fulgente distinção entre as atividades de acusar e julgar. Todavia, ver-se-á que no Código de Processo Penal o que se operacionaliza é um sistema processual penal com resquícios inquisitivos.

Prova disso encontra-se no artigo 385 do CPP o qual poderá o juiz a proferir sentença condenatória, nas ações públicas, ainda que o Ministério Público tenha pleiteado pela absolvição do acusado.

Entretanto, faz-se mister pontuar que o Código de Processo Penal, promulgado na década de 1940, não se sustenta mais à luz do sistema processual penal democrático, instituído por meio da Constituição Federal de 1988, que consagrou os princípios do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do julgador. Destarte, deve caber ao Ministério Público promover a ação penal pública, e ao juiz (natural e imparcial), atuar nos limites da pretensão acusatória.

A Lei nº 13.964/19 alterou o CPP dizendo expressamente que "o processo penal terá estrutura acusatória". Neste momento parecia pacificada a matéria. Todavia não é isso que vem acontecendo nos tribunais, sendo que as próprias autarquias superiores, momento em que alguns tribunais entendem pela constitucionalidade do artigo 385 do CPP.

Um exemplo disso está no julgamento HC 623.598/PR de 2020 onde a 6ª Turma do STJ manifestou-se pela constitucionalidade do artigo 385 do CPP ao concluir que a "manifestação do MP pela absolvição não impede a Justiça de condenar o réu".

A ideia, portanto, trazer opiniões favoráveis e contrárias ao julgado supracitado, a fim de se ter respondida a seguinte questão norteadora: tomando-se por base as leis vigentes, incluindo-se aqui o CF, o juiz pode condenar o réu se o Ministério Público pedir sua absolvição, sem que para tanto viole princípios?

O objetivo geral do trabalho é identificar as possíveis incongruências existentes entre o art. 385 do CPP e o sistema acusatório adotado no Brasil. Os objetivos específicos foram conceituar os princípios constitucionais que se relacionam ao processo penal, caracterizar os sistemas processuais penais e analisar o artigo 385 do CPP, considerando suas características e implicações.

A técnica de pesquisa apresentada será bibliográfica e documental, consiste em levantamento de dados, Leis, decisões de tribunais, Projetos de Lei, doutrina, artigos e demais trabalhos científicos a fim de obter o melhor embasamento de materiais pertinentes ao problema em análise.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES AO DIREITO PENAL

Os princípios constitucionais são considerados os pilares de todo o ordenamento jurídico, pois orientam o interprete de como agir diante das normas jurídicas, e das situações concretas a ele apresentadas no cotidiano. Muitos são os princípios do processo penal que encontram garantia na Constituição Federal, sendo alguns deles, os mais importantes, e que serão abordados nesse trabalho.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é compreendido a partir de sua abrangência e diversidade quanto às abordagens. *A priori*, cumpre observar que, conforme Coutinho e Balestra (2009), no Estado Liberal de Direito preponderando os interesses do individualismo sobre a ação estatal, pelo que a lei, dita norma geral e abstrata, assegura liberdades negativas, direitos fundamentais de primeira geração.

A partir destas considerações, verifica-se que o princípio da legalidade indica, de modo resumido, a necessidade de cumprimento da lei, em conformidade com o artigo 5º da Constituição Federal que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Tratam-se do princípio da Legalidade, base direta da própria noção de Estado de Direito, implantada com o advento do constitucionalismo, porque acentua a ideia de “governo das leis”, expressão da vontade geral, e não mais “governo dos homens”, em que tudo se decidia ao sabor da vontade, dos caprichos, do arbítrio dos governantes (PAULO; ALEXANDRINO, 2018, p. 124).

Conforme Coutinho e Balestra (2009), o Estado, pelo Direito, não intervencionista na esfera privada, assegura a autonomia da vontade dos

indivíduos, no atendimento dos interesses privados, sendo que os sujeitos contratantes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe, ainda que no espaço público as ações dependam de autorização em lei. Sob o prisma coercitivo, punitivo ou sancionatório, o agir na sociedade deve ocorrer em conformidade com parâmetros previamente estabelecidos em lei.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Carta Magna veda as discriminações, os tratamentos desiguais, salvo casos previstos em lei. Nesse sentido afirma Morais (2011, p. 63), que:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

As partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades. O princípio em comento aplica-se a toda espécie de processo e também é chamado de paridade de armas, principalmente no âmbito penal (CAPEZ, 2022).

Conforme Adeodato (2009), o direito à igualdade consiste juridicamente na isonomia, que é a igualdade formal. Ela representa igual tratamento perante a lei e perpassa todos os ramos do direito positivo, ampliando-se para conteúdos mais

extensos por apresentar a necessidade de que não ocorra distinção de qualquer natureza.

2.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos define os princípios da humanidade e da dignidade como os mais relevantes. Na Constituição Federal no art. 1º inciso III, está indicada a dignidade da pessoa humana e no art. 5º, incisos III e XLIX, está previsto o princípio da humanidade. Do inciso III, do art. 5º é definido que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

O inciso III do caput do art. 1º e o inciso III do caput do art. 5º da Constituição Federal se referem à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana e dizem respeito à proibição de submissão ao tratamento desumano e degradante, respectivamente (MOREIRA, 2016). A observação volta-se principalmente às pessoas que se encontram vulneráveis a esse tipo de tratamento, como os detentos.

O Estado, ao privar o indivíduo de liberdade, passa a ter a obrigação de mantê-lo em condições adequadas, sem se expor a situações degradantes ou desumanas (STEFFENS; MARCO, 2018). O princípio da humanidade tem como fundamento o tratamento a todos como seres humanos e essa abrangência não exclui os condenados.

O princípio da humanidade tem como fundamento as ideias de Beccaria (1997), que afirma que a pena se limita à preservação do adequado cumprimento da lei, evitando-se males maiores, punindo àquele que se desviar do contrato social.

Este princípio se correlaciona diretamente à dignidade da pessoa humana que, segundo Roig (2015), integra o ideário de humanidade das penas e evitando

a utilização sem limites do poder de punir. Estas condições indicam o dever de minimização, ao sentenciado, da intensidade do poder em comento.

2.4 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal permite o relacionamento entre os princípios da ampla defesa e do contraditório com as regras de citação, de intimação, do juiz natural e da apresentação de provas, de modo que cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do devido processo legal, recebe um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado isoladamente (ÁVILA, 2011). O devido processo legal representa uma garantia constitucional, ao lado dos demais princípios discutidos no presente trabalho.

De acordo com Santos (2018), a Constituição Federal de 1988, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O princípio do contraditório decorre do devido processo legal, do processo justo ou do processo.

2.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório é definido por Santos (2018) como sendo uma das principais garantias fundamentais do sistema de tutela jurisdicional, decorrendo, como os demais princípios constitucionais processuais, do devido processo legal, do processo justo ou do processo equitativo. Conforme a Constituição Federal de 1988:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) aos litigantes, em processo

judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

Conforme Santos (2018), o princípio citado foi adotado expressamente somente pela Constituição de 1988, ainda que seja considerado como tradicional no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro. Todas as Constituições brasileiras anteriores, tanto as outorgadas, quanto as promulgadas, apresentam dispositivo que asseguravam não o contraditório de maneira expressa, mas a ampla defesa, principalmente em matéria penal.

Segundo Nunes (2008), por ser um dos integrantes do processo, o juiz deve observar o contraditório ao longo de todo o procedimento, vendo-se obrigado ao debate, ao diálogo judiciário.

Verifica-se que o juiz não tem faculdade processual, ainda que apresente poderes e deveres passíveis de exercício durante todo o processo. Conforme Dinamarco (2009), ocorre a imposição da lei ao magistrado, entre seus deveres fundamentais, o dever da efetiva participação no processo.

2.6 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural pode ser observado como a personificação da imparcialidade. Trata-se de uma garantia de limitação dos poderes do Estado, impedido de instituir juízo ou tribunal de exceção para julgamento de matérias específicas. O Estado também não pode criar juízo ou tribunal para processar e julgar um caso específico (STJ, 2020).

Conforme Silveira (2000), o princípio do juiz natural mostra como significado o fato de que a norma de que somente é juiz o órgão investido de jurisdição, o que afasta a possibilidade de o legislador julgar a partir da imposição de sanções penais sem processo prévio. Por meio do princípio do juiz natural é

impedida a criação de tribunais de exceção e *ad hoc* para que sejam julgadas causas penais ou civis.

Esse princípio assegura ao indivíduo a atuação imparcial do poder judiciário na apreciação das questões postas em juízo. obsta que, por arbitrariedade ou casuísmo, seja estabelecido tribunal ou juízo excepcional (tribunais instituídos *ad hoc*, ou seja, para o julgamento de um caso específico, e *ex post facto*, isto é, criado depois do caso que será julgado). Ou que seja conferida competência não prevista constitucionalmente a quaisquer órgãos julgadores (PAULO; ALEXANDRINO, 2020, p. 167).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, define a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, não sendo permitido juízo ou tribunal de exceção, considerando também que não ocorrerá processo ou sentença a não ser por meio de autoridade competente (BRASIL, 1988).

Conforme Capez (2022), não se insere na proibição dos tribunais de exceção a criação das justiças especializadas, como militar, trabalhista, eleitoral. Os tribunais *ad hoc* são criados e funcionam para um determinado caso concreto, sendo que as justiças especializadas são previamente instituídas pela Constituição e têm como objetivo a aplicação da lei a todos os casos, diante de determinada matéria ou que envolvam pessoas específicas, indistintamente.

Tal argumento se aplica, inclusive, aos casos de competência estabelecida pela prerrogativa de função. Nesses casos, não se trata de prerrogativa instituída em função da pessoa, mas de tratamento especial dispensado ao cargo, à função exercida pelo réu, sendo ela relevante na administração do país, tanto que, deixado o cargo ou cessada a função, deixa de ser válida a prerrogativa (CAPEZ, 2022). Desse modo, as diferenças quanto à possibilidade de criação de tribunais que atuam de forma diferenciada são consideradas válidas, desde que nas situações específicas.

2.7 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Conforme a Constituição Federal, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Brasil, 1988), o que pode ser observado como a síntese do princípio da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência assegura ser o réu inocente até o trânsito em julgado da sua sentença condenatória. Portanto, em tese, executar a sentença não definitiva equivaleria ao cumprimento da lei penal ao inocente, ferindo a Constituição Federal. Entretanto, o que se faz é para o bem do sentenciado, que não sofre nenhum prejuízo. Considerando que os direitos e garantias individuais existem para proteger o indivíduo, e não para prejudicá-lo, esta é a razão para se acolher a execução provisória da pena (NUCCI, 2021).

De acordo com a Súmula 9 do STJ, a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência, mesmo porque a própria Constituição admite a prisão provisória nos casos de flagrante e crimes inafiançáveis, podendo, desse modo, ser prevista e disciplinada pelo legislador infraconstitucional, sem prejuízo à presunção de inocência (CAPEZ, 2022).

Segundo Nucci (2021), a partir da presunção de inocência, o ônus da prova passa a pertencer à acusação, bastando ao réu negar a prática da imputação ou, simplesmente, invocar o seu direito ao silêncio. Além disso, as medidas cautelares restritivas da liberdade, do patrimônio ou da intimidade devem ser decretadas com zelo e rigor, somente em situações efetivamente necessárias.

2.8 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

A aplicação do princípio da legalidade ao direito penal tem como fundamento a compreensão de que não há crime nem pena sem lei certa, ou

mesmo a síntese desse princípio, definindo que "não há crime sem lei anterior que o defina; nem pena sem prévia cominação legal".

O Direito Penal se correlaciona ao poder ou necessidade de punir, sendo conceitualmente compreendido como um ramo do Direito que tem na tipicidade a condição para sua caracterização. Assim, o Direito Penal raciocina e pensa por meio de tipos, o que faz com que, para que seja indicada a relevância penal de uma conduta, ela deve ser submetida a um tipo. A tipicidade, portanto, é considerada como juízo de correspondência entre o modelo de comportamento proibido pela lei penal e a conduta realizada (BRANDÃO, 2014). A conduta, ao se amoldar ao que é tipificado como crime, passa a requerer a intervenção do Direito Penal, materializando a tipicidade.

Afirma-se, portanto, que a tipicidade se mostra como condição para o desenvolvimento do método penal, possibilitando, diante das exigências inerentes à legalidade penal, que ocorra a avaliação dogmática da imposição de determinada pena (BRANDÃO, 2014).

Conforme Nóbrega (2018), o princípio da legalidade representou uma definição relevante para que ocorresse a limitação do poder de punir do Estado, diante do arbítrio absolutista que caracterizava o período que o antecedeu.

Verifica-se que os órgãos que são responsáveis pela persecução penal não podem possuir poderes discricionários que possibilitem a apreciação da conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou do inquérito. A autoridade policial, nos crimes de ação pública, é obrigada a proceder às investigações preliminares, e o órgão do Ministério Público é obrigado a apresentar a respectiva denúncia, desde que se verifique um fato aparentemente delituoso, nos estritos termos da lei (CAPEZ, 2022). Desse modo, tem-se que a legalidade representa um dos princípios informadores do processo penal, cujas especificidades são adequadamente compreendidas diante do entendimento a

respeito dos sistemas processuais penais, mormente do sistema acusatório ora vigente no país.

3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

É relevante a observação acerca das características dos sistemas processuais. Os sistemas processuais penais básicos utilizados na maioria dos países no mundo ocidental são os sistemas inquisitorial, acusatório e misto. Predominam, no entanto, os modelos inquisitorial e acusatório. Conforme Peña (2014), esses modelos se diferenciam em razão da forma como ocorre a divisão dos poderes e atividades entre partes e juiz na condução do processo, principalmente no que se refere à pesquisa e à produção das provas.

O sistema acusatório é típico nos países que empregam o sistema jurídico *common law*, tais como Inglaterra, Estados Unidos da América, Austrália e Canadá. O modelo inquisitorial é utilizado na maioria dos países ocidentais, como França, Itália e Argentina, instrumentalizando o sistema jurídico *civil law* (PEÑA, 2014).

3.1 DIREITO PROCESSUAL E ÉTICA

Os sistemas processuais têm em comum o fato de buscarem o relacionamento entre as partes de modo pautado pela ética. A caracterização dos sistemas processuais penais, bem como a relação entre o juiz e as partes sob o prisma da ética, considerando as limitações passíveis de observação, representa um componente importante no contexto do Direito. A compreensão dessa caracterização carece do entendimento de algumas definições importantes, como o conceito de ética, o conceito e a distinção dos sistemas acusatório e inquisitivo, bem como aspectos inerentes à prova e outras conceituações relevantes, como temáticas integrantes da cultura social e especificamente dos operadores de Direito. Trata-se, desse modo, da efetividade também da atenção aos direitos

fundamentais. Segundo Giacomolli (2016), os direitos fundamentais representam a referência necessária à positivação protetiva aos direitos humanos, fundamentando-se no Estado Democrático de Direito. Esses direitos fundamentais se vinculam à Constituição Federal e às leis e no contexto do Direito Penal, estabelecendo limites à intervenção estatal e a legitimam em suas diversas fases. As garantias constitucionais exercem a função de instrumentalização ante os direitos fundamentais.

A ética possui estreita relação com a justiça social e, no Brasil, a discussão a esse respeito possui diversos pontos de interseção entre os conceitos. Venosa (2009) afirma que a aplicação do conceito de justiça deve observar o universo dos valores, que é dinâmico e cuja modificação em sua escala altera também a práxis da justiça. A equidade é a saída quando as antinomias da justiça com o Direito surgem para a apreciação do julgador. Conforme o ilustre jurista, o papel da justiça deve ser o de assegurar a estabilidade ao ser humano para que o mesmo possa desempenhar seu papel na sociedade de modo lícito. Algo que não pode ser subtraído dos ordenamentos é sua função de refletir a proteção social contra os desmandos das pessoas jurídicas.

A relação entre ética e direito foi discutida por Klein (2014), que afirma a necessidade de que ocorra um desenvolvimento também moral para que se possa atingir, por exemplo, uma condição republicana. Destaca-se que um Estado adquire a condição de ser definido como republicano quando o exercício do poder ocorre de forma representativa e com a divisão dos poderes em legislativo, executivo e judiciário.

Segundo Machado (2010b), os sistemas penais, historicamente, apresentam conflitos com relação aos direitos fundamentais da pessoa humana. A concepção do processo como meio de persecução penal ocorre em contraponto com o ideário de que o mesmo representa um instrumento de consolidação das liberdades públicas e indica um dilema.

Nesse sentido, os sistemas processuais buscam uma aproximação com relação a tais liberdades, considerando como elemento essencial a gestão da prova. A gestão da prova parte de dois princípios informadores, a saber, o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo. O primeiro é o fundamento do sistema acusatório, onde a gestão da prova se situa nas mãos das partes, com a existência da figura do juiz-espectador. No segundo, a gestão da prova se encontra nas mãos do juiz, que nesse caso representa o inquisidor (LOPES JÚNIOR, 2014). A gestão da prova, portanto, representa o norte para a definição do sistema processual empregado em determinada situação.

O sistema inquisitorial é considerado como um sistema onde o instrutor atua sozinho e os diálogos são excluídos. Pode-se constatar que, segundo Lopes Júnior (2014), o sistema legal das provas varia conforme se apresente um sistema inquisitório ou acusatório, pois é a gestão da prova que representa o fundamento do sistema. Assim, o tratamento da prova é realizado de modos distintos de acordo com o sistema processual empregado. Os sistemas processuais se referem a uma resposta do processo penal às necessidades do Direito Penal e do Estado em dada época.

No entanto, Giacomolli (2016) considera que na doutrina não existe conformidade quanto ao conteúdo dos sistemas processuais e que existem diferenças entre as denominações modelo, princípio, método, estilo e sistema. A prestação jurisdicional criminal no processo penal compreende o sistema processual penal na derivação ou subsistema Judiciário. O conceito de princípio relaciona-se com a origem, com o ponto de partida, podendo ser considerado como fundante de um sistema. O modelo é a representação da coisa e não ela própria.

3.2 O SISTEMA INQUISITORIAL

O sistema inquisitorial se caracteriza pelo fato de que sua dinâmica impõe à incriminação a sobreposição sobre a acusação, conquistando autonomia plena e promovendo um obstáculo para que as partes litigantes possam negociar dentro dos limites da lei (MISSE, 2008). Diante de tais considerações, tem-se que esse sistema promove a elaboração de uma ordem lícita e de incentivo à autonomia para a resolução das lides.

Trata-se, conforme Lopes Júnior (2021), de um sistema no qual o instrutor atua sozinho e os diálogos são excluídos. Nesse modelo ocorre a concentração de poder ao juiz inquisidor, que acumula as funções de julgar, defender e acusar.

Segundo Peña (2014), o padrão processual inquisitorial se justifica pela ideologia antes predominante na sociedade quando foi elaborado e merece, desse modo, ser revisado em conformidade com as ideias e interesses sociais da atualidade. Na realidade, não tem razão de ser nos dias atuais um modelo concentrado na figura do juiz, e não das partes, que são verdadeiras interessadas no bem da vida em disputa. Não se mostra pertinente um Estado que ignore a liberdade e a autonomia privada, a partir da observação de que um sistema que realize tal ação, além de ser menos democrático, menos célere e mais oneroso para o Estado do que o sistema acusatório, não se mostra mais eficiente do que este na apuração dos fatos e na busca da verdade.

No sistema inquisitivo o tribunal ou uma parcela dele envolve-se de modo ativo na investigação dos fatos, sendo esta a distinção essencial com relação a um sistema acusatório. No sistema acusatório o juiz atua como árbitro imparcial na relação entre acusação e a defesa. O sistema inquisitivo tem origem na Inquisição e tem como principal característica a concentração de poder ao juiz inquisidor, sendo que este acumula as funções de julgar, defender e acusar. Nesse modelo não se identifica qualquer garantia voltada ao acusado, sendo ignorado o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade do magistrado, o que

faz com que o réu se configure como um mero objeto no processo, não mais um sujeito de direitos (LOPES JÚNIOR, 2014).

A autorização concedida ao juiz para a instauração *ex officio* do processo possibilita a formação do quadro mental que traz ao mesmo a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a versão por ele criada, ou seja, o sistema indica a possibilidade da crença no imaginário, que passa a ser tomado como verdadeiro. A partir desta afirmação, pode-se constatar que a existência de um processo penal democrático depende da aplicação do princípio da inércia da jurisdição, que é um dos seus pressupostos (LOPES JÚNIOR, 2014).

No sistema inquisitorial é atribuída ao juiz a responsabilidade sobre a direção e instrução do processo. Neste sistema busca-se um juiz ativo que impulse o feito, participe de modo efetivo do procedimento e da investigação da verdade e possa, desse modo, tomar maior número de iniciativas *ex officio* por parte do julgador (JOLOWICZ, 2004).

Conforme Lopes Júnior (2021), diante de um fato típico, no modelo inquisitorial o julgador atua de ofício, não sendo necessária a prévia invocação. Além disso, é recolhido, também de ofício, o material que será o subsídio para seu convencimento. O processado representa a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é convocado a declarar a verdade sob pena de coação. O magistrado tem liberdade para realizar sua intervenção, para recolher e selecionar o material necessário para julgar, fazendo com que não existam mais defeitos pela inatividade das partes ou vinculação legal do juiz. Ressalta-se que no modelo inquisitorial a gestão da prova situa-se nas mãos do julgador.

Verifica-se, nesse contexto, que a prova tem que obrigatoriamente ser admissível por lei, considerando que a mesma necessita apresentar relação com o processo, mostrando-se concludente e passível de realização. Constata-se também que o objeto de prova é a circunstância, fato ou alegação referente ao litígio, sobre

os quais não existe definição e que exigem demonstração diante do juiz para que a causa seja resolvida (CAPEZ, 2022).

Segundo Gomes Filho (2005), a prova é o meio empregado com o objetivo de comprovação acerca da veracidade de uma alegação, ou seja, ela representa a forma de conduzir o magistrado à convicção sobre a existência ou inexistência de um fato, da veracidade ou falsidade de uma afirmação, observando que os atos ligados à prova podem ser praticados por terceiros, pelo juiz ou pelas partes.

A prova é todo elemento apto a influenciar de algum modo na formação da convicção do magistrado para a decisão de uma ou outra forma, voltando-se a acolher ou rejeitar o pedido do autor (BUENO, 2010).

À prova podem-se atribuir três acepções essenciais, que dizem respeito à demonstração, à experimentação ou ao desafio. A demonstração tem como objetivo a definição da verdade acerca de determinado fato. O sentido de experimentação pode ter como objeto a busca pela correção de uma afirmação ou hipótese e o caráter de desafio pode ser considerado como um obstáculo passível de superação, em busca do reconhecimento. Estas acepções se aplicam a situações diversas do dia a dia, não se excetuando a linguagem processual. Assim, enquanto demonstração, a prova representa um elemento que possui relação direta com a decisão judicial, sendo que a experimentação ocorre na fase de instrução processual e, no contexto do obstáculo ou desafio, surge a ideia do ônus da prova (GOMES FILHO, 2005).

O Código de Processo Penal traz o emprego do termo prova em três sentidos diferentes, sendo que o artigo 155 refere-se ao meio de prova. O artigo 156 faz alusão ao resultado de prova e o artigo 157 ao conjunto dos elementos probantes. Assim, as diversas acepções do vocábulo em comento definem sua natureza polissêmica e a necessidade de apropriação destas variantes para a compreensão de cada contexto onde o mesmo for empregado. Etimologicamente,

prova deriva do latim *probo*, que denota aprovação, correção ou confiança, ou busca do conhecimento verdadeiro (GOMES FILHO, 2005).

Nesse aspecto, discutem-se as regras inerentes ao processo penal, bem como os sujeitos, que se encontram subordinados à ordem constitucional vigente, considerando que no Brasil a estrutura do processo penal tem uma fundamentação em bases inquisitoriais e de tradição autoritária. Verifica-se que na esfera criminal os princípios, direitos e garantias são protetivas do *status libertatis* (GIACOMOLLI, 2016).

Nota-se a existência de dois movimentos antagônicos quando se trata do processo, podendo-se considerar que de um lado situam-se os movimentos repressores que concebem o processo sob o prisma do utilitarismo e de outro lado os defensores da ótica garantista do processo, que se comprometem com uma observação do mesmo de forma libertária, como mecanismo de respeito às liberdades individuais (MACHADO, 2010).

Segundo Piedade e Gomes (2022), o sistema inquisitivo pressupõe a concentração, em uma mesma pessoa, do poder de julgar e acusar. Inexistem direitos fundamentais básicos, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, dentre outros. Logo, a autoridade responsável pela dinâmica processual conduzirá o processo de acordo com suas próprias convicções e produzirá as provas que entender necessárias, prescindindo, pois, do auxílio de qualquer outro agente, seja a acusação, seja a defesa.

3.3 O SISTEMA ACUSATÓRIO

No sistema acusatório o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material para as partes, que são aqueles que perseguem interesses opostos. Nesse sistema é garantida ao acusado a imparcialidade do juiz para a tomada de decisão em conformidade com as provas

colhidas pelas partes. Desse modo, são evitadas as eventuais arbitrariedades do Estado (LOPES JÚNIOR, 2021).

O sistema acusatório tem sua origem no Direito Grego, onde a população atuava como acusadora e também como julgadora, de modo direto. O Direito Romano passou, a partir do último século da república a adotar a persecução e o repasse do início da ação penal a um representante voluntário, sendo que desde aquela época o sistema acusatório não demonstra ser suficiente para a repressão dos crimes (LOPES JÚNIOR, 2021).

Segundo Lopes Júnior (2008), movidos pelo inconformismo com o sistema acusatório vigente, os magistrados passaram de modo gradativo a usurpar as atribuições que eram dos acusadores, fazendo com que se concentrasse em um único órgão, as atividades voltadas de acusação e ao julgamento. O sistema garantista, caracterizado por ser praticado por três pessoas e por ter as funções de defender, de acusar e de julgar, atribuídas a pessoas diferentes, somente foi retomado a partir da Revolução Francesa, com suas ideologias e tendências inovadoras de valorização humana, quando houve um gradativo abandono do modelo inquisitório.

O sistema acusatório reúne todas as garantias processuais essenciais para a prolação de uma decisão justa e adequada, ao final do procedimento: assegura o contraditório e a ampla defesa, dá publicidade aos atos judiciais, motiva as decisões e garante o devido processo legal. A aprovação da Lei Anticrime ratificou a adoção ao sistema acusatório, cuja aceitação não era unânime na doutrina, posto que alguns autores lecionavam que o processo penal brasileiro se amoldava ao sistema misto, em razão das características próprias do inquérito policial. Porém, o novo texto de lei é claro ao asseverar, em seu art. 3º-A do Código de Processo Penal, 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” (PIEIDADE; GOMES, 2022).

Lopes Júnior (2008) afirma que o modelo acusatório contemporâneo tem como características a clara distinção entre as atribuições de julgamento e de acusação, a responsabilidade das partes quanto à busca das provas, a condição do magistrado como um terceiro, que atua de modo imparcial e desprovido da tarefa de investigar e de coletar provas, tanto de imputação quanto de desencargo, a isonomia de oportunidades no processo, o predomínio do procedimento oral, a publicidade da totalidade ou no mínimo da maior parte do processo, a ampla defesa e o contraditório, a inexistência de tarifa probatória, que indica o livre convencimento como norteador da sentença, a possibilidade de impugnação das decisões e o duplo grau de jurisdição e a atenção aos critérios de segurança jurídica e social da coisa julgada.

Quanto ao sistema misto, este representa uma interseção entre os sistemas inquisitivo e acusatório. Muito se discute se o sistema brasileiro não seria misto, afinal, apesar de a ação penal assegurar ao acusado todos os direitos que lhe são garantidos, o inquérito policial, procedimento que antecede a judicialização do feito, é inquisitivo. Todavia, ainda que o novo texto de lei não adotasse expressamente o sistema acusatório, tal teoria não encontraria respaldo, haja vista que o inquérito policial não é imprescindível para o ajuizamento da ação penal; é procedimento meramente informativo, sendo que as provas produzidas em sede policial devem, em regra, ser ratificadas no âmbito judicial, desta vez sob o crivo do contraditório e da ampla defesa; além de não fazer parte do processo penal em si, tratando-se de procedimento meramente administrativo (PIEIDADE; GOMES, 2022).

Segundo Lopes Júnior (2014), a crítica evidente ao sistema acusatório ocorre com relação à inércia do magistrado, que limita aos litigantes a produção de provas e aceita de forma passiva os resultados da incompletude da atividade das partes, tendo a obrigatoriedade de tomar a decisão fundamentada em material

por vezes defeituoso. Ainda assim, para o autor, o sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal.

Nesses sistemas, a mistura de acusação e juízo compromete a imparcialidade do segundo e, conseqüente e frequentemente, a publicidade e a oralidade do processo. Dessa confusão entre acusação e juízo também se pode facilmente compreender a debilitação de todas as demais garantias, como o estado de inocência do acusado antes da condenação, o ônus acusatório da prova, o contraditório e a ampla defesa (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019).

De modo geral, a doutrina estabelece como característica determinante do sistema acusatório a separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Ressalta-se que o ato de acusar não se limita à imputação, mesmo que formal, de um fato a uma pessoa determinada, mas envolve condutas desde a fase preliminar, inclusive no que diz respeito às medidas cautelares, passando pela fase instrutória da colheita da prova, das inquirições, dos recursos e da execução. Nesse sentido, inclui a acusação e sua sustentação, durante o processado, sendo que o magistrado é mantido alheio aos interesses da acusação e da defesa, em uma posição reativa e imparcial. Compreende-se que a imparcialidade se torna frágil, com potencialização do polo acusador, nas situações em que o juiz busca a prova. O magistrado apropria-se das funções do acusador e o subestima ao assumir sua função, "transformando-se em acusador privilegiado, a buscar o que apaziguará seu consciente ou inconsciente condenatório, subscrevendo a hipótese acusatória" (GIACOMOLLI, 2016, p. 89).

Segundo Nucci (2021), o sistema adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro era misto, até o advento da figura do juiz das garantias. Sempre houve quem sustentasse o acusatório, porque, na Constituição Federal, há princípios indicadores do acusatório, que são o contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, entre outros.

Todavia, um sistema processual não se constitui por princípios, pois, na prática, não se aplica o conjunto de princípios constitucionais sem regras da legislação ordinária. O Código de Processo Penal prevê a colheita inicial da prova por meio do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo, que são o sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação, entre outros. Essas provas podiam ser usadas depois em juízo (NUCCI, 2021).

Verifica-se, desse modo, que até a ocorrência da reforma trazida pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, sempre foi afirmado que o processo penal brasileiro era inquisitório, ainda que essa não definição não representasse um consenso tanto quanto não era unanimidade a definição do sistema brasileiro como misto. Esse cenário foi modificado a partir da constatação, por parte de uma vertente significativa da doutrina, de que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal (LOPES JÚNIOR, 2021).

A modificação introduzida pela referida Lei 13.964/2019 impediu o conhecimento do inquérito pelo juiz da instrução e julgamento, vedando-lhe qualquer iniciativa investigatória na fase inquisitiva. Seria o fortalecimento do sistema acusatório, que chamamos ainda mitigado, pois, na fase da instrução, o magistrado pode produzir provas, de ofício, embora a prisão não mais possa ser decretada sem o expresse requerimento do órgão acusatório ou de representação da autoridade policial. Porém, há liminar do STF suspendendo a eficácia do juiz das garantias, de modo que esse novo sistema não entrou em vigor. Há de se aguardar o julgamento de mérito do Pretório Excelso, pelo Plenário, para se saber qual rumo tomará o processo penal brasileiro (NUCCI, 2021, p. 35).

A instituição do Juiz de Garantias, conforme Souza Netto, Fogaça e Garcel (2020), é incompatível com o modelo eminentemente acusatório, já que o Juiz de

Garantias tem a prerrogativa de agir de ofício para que o preso seja conduzido à sua presença, bem como para o trancamento do inquérito policial, entre outros pontos.

Tal incompatibilidade é destacada também por Streck (2009), que afirma que o juiz de garantias é incompatível com o sistema acusatório, já que de ofício o mesmo pode determinar a condução do preso à sua presença, efetuar a prorrogação da prisão provisória ou mesmo determinar sua revogação, entre outros pontos.

A aplicação de um sistema puramente acusatório no Brasil constitui muito mais um ideal a perseguir do que uma regra clara a ser aplicada. O Código de Processo Penal, decretado em 1941, em pleno período autoritário, ainda que tenha sido alterado constantemente com o passar dos anos, possui resquícios intencionais do sistema inquisitório, sendo esta uma tradição negativa e persistente ainda em muitos códigos processuais da América Latina (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019).

Um exemplo atual desse comportamento é a manutenção da possibilidade de o juiz realizar provas *ex officio*, antes mesmo do início da ação penal, ou a aplicação da *emendatio libelli*, adotada em nosso Código Processual Penal, na qual o juiz, de ofício, pode modificar a classificação jurídica do delito. [...] A manutenção de um sistema inquisitório, mesmo que parcial, não colabora com a forma de Estado eleita pela Constituição Federal (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019, p. 5).

Diversos, portanto, são os pontos a serem discutidos no âmbito do direito processual penal, observando características que se referem à dinâmica do processo e a aspectos específicos, como a definição do modelo ora vigente. Desse modo, tem-se a pertinência da abordagem acerca de um ponto do Código de Processo Penal que pode atuar na descaracterização do modelo acusatório, representado por seu artigo 385, que determina que “nos crimes de ação pública,

o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada” (BRASIL, 1941). Tem-se, nesse sentido, um importante tema a ser discutido no contexto do Direito Processual Penal.

4 O ARTIGO 385 DO CPP: POSSÍVEIS INCONGRUÊNCIAS COM RELAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO

O Direito Penal parte do princípio de que para que a vida em sociedade se torne possível diante de padrões mínimos de harmonia, devem-se criar normas disciplinadoras que estabeleçam regras para o convívio entre seus componentes. Apesar das incertezas que decorrem dos obstáculos de diferentes ordens existentes na realidade jurídica brasileira, existe uma motivadora tendência à efetividade dos direitos e garantias previstas na Constituição de 1988. O apego aos Direitos Humanos, aliado à perseguição pela efetividade dos direitos e garantias individuais, orientado pelo pluralismo jurídico, pode constituir a transição que se espera (BITTENCOURT, 2015). Nesse contexto, é essencial a atenção aos preceitos éticos que se inserem nas etapas processuais, bem como a atenção aos componentes que se correlacionam à atuação do magistrado, compreendendo os limites tanto éticos quanto normativos.

4.1 O JUIZ NO ÂMBITO DO SISTEMA ACUSATÓRIO: LIMITES ÉTICOS E NORMATIVOS

A abordagem a respeito dos limites éticos entre o sistema constitucional e as leis, no âmbito do processo penal, tem como subsídio a compreensão a respeito dos sistemas processuais penais e sua relação com os direitos humanos. A ética passou a ter um interesse mais recente por parte da sociedade e a investigação sobre a influência dos fatores de ordem cultural e social nos comportamentos éticos e nos sistemas de valores dos gestores tem produzido pesquisas de considerável profundidade (ALMEIDA, 2007). A ética se relaciona à justiça social e, a discussão a esse respeito possui grande importância no Brasil, principalmente diante do histórico de lesões aos preceitos éticos e práticas eivadas

de vícios que caracterizam diversas esferas, principalmente no campo da política, que traz reflexos aos demais conceitos, como a ideia de persecução penal.

Machado (2010b) compreende a persecução penal, desde seu sentido etimológico, possui intrínseca a ideia de perseguição para a apuração do crime e para a punição do agente, sendo uma das atividades de maior gravidade exercidas pelo Estado em face dos indivíduos. Considera-se, inclusive, que a submissão do indivíduo à investigação criminal e ao processo penal, por si só, representa um transtorno à sua condição de dignidade.

O processo, sendo um meio de defesa social, deveria ter como missão a garantia da ordem pública, da paz social e da segurança, fazendo com que os que possuem uma visão conservadora acerca do processo estejam dispostos a sacrificar as liberdades individuais fundamentais, ainda que esta atitude possa representar o desrespeito ao núcleo ético do Estado Social ou do Estado Democrático de Direito (MACHADO, 2010).

Decorrem da presunção de inocência (ou estado de inocência) os princípios da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*) e da imunidade contra a autoacusação. Em caso de dúvida, avaliando-se o conjunto probatório, deve o magistrado absolver o acusado ou decidir qualquer questão em seu benefício. Pela consideração à inocência, ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, visto ser indigno que o Estado exija atitudes heroicas e inviáveis aos cidadãos (NUCCI, 2021).

Destaca-se que o processo pode ser afirmado como um diálogo entre o juiz e as partes, no qual o componente ético da justiça deve ser materializado. Conforme o artigo 6º do Código de Processo Civil, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015). Ressalta-se a importância da independência judicial:

A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária. [...] O magistrado deve evitar comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza (CNJ, 2008).

Nesse contexto, o Código de Ética Judicial descreve treze princípios de necessária observação por parte dos magistrados, sendo que entre eles encontra-se o princípio da independência, além da necessidade de abstenção quanto à atividade político-partidária, sob qualquer expressão. Acerca da imparcialidade, evidencia-se que cabe ao juiz o respeito ao direito das partes ao debate contraditório. Um ponto de imprescindível observação quanto ao Código de Ética Judicial é o fato de que “a responsabilidade ética do juiz exige-lhe não apenas ser, mas também parecer, independente, evitando situações que possam levantar suspeita no sentido contrário” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 12).

O exercício da magistratura no Brasil tem na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, e no Código de Ética Judicial as regras de conduta, por exemplo, determinando que o juiz deve manter conduta pública ou privada irrepreensível, não exercer ou a participar de comércio ou sociedades comerciais ou industriais, mesmo que em cargo técnico ou de direção e não manifestar-se sobre processos pendentes de julgamentos, bem como é vedado também emitir juízos depreciativos acerca de decisões judiciais de outros órgãos (FREITAS, 2006). Todavia, ainda que não tão frequentes, observam-se condutas que destoam do que é definido pela citada Lei Orgânica.

Acerca da ética na relação entre as partes e o juiz, pode ser verificada a existência de julgados nesse sentido, ainda que as causas de impedimento que permeiam essa relação sejam objetivamente definidas pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 254:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo (BRASIL, 1941).

Observa-se, no entanto, que existem obstáculos à comprovação sobre a lesão à ética determinada pelas leis, já que alguns preceitos podem ser relativizados diante da análise do caso concreto. Por exemplo, a conduta privada irrepreensível pode mostrar-se como algo extremamente subjetivo, o que abre espaço para o não cumprimento desse essencial preceito.

A amizade entre o juiz e um advogado da causa, por exemplo, ou mesmo a inimizade, resulta na presunção objetiva de que esse magistrado pode deixar-se influenciar positivamente ou negativamente, o que de todo modo traz prejuízo a uma das partes e ao Direito (TUCCI, 2015).

A aplicação do direito, inclusive, é separada da realidade política, dos efeitos produzidos no meio social e das expectativas e sentimentos dos cidadãos. Soma-se a estas situações o fato de que os juízes não são desprovidos de memória e desejos, ou libertados de seu próprio inconsciente ou ideologia. Assim, sua subjetividade pode interferir nos juízos de valor por ele formulados (TASSINARI, 2021).

Outro aspecto relevante que se refere à atuação do magistrado trata-se da dissonância cognitiva, compreendendo que esta pode representar o reconhecimento posterior a respeito da inadequação da decisão tomada ao caso concreto. Nesse sentido, observa-se que:

[...] se o juiz, na fase investigativa, entendendo presentes os pressupostos (prova da materialidade delitiva e indícios de autoria) e um dos fundamentos da prisão preventiva, como a necessidade de garantir a ordem pública, vem a decretar a custódia preventiva de um acusado, tende a sentir algum desconforto ou angústia para depois admitir que a conduta era atípica ou que os indícios que justificaram a prisão por razoável período são frágeis e não permitem a condenação. Numa outra hipótese, o magistrado que deferiu pleitos de interceptação telefônica e de prorrogação dessas escutas se mostra mais propenso a receber a denúncia atinente aos fatos investigados. Se admitiu o emprego de referida medida mais invasiva de apuração, é difícil ele não reputar presentes elementos bastantes para o início da ação penal. Do mesmo modo, o juiz que rejeitou pedidos de quebras de sigilo (bancário e fiscal) tende a ser mais rigoroso no exame da admissibilidade da peça acusatória (ANDRADE, 2019 p. 1660- 1161).

A dissonância cognitiva indica, entre outros pontos, que existe uma dificuldade tanto maior de afastar uma convicção, ainda que equivocada, no caso em que o compromisso com a defesa desta ideia seja mais significativo. O comprometimento do juiz com a imparcialidade não se mostra como impedimento à dissonância cognitiva, já que ela se refere a um elemento involuntário. Assim, passa-se ao entendimento de que o convencimento do juiz deve, entre outros aspectos, pautar-se no conjunto probatório existente.

A prova, conforme Marinoni e Mitidiero (2011), é um meio retórico, pautado na legislação que busca o convencimento do Estado sobre a validade das proposições controversas no processo, verificando os critérios racionais e os parâmetros determinados pelo direito. Logo, a prova representa o meio essencial de se demonstrar a validade ou não das proposições de cunho processual, sendo imprescindíveis para a efetivação do direito e da justiça.

Pereira (2022) afirma que apenas são reais as provas que decorrem de coisas, quando sejam estas diretamente averiguadas pelo juiz julgador ou pela autoridade investigante a quem interessa conhecer e concluir sobre os fatos preliminarmente; e são pessoais as provas que decorrem de pessoas, sendo por estas intermediadas o conhecimento em relação ao julgador ou investigador.

Brito, Fabretti e Lima (2019) afirmam que um dos principais preceitos garantistas refere-se ao acesso à justiça, que nos séculos XVIII e XIX tinha um caráter meramente formal, não sendo dotado de efetividade. A procura por meios jurídicos específicos que pudessem garantir ao cidadão um real acesso à justiça somente ocorrera diante da reação dos indivíduos às estruturas políticas dos Estados. Percebeu-se que não bastava que o ordenamento jurídico contivesse instrumentos formais para que o cidadão acionasse o poder jurisdicional do Estado, pois o que de fato assegura o acesso à justiça é como esse ordenamento materialmente se instrumentaliza, para tornar efetiva a medida prevista.

Conforme Brito, Fabretti e Lima (2019), em um Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça deve ser entendido como a possibilidade conferida ao cidadão de obter uma prestação jurisdicional do Estado sempre que isso for necessário para preservar o seu direito. Essa prestação jurisdicional deve ser realizada de modo imparcial, por um magistrado, política, econômica e moralmente independente, devendo ser também rápida e eficaz.

4.2 ANÁLISE DO ARTIGO 385 DO CPP

O artigo 385 do CPP mostra-se como importante objeto de análise, compreendendo que uma leitura preliminar de seu texto sugere a possibilidade de caracterização a respeito de sua inconstitucionalidade, bem como de sua não convergência ao sistema acusatório. A observação, *a priori*, pauta-se pela observação de Vargas e Nascimento (2010), que afirmam o descrédito entre as instituições, onde a falta de confiança é algo comum nas relações que fundamentam sua necessária atuação. Soma-se a esta resistência, enquanto dificuldade para o bom funcionamento da justiça, a observação negativa também quanto ao judiciário que, hierarquicamente, pode produzir verdades que superem àquelas identificadas por uma observação inicial.

Nesse sentido, é necessário que as leis, em sua totalidade, possam representar elementos que possam subsidiar a ação da justiça, por meio de definições e determinações que favoreçam a segurança jurídica. Do mesmo modo, as decisões judiciais carecem de fundamentos consistentes e um exemplo nesse sentido trata-se da vedação às decisões caracterizadas pela surpresa, ao arrepio do princípio do contraditório e da ampla defesa. Essa vedação é observada também no direito comparado:

O princípio do contraditório nos países estrangeiros, [...] possui como conteúdo a vedação de decisão surpresa. Esse direito de as partes não serem surpreendidas por decisões judiciais que contenham questões de fato ou de direito que não tenham sido previamente oportunizadas ao debate, juntamente com os direitos de influir na formação do convencimento do juiz e no conteúdo das decisões judiciais e de as partes terem seus argumentos considerados, compõem os novos conteúdos do princípio do contraditório, constituindo os seus aspectos substanciais (SANTOS, 2018, p. 91).

Conforme Souza (2014), a decisão surpresa tem como fundamento uma matéria de fato ou de direito que não tenha sido previamente oportunizada, em nenhum momento processual, a manifestação dos sujeitos processuais a seu respeito, incluindo as matérias que podem ser conhecidas de ofício.

Conforme Canotilho (2003), existem motivos essenciais para que seja exigida a fundamentação para as decisões judiciais. Um deles é a necessidade de se viabilizar o controle da atividade judicial no desenvolvimento do processo e nas decisões judiciais. A fundamentação das decisões judiciais possibilita a melhor estruturação de eventuais recursos passíveis de interposição.

Esta fundamentação da decisão judicial permite às partes a demonstração mais precisa e rigorosa dos vícios da decisão recorrida, considerando que a dialeticidade recursal defende a necessidade de o recorrente fundamentar o seu arrazoado de maneira que efetivamente ataque o pronunciamento judicial impugnado, e que este não se limite a repetir a matéria alegada na inicial ou na

contestação. Além disso, essa fundamentação possibilita a exclusão de decisões tomadas de modo voluntário e subjetiva pelo magistrado em sua atividade jurisdicional, e, desse modo, impondo a racionalidade e a coerência argumentativa aos juízes (CANOTILHO, 2003).

Nesse sentido, Souza (2014) afirma que a decisão surpresa é resultado da inobservância do princípio do contraditório, sendo passível de caracterizar o cerceamento de defesa e, desse modo, a declaração de nulidade dos atos processuais que não puderem ser aproveitados ou do processo.

A surpresa atua como limitação à defesa, produzindo desequilíbrio entre as partes, podendo ter finalidade antiética e contribuir para que o processo penal seja empregado como instrumento de pressão e constrangimento. Diante da surpresa, mostram-se elevadas as possibilidades de que possa prosperar uma acusação infundada. O processo penal apresenta um custo muito alto para o sujeito passivo e não se pode permitir que ele tenha sua origem totalmente em uma surpresa, desprovida da oitiva prévia da outra parte (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014).

Ressalta-se que no modelo acusatório de processo penal, expresso pela Lei nº 13.964/19, que define 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” (Brasil, 2019), sugere-se que o magistrado não deve ser autorizado a proferir sentença condenatória diante de pedido eventual de absolvição formulado pelo Ministério Público. Verifica-se, todavia, que o artigo 385 do CPP indica que:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada (BRASIL, 1941).

Conforme Avena (2019), “evidentemente, tal faculdade estende-se às atenuantes, mesmo que não tenham sido alegadas pela defesa técnica no curso do processo. Além disso, é reconhecida nos crimes de ação penal pública e também nos delitos de ação penal privada.

A discussão acerca da possível inconstitucionalidade do artigo citado incorpora diversos aspectos, mormente relacionados às características do modelo acusatório. No entanto, o julgamento do Habeas Corpus 623.598/PR, a relatora ministra Laurita Vaz, determinou a constitucionalidade do artigo 385 do CPP, concluindo que a manifestação do Ministério Público pela absolvição não pode ser um impedimento para que a Justiça possa condenar o réu. Conforme a relatora:

O fato de o Parquet manifestar-se pela absolvição do Acusado, como *custus legis*, em alegações finais ou em contrarrazões recursais, não vincula o órgão julgador, cujo mister jurisdicional funda-se no princípio do livre convencimento motivado, conforme interpretação sistemática dos arts. 155, caput, e 385, ambos do Código de Processo Penal. Ante o exposto, indefiro o pedido liminar (HC 623.598/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 29/10/2020, publicado em 12/11/2020).

Tal entendimento também ocorreu no julgado cuja ementa encontra-se indicada a seguir:

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 art. 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 princípio do 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 mesmo oposta - do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado (REsp 1521239/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/3/2017, DJe de 16/3/2017).

Do mesmo modo, o julgado cujo fragmento encontra-se a seguir, indica a recepção do STJ à constitucionalidade do artigo 385 do CPP.

(...) PEDIDO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA NAS ALEGAÇÕES FINAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 385 DO CPP. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. QUALIFICADORA DO PARÁGRAFO 1º, INCISO I, DO ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL. LAUDO COMPLEMENTAR INCONCLUSIVO. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. REVISÃO DO ACERVO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL COMPLEMENTAR EXTEMPORÂNEO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. (...) 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 (STJ - HC: 350708 SC 2016/0058616-8, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 19/04/2016).

O que se verifica, a partir dos julgados indicados, é que o posicionamento do juiz, diante do entendimento contrário por parte do Ministério Público, justificado pela discricionariedade e o livre convencimento, indica um acúmulo

de poder processual que atua de modo contrário ao sistema acusatório, aproximando-se de um processo eminentemente autoritário.

Nucci (2014) compreende que o artigo 385 do CPP é constitucional, diante da independência que o magistrado possui para julgar, podendo condenar ou absolver independentemente das considerações do Ministério Público. Conforme o autor, a ação penal pública tem como fundamentos a obrigatoriedade, indisponibilidade e impulso oficial, o que faz com que o juiz se obrigue a dar sentença de mérito e, sendo necessário, realizar a condução do feito depois do recebimento da inicial. Diferentemente da ação privada, fundamentada no princípio da oportunidade, ocorrerá extinção da punibilidade para o réu caso não ocorra a requisição, em alegações finais, da sua condenação.

Importa compreender também que o princípio da indisponibilidade da ação penal, definida pelos artigos 42 e 576 do CPP, determina que o Ministério Público não possui o poder de desistir de um recurso por ele interposto ou de uma ação por ele intentada. A exceção é indicada apenas pela suspensão condicional do processo.

Conforme Prado (2006), verifica-se a nulidade da sentença condenatória proferida diante da absolvição solicitada pela acusação, considerando que o fundamento desta nulidade é a violação do contraditório.

Não se ignora, por certo, que a legitimação exclusiva conferida ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 chegou a levar alguns doutrinadores a cogitar da não recepção do art. 385 pela *Lex Fundamentallis*. Todavia, tal entendimento jamais espelhou a posição majoritária, sempre se considerando que, pelo princípio do livre convencimento, o fato de o promotor ter pedido a absolvição do réu na fase de sua manifestação final do processo não vincula o magistrado (AVENA, 2019, p. 1223).

Conforme Avena (2019), quando se tratar de crime de ação penal privada exclusiva, é inaplicável a regra do art. 385 do CPP. É que nesta modalidade de processo criminal, o princípio vigorante é o da disponibilidade, podendo o

querelante dele desistir caso não mais tenha interesse na punição do querelado. Assim, sobrevindo de parte do querelante pedido de absolvição, este deverá ser interpretado pelo juízo como desistência da ação penal, o que o impede de prosseguir o feito com a prolação de sentença condenatória.

Além disso, a simples ausência de pedido de condenação na fase de debates orais, memoriais ou alegações finais já é suficiente, por si, para que o magistrado criminal esteja obrigado a proceder à extinção da punibilidade do réu mediante reconhecimento da perempção, nos exatos termos do art. 60, III, do CPP (AVENA, 2019).

Desse modo, importa compreender a afirmação de Lopes Júnior (2008), que considera que, conforme a doutrina majoritária, o sistema processual penal brasileiro seria misto, já que na fase pré-processual, predomina o modelo inquisitório, mas no curso da relação jurídica processual, passa a prevalecer o modelo acusatório. O autor destaca que o Código de Processo Penal Brasileiro tem uma característica inquisitória, considerando, entre outros pontos, o fato de que é facultado ao juiz penal a condição de ordenar, de ofício, a produção probatória, conforme previsto no artigo 156. As determinações contidas no artigo 385 do CPP se aproximam do sistema inquisitório tanto quanto o faz a instituição do juiz de garantias, citado no presente trabalho.

Avena (2019) considera que o Ministério Público tem como objeto, nos crimes de ação penal pública, a solicitação, perante o Estado-juiz das providências exigidas para a concretização da pretensão punitiva. Nos delitos de ação penal privada, a atribuição trata-se da fiscalização acerca da instauração e do desenvolvimento regulares do processo, além do cumprimento e a aplicação da lei ao caso concreto. Tem-se, desse modo, o papel do Ministério Público como Estado-Administração. Esse entendimento encontra-se intrínseco à compreensão acerca da inconstitucionalidade do artigo 385 do CPP, indicada no julgado a seguir:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EMBUTIDO NOS AUTOS E NÃO APRECIADO. JULGAMENTO CONJUNTO COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CORRELAÇÃO. PENA. 1. Ajuizado o recurso em sentido estrito para impugnar a decisão que não recebeu a apelação, este é de ser apreciado, conjuntamente com a apelação, na medida em que os dois recursos tramitaram regularmente. Apelação recebida, conhecida e provida. 2. A fundamentação do Estado de Direito sob o pilar da dignidade da pessoa humana produz importantes efeitos jurídicos, inclusive no âmbito criminal, material e instrumental. Extrai-se, daí, a fundamentação do princípio acusatório, a exigir a separação das atividades de acusar e julgar no processo penal, de forma a viabilizar que o juiz atue com a imparcialidade necessária à garantia dos direitos e liberdades individuais. É consequência do princípio acusatório a atribuição exclusiva do Ministério Público para a propositura da ação penal pública, competindo ao juiz o julgamento nos exatos limites da acusação, considerada essa tal como definida em alegações finais, e não apenas na denúncia. Assim, a prolação de sentença condenatória quando o Ministério Público postula decisão absolutória em alegações finais, viola o princípio da correlação entre acusação e sentença. Além do mais, no caso dos autos, é nítida a insuficiência probatória em relação aos acusados W.M.S. e E.T.S. 3. Devidamente comprovadas a existência do fato e a autoria delitivas em relação ao réu S.S.R., bem como a suficiência probatória, impõe-se o juízo condenatório, com o reconhecimento da majorante do concurso de pessoas, pois comprovada a participação de outros agentes na empreitada delituosa. Recurso em sentido estrito, contido nos autos, apreciado e provido. Recursos da acusação e do réu S.S.R. parcialmente providos. Recurso do réu E.T.S. provido. (Apelação Crime nº 70026746511, 6ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 07/05/2009).

Ressalta-se que a atuação do Parquet não se limita ao pleito condenatório, considerando que “ajuizando a ação penal, caso venha a convencer-se da inocência do réu ou, simplesmente, não se convença de sua responsabilidade criminal pelo fato imputado, poderá requerer ao magistrado a sua absolvição” (AVENA, 2019, p. 104). Essa requisição, no entanto, pode restar frustrada diante a decisão contrária do magistrado, cuja possibilidade encontra-se indicada no artigo 385 do CPP.

Observa-se também que o artigo em análise reconhece que o juiz pode reconhecer agravantes na sentença, mesmo que nenhuma tenha sido alegada, ou seja, ainda que não se tenha feito referência à agravante na denúncia, o juiz pode reconhecer de ofício essa condição. O Ministério Público, ainda que seja autor da ação penal, ocupa posição de parte imparcial, se sua função o direcionamento das providências necessárias à responsabilização penal do acusado e requerer, se for o caso, a sua absolvição (AVENA, 2019).

A independência funcional do magistrado é alegada como justificativa à constitucionalidade do artigo 385 do CPP, ainda que as determinações contidas no artigo citado não se sustentem diante do sistema acusatório indicado de forma implícita pela Constituição Federal. A consideração acerca da inconstitucionalidade deste artigo é feita por Prado (2006), que afirma que o Ministério Público é o titular da ação penal, representado por sua dedução em juízo, não sendo passível de desistência diante do princípio da Obrigatoriedade. No entanto, ao pedir pela absolvição, mesmo que não desista da ação penal, determina-se o fim da acusação, que é a imputação de infração penal para buscar a persecução e condenação. Diante do impedimento de que ocorra a acusação por parte do juiz, pois estaria prejudicando o sistema acusatório, não pode julgar culpado quem que foi declarado inocente por seu acusador.

Rangel (2013) também considera que a investigação da prova sem conformidade com o que o autor apresenta e espera indica a destruição da imparcialidade, o que define a inconstitucionalidade do artigo 385 do CPP.

Lopes Júnior (2014) compreende que o pedido de absolvição por parte do Ministério Público faz com que seja subtraída a pretensão acusatória que caracteriza o processo penal. Este pedido deve conduzir ao arquivamento do feito ou absolvição do réu, conforme a fase em que se encontrar o processo, considerando que a perda do objeto retira a sustentação do processo.

A Constituição Federal de 1988 define que as atribuições do Ministério Público são representadas pela “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988). Ante a abordagem indicada no presente trabalho, tem-se a consideração de que o artigo 385 do CPP representa a lesão à defesa dos interesses tanto sociais quanto individuais, o que sugere sua inconstitucionalidade.

Conforme Prado (2006), a atenção ao que é definido pelo artigo 385 faz com que seja prejudicado o próprio contraditório, inexistente nesse caso, bem como o diálogo, considerando que as duas partes que deveriam ser antagônicas se tornam uniformes e se abdica da construção de tese e da antítese.

Lopes Júnior (2014), inclusive, indica que o reconhecimento por parte do juiz de agravantes que não tenham sido reconhecidas pelo Ministério Público ocorre de modo inconstitucional, já que não há invocação ou exercício da pretensão acusatória, ocorrendo apenas o exercício do poder punitivo.

Capez (2022) afirma que, sendo agravante de natureza objetiva, isto é, relativa aos fatos, torna-se imprescindível que ela esteja descrita, mesmo que de forma implícita, na denúncia ou queixa subsidiária, ou pode ensejar a quebra do princípio da correlação. Observa-se o posicionamento doutrinário no sentido contrário, que considera que, sendo o Ministério Público titular da ação penal pública, em tese, o juiz não pode condenar quando a parte requerer a absolvição, sendo esta seria a motivação para a alteração promovida pelo Pacote Anticrime no que diz respeito ao arquivamento do inquérito policial sem a necessidade de homologação por juiz.

Nesse aspecto, discute-se que a liberdade que deve caracterizar o trabalho do Ministério Público e sua autonomia, prejudicada a partir das determinações do artigo 385 do CPP. O modelo acusatório, de nenhum modo, converge com tal preceito, observando que nele, espera-se que o Parquet possua:

[...] 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, espaiada 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 (COUTINHO, 2010, p. 16).

O que se verifica, nesse sentido, é que mesmo existindo correntes favoráveis à constitucionalidade do artigo 385 do CPP, a vertente que se mostra contrária encontra diversos argumentos para essa recusa e, diante do exposto a partir das considerações indicadas na doutrina, estas considerações indicam sua pertinência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que as políticas públicas utilizadas no enfrentamento ao crime e à violência nem sempre agem de forma a inibir ou reduzir as práticas nesse aspecto, mas contribuem para o combate à violência por meio da injustiça, já que os meios de coação nem sempre se caracterizam pelo respeito aos direitos básicos, inclusive caracterizados como fundamentais e considerados no bojo de um dos princípios basilares da Constituição, que é a dignidade da pessoa humana.

Em comum, as penas têm o fato de exigirem a observação de iguais princípios e garantias constitucionais, que são a dignidade da pessoa humana, a legalidade, a proporcionalidade e a intervenção mínima, entre outros.

Pode-se constatar, diante da análise das características do sistema acusatório, que o poder punitivo estatal tem como requisito a existência de um pleito acusatório, que apresenta, nas ações penais públicas, uma titularidade exclusiva e que é do Ministério Público. O juiz não se caracteriza, na função acusatória, como suplente do Ministério Público, o que faz com que a decisão condenatória diante da absolvição indicada pelo Parquet possa ser reconhecida como contrária ao *modus operandi* do sistema acusatório.

Entre outros aspectos, ressalta-se que a norma superior confere validade à inferior, não sendo aceita a contradição, sob pena de nulidade e invalidez. Diante dessa afirmação, mostra-se evidente que o CPP requer a submissão ao filtro constitucional para que seus efeitos sejam reconhecidos.

O princípio acusatório ora vigente, portanto, não se mostra receptivo ao artigo 385 do CPP, diante de sua proximidade com a modalidade inquisitorial, pautada pela validação das decisões do magistrado ainda que estas ocorram ao arripio da Carta Magna e desconsiderando as atribuições constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público.

Ressalta-se, no entanto, que diante da complexidade do assunto e das diferentes abordagens doutrinárias, bem como a partir da consideração acerca da não uniformidade dos julgados dos tribunais brasileiros quanto ao reconhecimento da constitucionalidade do artigo em estudo, não se pode considerar que o tema esteja pacificado. Desse modo, sugere-se a realização de novas pesquisas a respeito do assunto. Espera-se que o presente trabalho possa contribuir para o entendimento do assunto e para complementar abordagens de outras pesquisas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. Teoria dos direitos subjetivos e o problema da positivação dos direitos humanos como fundamentos da legalidade constitucional. In: BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.; ADEODATO, J. M. **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALMEIDA, M. A. **Percepção de Gestores e Técnicos sobre o processo de Gestão por Competências em Organizações no Brasil**. Dissertação mestrado em Administração. Universidade de Brasília. Brasília, 2007.

ANDRADE, F. S. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 3, p. 1651–1677, 2019.

ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luís. **Código Ibero-Americano de Ética Judicial**. Brasília, 2008. Disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/internacional/codigoiberoamericanoeticajudicial_pt.pdf. Acesso em 03 jan. 2023.

AVENA, N. **Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2019.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRANDÃO, C. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Sequência** (Florianópolis), n. 68, p. 59-89, jun. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 08 jan. 2023.

BRASIL. Lei n° 13.105. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 03 jan. 2023.

BRASIL. Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em 04 jan. 2023.

BRITO, A. C.; FABRETTI, H. B.; LIMA, M. A. F. **Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2019.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2022.

CNJ. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Conselho Nacional de Justiça. 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_STF_codigo.pdf. Acesso em 04 jan. 2023.

COUTINHO, A. R.; BALESTRA, O. S. O Princípio da Legalidade e o Direito do Trabalho. In: BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.; ADEODATO, J. M. **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COUTINHO, J. N. M. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, J. N. M. 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.

DINAMARCO, C. R. **O princípio do contraditório e sua dupla destinação**. Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: Malheiros, 2009.

GIACOMOLLI, N. J. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: 2016.

GOMES FILHO, A. M. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, F. L.; MORAES, M. Z. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

JOLOWICZ, J. A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 372, p. 135-147, 2004.

KLEIN, J. **A relação entre ética e direito na filosofia política de Kant.** Manuscrito – Rev. Int. Fil., Campinas, v. 37, n. 1, p. 165 – 221, jan.-jun. 2014.

LOPES JÚNIOR, A. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal.** 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, A.; GLOECKNER, R. J. **Investigação preliminar no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, A. A. Processo penal e direitos humanos. In: MACHADO, Antônio A. **Teoria Geral do Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, A. A. Justa-causa e perspectiva ético-política da persecução penal. In: MACHADO, Antônio A. **Teoria Geral do Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2010b.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Código de processo civil comentado.** São Paulo: RT, 2011.

MISSE, M. A construção social do crime no Brasil: Esboços de uma interpretação. In: MISSE, M. **Acusados e Acusadores:** Estudos sobre ofensas, acusações e incriminações Rio de Janeiro: REVA/ FAPERJ, 2008.

MOREIRA, R. A. **A regulamentação do uso das algemas na execução penal.** 2016. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/388476656/a-regulamentacao-do-uso-das-algemas-na-execucao-penal>. Acesso em 22 dez. 2022.

NÓBREGA, A. O. **Teoria do delito e princípio da insignificância.** Migalhas. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/277175/teoria-do-delito-e-principio-da-insignificancia>. Acesso em 02 jan. 2023.

NUCCI, G. S. **Processo penal e execução penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, G. S. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, D. J. C. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEÑA, E. C. S. **Poderes e atribuições do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, E. S. **Teoria da investigação criminal**. São Paulo: Almedina, 2022.

PIEIDADE, A. S. G.; GOMES, A. C. D. P. A. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Método, 2022.

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

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

ROIG, R. D. E. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, W. Q. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVEIRA, M. C. Reflexões acerca do Princípio do Juiz Natural. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 18, 2000.

SOUZA, A. P. **A vedação das decisões-surpresa no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA NETTO, J. L.; FOGAÇA, A. R.; GARCEL, A. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, 2020.

STEFFENS, A. F.; MARCO, C. M. Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema carcerário brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 34, p. 28-44, jan./abr. 2018.

STJ. **Princípio do juiz natural, uma garantia de imparcialidade**. Superior Tribunal de Justiça. 2020. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Principio-do-juiz-natural--uma-garantia-de-imparcialidade.aspx>. Acesso em 20 jan. 2022.

STRECK, L. L. Novo Código de Processo Penal – o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009.

TASSINARI, C. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da Atuação do Judiciário. São Paulo: Livraria do Advogado, 2021.

VARGAS, J. D.; NASCIMENTO, L. F. Z. **Uma abordagem Empírica do Inquérito Policial**: O caso de Belo Horizonte. *In*: Michel Misse (org.), O Inquérito Policial no Brasil - Uma Pesquisa Empírica. Rio de Janeiro: Booklink/FENAPEF/NECVU, 2010.

VENOSA, S. S. Justiça, Direito e Moralidade: **Nossa Crise Moral**. *In*: Introdução ao estudo do Direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.