

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VICTORIA MATTEDI BARROS

**A (NÃO) RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 385
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

**VITÓRIA
2019**

VICTORIA MATTEDI BARROS

**A (NÃO) RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 385
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória
– FDV, como requisito parcial para a obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Raphael Boldt de
Carvalho

VITÓRIA

2019

VICTORIA MATTEDI BARROS

**A (NÃO) RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 385
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em:

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Examinador
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro, ou seja, se este foi ou não recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adequando-se, assim, aos seus preceitos. Tal discussão perpassará pela problemática acerca dos sistemas processuais penais inquisitivo e acusatório, suas principais características e, portanto, qual destes é consagrado pela Carta Magna. Ainda, analisará os papéis do Ministério Público e do magistrado no curso da instrução processual penal tangenciando a questão dos sistemas processuais penais. Por último, analisará a compatibilidade do Código de Processo Penal em relação à Constituição de 1988, mais detidamente a recepção do artigo 385, CPP.

Palavras- chave: Sistemas Processuais Penais. Recepção Constitucional. Artigo 385, Código de Processo Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	10
1.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITIVO	10
1.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO	13
1.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO	16
1.4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL PREVALECENTE NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	20
2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O MAGISTRADO NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL	26
2.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO	26
2.2 O MAGISTRADO	29
3 ANÁLISE DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	36
3.1 RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 385, CPP	36
3.2 PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO PARA O ARTIGO 385, CPP	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende responder, tendo como base teórica o garantismo penal, se a aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal¹, ou seja, se a possibilidade dada ao juiz de negar o pedido de absolvição do Ministério Público e de reconhecer a incidência de agravantes que não foram suscitadas no curso processual, seguem os ditames da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988², ou seja, se o referido artigo foi ou não recepcionado constitucionalmente.

O método científico que será utilizado para tal é o dialético. Este método pressupõe que sejam confrontados pontos opostos sobre o mesmo objeto, para que nasça uma nova interpretação, de acordo com Mezzaroba e Monteiro³.

No caso serão contrapostas as características dos dois sistemas processuais penais quais sejam, o inquisitivo e o acusatório, para que seja possível a identificação do sistema processual penal emanado pela Constituição Federal de 1988 e, posterior e averiguação da compatibilidade deste com o artigo 385 do Código de Processo Penal.

É essencial trazer à luz o presente tema e promover este diálogo, em razão deste ser extremamente controverso por tratar-se de uma discussão que envolve funções e objetivos de cada ator dentro do processo penal e, além disso, carregar consigo a capacidade de minar as garantias orgânicas do acusado no curso do processo penal.

Expõe Maier⁴, em sua obra “Derecho procesal penal – fundamentos”, onde reserva um capítulo para elucidar o Direito como fato cultural, que as mudanças sofridas pelo Direito Penal e pelo Processual Penal afetariam mais intensamente a

¹ **Código de Processo Penal**. decreto lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 out 2018.

² **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. 6. ed. atual. até 31.01.2005. São Paulo: RT, 2005.

³ MEZZAROBA, Ourides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 72.

⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal – fundamentos**. 2.ed. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 1996. p. 259.

população, vez que atinge de forma direta a liberdade natural do homem, é sentido “à flor da pele”, diferente dos outros ramos jurídicos.

É, pois, de suma importância a identificação da escolha de política criminal adotada pelos Estados Soberanos, onde se encontra a relação com o estudo dos sistemas processuais penais e suas origens.

Muitos autores entendem não haver sistemas processuais penais puros, trabalham com um juízo de predominância e de similitude. Em prol da aplicabilidade deste pensamento é imprescindível que se tenha em mente o conceito de “tipos ideais” de Weber⁵: “refere-se à construção de certos elementos da realidade numa concepção logicamente precisa”.

Importante esclarecer, que como versado por Jacinto Coutinho⁶, norteador por ideias kantianas, todas as ciências e teorias pautam-se em uma “representação da coisa”, em um núcleo informador, que substitui a palavra “verdade”, em vista da carga axiológica que esta carrega, por ser entendida como inalcançável. Estes serão, então, caracterizadores e essenciais na eleição de qual sistema processual penal prevalece em determinado sistema judicial.

Sob esta óptica, é basilar que se entenda os sistemas inquisitivo e acusatório como tipos ideais, que são, resumidamente, parâmetros abstratos sem identificação na realidade fática, tratam-se, pois, de conceitos gerais que viabilizam comparações na seara sociológica.

Neste sentido, Luigi Ferrajoli⁷, entende por guardar certa importância a presente distinção de sistemas, visto que, segundo o autor, promoveria a identificação da organização judicial, da figura de juiz, dos métodos de averiguação judicial e, então, o tipo de juízo.

⁵ WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, 1982. p. 78.

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009. p. 108.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 564.

Inicialmente, portanto, no primeiro capítulo, haverá a contextualização da pesquisa. Sendo assim, a problemática permeará os sistemas processuais penais, quais sejam o inquisitivo, o acusatório e o misto (que carrega divergências acerca de sua existência), os quais marcadamente consolidaram-se na história, esta será brevemente abordada e explicitada, em seguida, serão expostas as principais características de cada um destes. No final analisar-se-á qual dos sistemas processuais penais expostos emana dos preceitos presentes na Constituição de 1988 e, conseqüentemente, deve ser efetivado pelo Código de Processo Penal.

Nesta toada, no segundo capítulo serão questionadas quais são as funções das figuras processuais do julgador e do acusador dentro do processo penal constitucional. Promove-se, então, a discussão acerca da imparcialidade de ambos, e principalmente a do juiz, a qual se cuida de garantia constitucional. No que tange ao Ministério Público, há divergência, resumidamente, há o posicionamento de que deve ser imparcial por sua função constitucional de *custus iuris* e há o de que, por perseguir a condenação e pela dialeticidade do processo penal, deve ser parcial.

Tal ponto, provoca o debate, no mesmo capítulo, acerca do próprio Código de Processo Penal e se seus dispositivos operacionalizam efetivamente tal imparcialidade, assim, se esta garantia é assegurada pelo atual diploma legal de processo penal. Sendo, assim, resta necessária a análise acerca da divisão de funções de julgar e de acusar e da possibilidade de produção de provas pelo magistrado, o que acarreta o questionamento à respeito do princípio informador do sistema processual penal acusatório.

Já no terceiro capítulo, será feita, de fato, a análise restrita acerca da recepção constitucional artigo 385 do Código de Processo Penal. Será, pois, apontada a cisão doutrinária existente acerca do tema, ainda, conseqüentemente seus argumentos serão contrapostos, será explicitada, também, a posição jurisprudencial.

Há o entendimento pela recepção constitucional do artigo, sob a justificativa, suscintamente, de que o juiz não deve estar vinculado estritamente ao Ministério Público, por conta do Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal, e, ademais, pela primazia a busca da verdade real, independentemente da posição tomada pela

acusação, característica esta que, como será exposto, nasce com o sistema processual penal inquisitivo.

Será analisado e sustentado também neste capítulo, o posicionamento pela não recepção constitucional do referido artigo. Isso, pois, o sistema acusatório define funções para cada ator processual, sendo a do Ministério Público, predominantemente, a de acusar e a do juiz, predominantemente, a de julgar, além de assegurar garantias como o contraditório, imparcialidade do julgador, devido processo legal, e, assim, a aplicação do artigo 385, CPP, tal qual esta posto, lesionaria tais garantias orgânicas.

Por fim, será proposta uma nova redação para o referido artigo que seja mais adequada aos preceitos cidadãos da Constituição Federal de 1988 e que não lesione frontalmente garantias orgânicas do acusado. Prezando, pois, pelo devido processo penal constitucional.

Por fim, a pergunta que será respondida nos moldes expostos acima é: o artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988?

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITIVO

O sistema processual penal inquisitivo teve seu auge no período da Inquisição da Igreja Católica, todavia, seu início é marcado no século XII e perdurou até o século XIV. De acordo com Aury Lopes Jr.⁸, essa transição foi provocada pela inércia dos particulares em instruírem o processo penal.

Ainda de acordo com o autor, a substituição do sistema acusatório (antes do século XII) para o inquisitivo foi inaugurada pela possibilidade de uma acusação de ofício em caso de flagrante delito, gradualmente foram acumulando-se poderes ao magistrado que antes do século XII pertenciam somente ao acusador privado e a possibilidade de instauração de processo judicial de ofício estendeu-se a todos os delitos. Tem-se, pois, que este sistema processual penal é regido pelo Princípio Inquisitivo, ou seja, atuação *ex officio*.

Como este modelo floresceu na Inquisição, período histórico no qual também prevalecia o sistema político absolutista, era natural que houvesse centralização do poder do Estado, principalmente do poder punitivo, vez que era onde apoiava-se a submissão dos súditos.

Dessa forma, aquele que figurava como magistrado condensava em sua própria figura as funções de julgador e acusador, detinha, portanto, em si liberalidade na produção probatória, ou seja, na instrução processual, uma vez que a investigação e todo o andamento processual eram promovidos unilateralmente pelo juiz.

Necessário pontuar, ainda, como característica do sistema processual penal inquisitivo, segundo Ferrajoli⁹, a obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação penal,

⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 111 e 112.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 561/563.

princípios estes que são, hoje, basilares da instituição Ministério Público, previstos constitucionalmente.

Entende, ainda, Ferrajoli que a inderrogabilidade e indeclinabilidade da ação e do juízo consubstanciam-se na necessidade de oferecimento de uma resposta, ou seja, de uma imposição de pena pelo Estado, todavia, ressalva que a primeira ideia que se deve abandonar é a de perfeição e plenitude da intervenção judicial.

Já o réu era apenas objeto processual, não sujeito de direito, inexistindo, pois, neste sistema os princípios do contraditório e ampla defesa. De acordo com Gustavo Henrique Badaró¹⁰, este modelo “é incompatível com o Estado Democrático de Direito”.

Tem-se no sistema processual penal inquisitivo a busca pela verdade real ou material, romanticamente conceituada como aquela que transcende os autos e que *realmente* ocorreu no mundo fático, trata-se de uma perfeita compatibilidade com a realidade. Tal verdade, contudo, é inalcançável; ocorre a superestima das faculdades de cognição e dos sentidos do ser humano, há, pois, a falsa crença que o ser humano pode atingir a veracidade de um fato histórico passado do qual não participou¹¹.

A verdade real é, assim, detida apenas e somente pelas partes no momento de ocorrência do fato. Desta feita, o magistrado, o advogado, tampouco, o promotor jamais a atingirão.

Essa busca irreal por uma verdade inatingível legitima o sistema processual penal inquisitivo ao tratamento do acusado como mero objeto de obtenção de respostas e legitima meios de obtenção de provas que ferem garantias orgânicas, como a garantia a integridade corpórea por intermédio da aplicação da tortura.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 96.

¹¹ WEDY, Miguel T.; LINHARES, Raul M. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 119. ano.24. Mar./Abr. 2016. p. 201-240.

Zaffaroni¹² afirma que a partir da cooptação do conflito pelo Estado e do surgimento do poder de punir, nasceu com o *inquisitio* o novo *modus operandi* pela busca a verdade; quem queria a conhecer questionava o objeto da verdade (acusado) e se este se negasse a esclarecer qualquer fato seria infligido por castigos físicos – torturado – não se acreditava na possibilidade de erro pelo inquisidor, por este estar revestido do poder soberano.

De acordo com o Professor Raphael Boldt¹³, sob o ensinamento de Michel Foucault, durante o período da Alta Idade Média, antes mesmo do século XII, os bispos lançavam mão de duas inquisições a geral (*generalis*) e a especial (*specialis*). Na primeira identificavam, de maneira generalizada, o cometimento de “crimes”, na segunda os apuravam. Todavia, a apuração poderia ser interrompida em face da confissão do acusado, tal situação incentivou e legitimou a prática da tortura. Após o século XII, a atuação no processo penal era completamente *ex officio*.

A tortura era de tal forma considerada meio idôneo de prova, que a sua aplicação era extensamente regulamentada, por exemplo, quando e como poderia ser praticada, e principalmente, contra quem, é claro, os nobres, os honestos e de boa fama estariam excluídos desse rol¹⁴.

Percebe-se, pois, que o processo perde a justeza e o contraditório deixam de existir, ao acusado já não são permitidos meios de defesa, tendo em vista que a máquina estatal move-se objetivando sua condenação.

Como leciona Lopes Jr.¹⁵, o juiz atua, legitimamente, como acusador e julgador, estando, dessa forma, predisposto a uma condenação, produz apenas as provas que lhe convém para atingir seu fim e fundamentar seu livre convencimento. O acusado é tratado como testemunha e sua declaração da verdade é obtida por meio da tortura, ou seja, “o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. p. 38-39.

¹³ BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe**: Entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 53.

¹⁴ MALAN, Diogo; SAAD, Marta. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, v. 842, Dez. 2005. p. 428.

¹⁵ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.112.

relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório.”

Concluindo, o sistema inquisitivo é regido pelo Princípio Inquisitivo, marcado, portando, pela atuação *ex officio*, sem a provocação de particulares. Ocorre, ademais, a fusão de duas funções, quais sejam a de julgar e a de acusar na figura do julgador, sendo este, assim, responsável pela instrução processual, pela produção de provas – que são tarifadas pela lei –, pela condenação do acusado. Por óbvio, diante deste contexto, não há paridade entre as partes, tampouco contraditório.

1.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

O sistema processual penal acusatório vigeu durante a Grécia e Roma Antiga. A grande marca jurídica grega que faz alusão ao sistema acusatório, é o Tribunal de Heliastas, o qual era formado por cidadãos (maiores de trinta anos e eleitos por sorteio anual), de acordo com Geraldo Prado¹⁶, eram estes que formulavam e proferiam as decisões. O próprio povo, ainda, era o responsável pela acusação, devendo ser responsável, também, pela produção das provas e pela sustentação de seus fundamentos, isto no caso dos delitos públicos, que eram a maioria.

Sobre delitos públicos e privados, leciona Levene¹⁷, que estes se distinguiam também pela legitimidade de propositura da ação penal, afirma que à acusação nos primeiros eram legitimados todos os cidadãos, percebendo-se uma predominância acusatória, já a legitimação para os segundos era restrita, garantida apenas ao ofendido e seus familiares. O autor pontua, ademais, que o acusador teria direito a parte dos bens do acusado se este fosse condenado (sendo meio de prova idôneo a tortura), mas caso contrário estava sujeito a sansões.

É perceptível, portanto, que o modelo grego não seguia de forma íntegra os ditames garantistas do modelo acusatório. Vez que por mais que exista a prevalência deste,

¹⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 73.

¹⁷ LEVENE, Ricardo. **Manual de derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993. p. 28.

com a iniciativa particular da ação penal e instrução processual, a legitimação da tortura provoca um forte ponto de contato com o modelo inquisitivo.

Sob os ensinamentos de Aury Lopes Jr¹⁸. e Geraldo Prado, o período da Alta República em Roma foi marcado por duas fases *cognitio* e *accusatio*. O primeiro era marcado por garantias processuais insuficientes, era regido pelo magistrado, o qual detinha grandes poderes de instrução e decisão. Havia a possibilidade de recurso de iniciativa particular, o *provocatio*, nos casos em que “o condenado fosse cidadão e varão”. Esse procedimento mostrou-se, todavia, deficiente.

Ainda, tomando como ponto de partida o pensamento dos referidos juristas, a *accusatio*, reservada apenas aos delitos de ordem pública, assegurava ao povo a iniciativa da ação penal e a sua instrução. Surge aqui a figura do acusador particular, que poderia inclusive mover uma ação penal em face do magistrado por ter exercido seus poderes de forma imoderada. Este modelo se assemelha ao Tribunal grego Heliastas.

Lopes Jr., também descreve a transição do sistema acusatório para o inquisitivo. Isto ocorreu, pois o primeiro sofreu duras críticas por conta da sua iniciativa de natureza privada, vez que os particulares buscavam a vingança, então a repressão a atividades consideradas criminosas estava sendo inócua. Paulatinamente, os magistrados impuseram-se e usurparam as competências do particular. A superação do sistema inquisitivo só teve início no século XVIII com a Revolução Francesa e seus ideais liberais.

Feita a digressão histórica necessária ao adequado entendimento conceitual deste sistema, vamos às suas características principais. Primeiramente, o sistema acusatório é marcado pela iniciativa particular, essencialmente, quanto à produção probatória, como demonstrado pelo Tribunal de Heliastas, na Grécia, e o modelo *accusatio*, em Roma. É regido, pois, pelo Princípio Dispositivo, não sendo uma característica a atuação *ex officio*, como é no sistema Inquisitivo.

¹⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.p. 107 e 108.

No que tange ao julgador, este faz-se imparcial, julgando pelo livre convencimento a partir das provas e fundamentos levantados pelas partes confrontantes, apenas, sem o poder de gerir provas, em vista desse julgamento imparcial. Estando separadas as funções de acusar e julgar.

Necessário apontar neste momento que tanto Aury Lopes Jr.¹⁹, quanto Alexandre Morais da Rosa²⁰ julgam como princípio informador do sistema processual penal acusatório a carga da prova, a instrução processual estar nas mãos da acusação apenas, e não nas mãos do Magistrado, visto que este pode usá-las para corroborar um pré-julgamento, usurpando, assim, a função acusatória e conseqüentemente, reputando-se parcial. Tendo em vista, que a função do Magistrado é unicamente a de julgar e assegurar garantias orgânicas prometidas pelo processo penal.

Ferrajoli²¹, em contraponto, entende ser a separação das funções de julgar e acusar o elemento mais importante no exercício de caracterização de um sistema como processual penal acusatório, imprescindível para a imparcialidade do juiz. Sendo assim, todas as outras características desse sistema seriam decorrentes dessa característica principal, inclusive a gestão das provas à cargo das partes.

Estes autores (Lopes Jr. e Morais da Rosa), independente da divergência, são também acompanhados por Geraldo Prado²², que preconiza que a imparcialidade será eliminada em vista da possibilidade de gestão de provas pelo julgador, com suas palavras “para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz”.

Este sistema processual penal é, pois, envolto por garantias processuais, quais sejam, oralidade, contraditório, publicidade, ampla defesa, possibilidade de recurso, segurança jurídica, vez que a sentença faz coisa julgada. Além disso, não há tarifação das provas, dessa forma não há a busca ávida pela confissão (conhecida

¹⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 119.

²⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 149.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 567.

²² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 175.

como rainha das provas), tampouco há legitimação da tortura para alcançá-la, dessa forma, não há busca por uma verdade absoluta que ultrapassa as chamadas garantias orgânicas inerentes ao ser humano que devem ser asseguradas no curso do processo penal.

Assim, o sistema processual penal acusatório busca implantar um ambiente processual democrático e argumentativo, pautado no contraditório amplo, dentro do qual se pretende a proteção de garantias fundamentais e direitos humanos²³. Reconhece, assim, a força estatal, em vista do confisco do conflito, perante o acusado no exercício do poder punitivo.

1.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO

Teoricamente, um sistema processual penal misto seria um conceito que corresponderia a sistemas atuais. Tratar-se-ia de um sistema que comporta concomitantemente características dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo.

A questão é que este conceito é, hoje, fortemente criticado, pois é impossível a coexistência de dois sistemas com princípios informadores antagônicos ou até mesmo mais de um princípio informador, vez que é dele que se originam as demais características daquele sistema.

Jacinto Coutinho²⁴, certifica tal afirmação vez que conclui que seria uma incoerência epistemológica a somatória de tais gêneros opostos e, ademais, pois a noção de sistema, por si só, não permite tal compreensão. O autor, entretanto, defende que todos os modelos processuais penais são mistos, não pelos sistemas, simplesmente, somaram-se, mas, sim, por serem “fundamentalmente” embasados

²³ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009. p.147.

²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009. p. 109.

por princípios de um e terem a ele agregados elementos do outro, como acontece no Brasil e nos Estados Unidos, que têm princípios reitores contrários. Entende que a opção por um outro sistema é puramente política, assim, como no Brasil escolher que o juiz possa gerir provas, é político e demonstra poder do Estado.

Entende Alexandre Morais da Rosa²⁵ que "São mistos ou sincréticos por acolherem características de ambos os sistemas, sendo incongruência lógica eventual denominação de terceiro gênero". Incongruência, esta, provocada pela junção conceitual de dois sistemas que carregam os princípios inquisitivo e dispositivo como "princípios unificadores", e sob o ponto de vista kantiano, é incabível que dois princípios originadores, isto é, unos e que vão gerar derivados, sejam sobrepostos ou atuem concomitantemente sobre o mesmo sistema. Aborda, ainda, a questão de "critério identificador", que é a gestão da prova, tratada de maneira contrária no sistema inquisitivo e acusatório.

Aos olhos de Aury Lopes Jr.²⁶ o conceito de sistema misto perpassa a fase pré-processual, qual seja, a fase do inquérito policial, investigativa, e a fase processual, na qual a primeira seria, primordialmente, inquisitiva e a segunda acusatória, em face da separação das funções de julgar e acusar, tomando esta como o critério identificador do sistema.

É lugar-comum na doutrina processual penal a classificação de "sistema misto", com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter "misto".

O mesmo doutrinador ressalta, entretanto, que é insuficiente categorizar um sistema penal como inquisitivo ou acusatório simplesmente pela análise de divisão de função de julgar e acusar e que é neste ponto que resta o equívoco dos que defendem o sistema misto. Isso pois, este não é o "núcleo fundante" ou, nas palavras de Morais da Rosa, o "critério identificador" dos sistemas. Este núcleo seria, em verdade, a

²⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 149.

²⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 118.

iniciativa probatória ser integralmente das partes, o que viabilizaria a imparcialidade do juiz.

É impossível, sob este entendimento, determinar que a segunda fase, ou seja, a fase processual, seja acusatória, simplesmente pela divisão de funções, vez que esta não é a característica identificadora do sistema. É necessário partir do correto ponto originador e determinante dos sistemas, qual seja, a gestão da prova e, caso esta não esteja sob administração das partes, não é possível que seja denominada essa fase de acusatória, conseqüentemente, não há cabimento, então, denominar um sistema de misto por ter sua fase pré-processual inquisitiva e processual acusatória.

Nesse diapasão a doutrina fraciona-se. Alguns doutrinadores de cunho conservador, menos progressista, posicionam-se fortemente em prol da existência da classificação mista, é possível mencionar Guilherme de Souza Nucci²⁷, que entende exatamente que o sistema processual penal brasileiro classifica-se como misto, todavia não entende ser pelo motivo exposto por Lopes Jr.

O autor entende haver a separação entre o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o disposto no Código de Processo Penal. Versa que os preceitos constitucionais indicam um processo penal sob a égide do sistema penal acusatório, todavia o diploma legal em si seria regido pelo sistema penal inquisitivo, e o resultado dessa fusão, seria o sistema penal brasileiro, no caso, então, misto, para o jurista seria “o encontro dos dois lados da moeda”.

Não obstante seu posicionamento acerca da classificação mista ser baseado puramente em preceitos constitucionais e preceitos legais, utiliza-se do entendimento exarado e refutado por Lopes Jr., ao negar a prevalência do sistema penal acusatório no processo penal brasileiro. Entende, Nucci, portanto, que não é possível que o processo penal brasileiro seja acusatório, uma vez que temos uma fase investigativa certamente pautada nos ditames inquisitivos (secreta, escrita,

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 70.

ausência de contraditório e ampla defesa) e que as provas colhidas nessa fase são apreciadas em juízo, além de mencionar os poderes instrutórios do magistrado.

Há, pois, nítido descompasso entre a justificação da eleição do sistema processual misto e do declínio à classificação acusatória. Visto que no primeiro ele reconhece apenas o caráter inquisitivo do Código de Processo Penal, enquanto no segundo reconhece primordialmente o caráter inquisitivo da fase investigativa e, ao que parece, de forma acessória esse mesmo caráter na própria instrução processual.

Em conformidade com os ensinamentos de Lopes Jr., o jurista Pacelli²⁸, refuta a existência de uma classificação mista, principalmente quanto a fundamentação baseada na análise da fase investigativa e fase processual, visto que a seu ver, vez que se estuda sistemas *processuais* penais, não há que se cogitar a fase investigativa.

Importante é a ressalva de Aury Lopes Jr.²⁹, que aponta que mesmo não havendo sistemas puros, por conseguinte, apenas sistemas “mistos”, pela identificação do núcleo fundante, faz-se a categorização daquele sistema penal como *essencialmente* inquisitivo ou acusatório.

É possível, assim, depreender que o conceito de sistema misto é falho, isso pois, é impossível que dois sistemas antagônicos coexistam, seja na mesma fase ou em fases distintas. Ao considerar apenas fases distintas, isto é, pré-processual e processual, também não é possível, pois se parte do núcleo fundante equivocado para determinar que a fase processual seja acusatória.

1.4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL PREVALECENTE NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Primeiramente, é necessário pontuar que, tomando como ponto nevrálgico do sistema a gestão da prova e analisando a facticidade do código, a essência do

²⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 10.

²⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 119.

sistema processual penal brasileiro é inquisitiva, ou seja, tem sua essência no sistema inquisitivo pelo fato de o magistrado ser o gestor das provas. Aury Lopes Jr.³⁰ entende que mesmo havendo características secundárias acusatórias, essas não prevalecem sobre o critério identificador da gestão das provas, ele comprova a eleição do sistema inquisitivo por meio do artigo 156 do Código de Processo Penal, dentre outros que podem ser apontados.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Outro dispositivo que pode exemplificar a institucionalização do sistema inquisitivo pelo Código de Processo Penal é o artigo 28, o qual prescreve:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Temos neste artigo a legitimação da possibilidade do juiz subjugar a decisão de arquivamento feita pelo Ministério Público, interferindo, pois, na esfera reservada ao Ministério Público na sua função de acusador, viola os princípios da independência e obrigatoriedade da ação penal, previstos no capítulo IV, seção I da Constituição de 1988.

Até o presente ponto, já temos desrespeitadas pelo Código de Processo Penal duas características do sistema acusatório, a primeira trata da gestão da prova, como já visto núcleo fundante do sistema, então com sua transgressão já não é possível o assentamento do sistema acusatório e, a segunda, é a separação de funções, outro artigo que fere essa característica é o artigo 385, que será examinado com maior detalhamento nos próximos capítulos.

³⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 119.

Essa situação resta comprovada, ademais, pela própria jurisprudência pátria extraída do Superior Tribunal de Justiça, na qual, a Turma erroneamente expressa a existência de um magistrado imparcial que para esse fim utilizar-se-ia da gestão de provas:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. BUSCA E APREENSÃO DE LAUDO PERICIAL. MEDIDA DETERMINADA DE OFÍCIO PELA MAGISTRADA SINGULAR APÓS A APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS PELAS PARTES. POSSIBILIDADE DE O JUÍZO ORDENAR A PRODUÇÃO DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NECESSÁRIOS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. NULIDADE INEXISTENTE. 1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade. Inteligência do artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal. Doutrina. Jurisprudência. (...) ³¹

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DETERMINAÇÃO DE DILIGÊNCIAS DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O art. 156, II, do CPP - que faculta ao magistrado determinar, de ofício, a realização de diligências -, não implica afronta ao princípio acusatório, nem lhe imprime parcialidade, apenas confere ao juiz da causa instrumento útil à busca da verdade real. (...) ³²

Dessa forma, percebe-se que há o reconhecimento institucionalizado do juiz como gestor da prova, todavia, não há o reconhecimento de que este ponto é que provoca a configuração do sistema inquisitivo e afasta o sistema acusatório, vez que, como já visto, é impossível a sua coexistência.

³¹ STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 92458 RJ 2017/0312742-2. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ: 21.06.2018. **Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=JUIZ+156+PROVA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

³² STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1622310 SP 2016/0225416-1. Relator: Ministro Neffi Cordeiro. DJ: 15.05.2018. **Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=JUIZ+156+PROVA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

Tenta-se escapar a todo custo do sistema inquisitivo, contudo, não há a mesma busca para findar seus alicerces legitimados há tanto tempo no código processual nacional. Muito pelo contrário, busca-se legitimar o sistema acusatório, por meios inquisitivos.

Outro ponto interessante de ser abordado acerca das jurisprudências, o qual comprova também a contradição dessas Turmas, é que em ambos os julgados utiliza-se o princípio da busca pela verdade real. A verdade real, conhecida como verdade absoluta, é princípio advindo do sistema inquisitivo.

Deve-se ter em vista, entretanto, que atingir essa verdade é impossível, isso pois, não se pode ter completa certeza sobre um fato que não se tenha participado, o necessário é um julgamento com todas as garantias processuais asseguradas. A busca pela verdade real intensifica o valor de uma confissão, instigando a sua perquirição, foi o que, no período da Inquisição da Igreja Católica, legitimou a prática da tortura como meio idôneo de produção probatória.

Entretanto, apesar da grave desconexão presente entre a legitimação de uma verdade real e o reconhecimento de um processo penal acusatório, há autores, como Tourinho Filho³³, que defende o princípio da verdade real como um dos objetivos perseguidos pelo magistrado e pelo processo, embora entenda que em face de uma sentença absolutória, a verdade real é colocada em segundo plano, mesmo com o surgimento superveniente de provas do cometimento do crime.

Neste mesmo sentido afirma Geraldo Prado³⁴:

o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, **a teoria da aparência acusatória. (grifo nosso)**

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

³⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 195.

Não obstante o exposto, levando em consideração a diversidade doutrinária brasileira, há autores que optam por uma visão um pouco mais generalista do processo, como por exemplo, Pacelli³⁵, que entende que o sistema processual penal que rege o processo penal brasileiro é unicamente o acusatório, por mais que reconheça “algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório”. O autor persegue este entendimento em vista das características de diferenciação entre órgão acusador, julgador e investigador, presença do contraditório, iniciativa processual apenas com o oferecimento da acusação.

Neste entendimento, Pacelli é acompanhado por Tourinho Filho³⁶, que afirma “No Direito Pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é processo acusatório puro, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo”.

Assim como há autores, como já explicitado, Nucci, que entendem que o processo penal brasileiro baseia-se em uma mistura daquilo emanado constitucionalmente e do que fato estaria escrito no diploma legal que regula o processo penal. Dessa fusão, resultaria um sistema processual penal misto.

Noutro passo, tomando como ponto de partida o pensamento de Hans Kelsen³⁷, tem-se que as normas estão dispostas de forma que há uma hierarquização, sendo o ordenamento jurídico uno, porém com normas escalonadas. Tem-se que as normas superiores geram o fundamento de validade das normas inferiores, é, portanto, necessária a harmonia dentro do ordenamento para que se evite o conflito normativo.

A partir deste ponto infere-se que a Constituição Federal gera o fundamento de validade de todas as outras normas do ordenamento jurídico, visto que esta é a norma de hierarquia mais alta. Dessa forma, caso a norma não esteja em conformidade com a constituição ela não tem validade. Trazendo essa questão para

³⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 10.

³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.

³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 464.

a discussão central desta pesquisa, o Código de Processo Penal deve apresentar conformidade e harmonia em relação aos preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob pena de invalidez e inaplicabilidade.

Elucidada essa questão, passa-se a análise dos preceitos postos pela Constituição Federal de 1988. A Carta Magna brasileira, como um reflexo do paradigma da modernidade, qual seja, a democratização, trouxe princípios garantistas, primou pela defesa dos direitos e garantias fundamentais, pelos direitos humanos e pela defesa da ordem democrática. Trazendo consigo aplicabilidade imediata dos seus dispositivos legais e mais que isso, fazendo emanar de si tais valores que devem ser usados como norteadores para todos os ramos do Direito.

Esses preceitos e valores garantistas e sociais podem ser verificados em diversos dispositivos legais da Constituição Federal de 1988, mas, principalmente, naqueles presentes no Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Assegura, pois, as garantias de oralidade (pelo menos nos Juizados Especiais Criminais, ou seja, para os crimes de menor potencial ofensivo), publicidade, ampla defesa e contraditório, devido processo legal, trânsito em julgado, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência (por mais que hoje esteja em cheque) e assegura a imparcialidade do juiz.

Em vista do exposto, das garantias e proteções pretendidas pela nova constituição, tem-se que o modelo de sistema processual penal preconizado por ela é o sistema acusatório.

Este paradigma moderno a que me refiro, tomou força logo após os séculos XIX e XX, ou seja, com a Revolução Industrial e com o alargamento do capitalismo, momento histórico no qual as condições de vida encontravam-se em estado decadente, de acordo com Prado³⁸, em vista dessas dificuldades o proletariado e a burguesia entraram em um embate e este fomentou o surgimento de novos direitos sociais, quais sejam, os direitos fundamentais de segunda geração. Vale ressaltar

³⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 16.

que, influiu, também na ascensão dos direitos fundamentais as duas grandes guerras mundiais e os regimes totalitários que se estabeleceram no seu intervalo.

Geraldo Prado, em consonância com Ferrajoli, entende que tais valores postos devem ser como diretrizes e influenciar nas escolhas de política criminal do Estado: “A assunção da Constituição como o locus de onde são vislumbrados os direitos fundamentais”.

Necessário apontar o entendimento deste mesmo autor em relação aos direitos fundamentais no Brasil, partindo de seu ponto de vista, é necessário mais do que aderência a convenções de direitos humanos e positivação constitucional, vez que viemos de uma sequência de regimes totalitários e criou-se, portanto, uma cultura de violação sistemática de direitos.

Sendo assim, é imprescindível que constantemente busquemos uma aproximação com os valores emanados do texto constitucional pátrio, neste sentido, muito bem colocada é a afirmação de Lopes Jr.³⁹ “Dessarte, fica fácil perceber que o processo penal brasileiro tem uma clara matriz inquisitória, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional”.

É primordial, portanto, que se adeque o Código que revela essência inquisitiva à Constituição que emana essência acusatória, sendo que, em vista, das discrepâncias entre as normas destes devem ser expurgadas do ordenamento ou imediatamente alteradas aquelas sem identidade constitucional.

³⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 127.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O MAGISTRADO NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL

2.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO

Faz-se necessário neste momento a conceituação de lide, esta entendida comumente, como uma resistência a uma pretensão juridicamente apreciável, decorrente de matriz carneluttiana; entendimento, este, defendido por Fernando Capez⁴⁰, acompanhado por Mirabete ⁴¹, ambos levantam a tese da existência de interesses conflitantes.

Noutro giro, tal afirmação não faz jus ao processo penal, em vista de suas peculiaridades, por exemplo, não há de se falar em conflitos de interesses privados, sob uma óptica civilista, mas, sim, de embate de direitos, o de acusar e o direito fundamental à liberdade. Aos olhos de Aury Lopes Jr.⁴² trata-se do direito potestativo de acusar, ou seja, o dever punitivo do Estado, decorrente de violação a bem jurídico penalmente tutelado. Dessa forma, tal embate deve ser submetido ao processo penal para que se legitime o poder de punir.

Sendo assim, independente dos desencontros doutrinários, majoritariamente, infere-se a existência da ideia de partes que diametralmente se opõe, ou seja, parciais. Essa afirmação, todavia, encontra entraves, visto que há autores que refutam a ideia de parcialidade no processo penal, partindo do fato de que o Ministério Público é, constitucionalmente, revestido pela caracterização de *custus legis*, não seria, portanto, seu interesse aplicar a sanção, mas sim proteger a sociedade e agir em prol da lei, sendo assim, não age por si mesmo, mas sim pelo todo, pelo Público.

Este entendimento resta embasado por Mirabete e Capez, ambos entendem o Ministério Público como parte inanimada, por este não agir “por interesse privado,

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 47-50 e p. 219.

⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25 e p. 344.

⁴² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 135-137.

mas por interesse público”. Para comprovar tal posicionamento o segundo autor mencionado traz prerrogativas conferidas ao Ministério Público, como recorrer em favor do réu, impetrar habeas corpus.

Lênio Luiz Streck⁴³, vai defender a mesma tese ao afirmar que o Ministério Público é considerado ao mesmo tempo titular da ação penal pública e defensor da ordem jurídica, ambas sendo condições constitucionalmente elencadas. Desta feita, a primeira não tem a prerrogativa de sobrepor-se à segunda, ou seja, ser o titular da ação penal pública não implica em ser parte parcial, exatamente, pela condição de defensor da ordem jurídica. Ainda afirma que tão importante quanto a separação de funções ou quanto a caracterização do Ministério Público como parcial ou não, é o correto e exaustivo provimento jurisdicional, aquele que enfrente todas as teses levantadas em sede de contraditório efetivamente assegurado.

Existe, todavia, entendimento divergente à posição anteriormente exposta, tendo em vista que o correto e adequado provimento jurisdicional somente poderá ser prolatado, mediante a separação de funções, não sendo possível tratamento igualitário, por conta de relação de anterioridade lógica; perceba, caso não houvesse tal separação estaríamos diante de um sistema processual penal, em termos, completamente inquisitivo, dessa forma, sem qualquer possibilidade de justa decisão.

Assim, sem a prévia garantia à separação de funções, nem mesmo o contraditório pode ser garantido. Dessa forma, há um equívoco lógico, de acordo com trecho já citado de Ferrajoli⁴⁴, o sistema acusatório teria como característica principal a separação de funções da onde decorreriam todas as outras, inclusive o contraditório e o provimento jurisdicional motivado.

⁴³ STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009. p. 130.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 567.

Corroborar este pensar a afirmação de Lopes Jr.⁴⁵, ao exarar entendimento de que a separação e correta delimitação das funções e faculdades de cada parte processual é o caminho para efetivação do contraditório:

Tanto mais forte será sua posição quanto mais clara for a delimitação da esfera jurídica de cada parte, pois somente assim poderá efetivar-se o contraditório. O fortalecimento da estrutura dialética do processo beneficia a todos os intervenientes e, principalmente, contribui para uma melhor Administração da Justiça.

Sendo assim, entende-se que deve haver uma lógica cognitiva partindo da separação e delimitação de funções, que viabilizará o contraditório, e, conseqüentemente, o adequado provimento pelo juiz; não se reputa cabível igualar sua importância, tendo em vista que cada um desses tópicos guarda sua peculiaridade.

Retornando para a discussão acerca da parcialidade do Ministério Público, temos que o processo penal é marcado pelos ditames constitucionais, assim, acusatório, pauta-se, de forma praticamente integral, na dialética, no levantar de uma tese (Ministério Público), contraposto pela antítese (defesa), que se consubstancia em uma síntese (magistrado). Ao alegar que o Ministério Público é parte imparcial retira-se, de acordo com Badaró⁴⁶, o caráter dialético argumentativo do processo, em vista da mera artificialidade da contraposição de tese e antítese.

Neste sentido corrobora Renato Stanzola Vieira⁴⁷, quem afirma ser da essência do processo penal o antagonismo entre acusação e defesa, e que “é da essência da atividade que ela seja *parcial*, isto é, não revestida de aura de imparcialidade, sob pena de se confundir inclusive (...) com o sujeito imparcial do processo, que é o juiz”.

Este segundo entendimento acerca da parcialidade do Ministério Público já foi alvo de decisão do Superior Tribunal Federal, que em sede de Habeas Corpus sustentou a tese:

⁴⁵ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 738.

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 290.

⁴⁷ VIEIRA, Renato Stanzola. Paridade de armas no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 105. ano. 21. Nov./Dez. 2013. p. 284.

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, LAVAGEM DE DINHEIRO E QUADRILHA. LAUDO DE CRIPTOANÁLISE PRODUZIDO POR PROFISSIONAL LIGADO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, BEM COMO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROVA ILÍCITA. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Entende-se por perito oficial aquele investido no cargo criado por lei, caracterizando-se como auxiliar da justiça e submetendo-se, inclusive, às mesmas causas de suspeição e impedimento do magistrado. 2. Na hipótese vertente, conquanto o laudo pericial tenha sido elaborado por servidora pública, verifica-se que ela compunha o quadro de pessoal do Ministério Público Estadual, não atuando em órgão do Estado destinado exclusivamente à produção de perícias. 3. Assim, o exame questionado foi realizado, a pedido da Promotoria de Justiça que atua no feito, dentro da própria estrutura do Parquet, por meio do Grupo de Apoio Técnico Especializado, do qual a perita fazia parte, a despeito de qualquer ordem, autorização ou controle judicial. **4. O Ministério Público é parte no processo penal, e embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando a sociedade como um todo, não atua de forma imparcial no âmbito penal, de modo que é inconcebível admitir como prova técnica oficial um laudo que emanou exclusivamente de órgão que atua como parte acusadora no processo criminal, sem qualquer tipo de controle judicial ou de participação da defesa, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.** (...) 10. Ordem concedida para reconhecer a ilicitude do laudo pericial de criptoanálise realizado de forma unilateral pelo Ministério Público, determinando-se o seu desentranhamento dos autos. (grifo nosso).⁴⁸

Sendo assim, concluímos primeiramente que existem partes no processo penal, quais sejam o acusado e a acusação – Ministério Público – os quais perseguiram objetivos contrários durante o processo.

Necessário, pontuar, que é em vista da caracterização do juiz como imparcial, ou seja, para que ocorresse uma efetiva separação de funções – julgar e acusar – que se deu a criação do Ministério Público como o legitimado para a persecução penal. É, pois, uma parte artificial.

⁴⁸ STJ. HABEAS CORPUS: HC 154093 / RJ 2009/0226404-2 Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ: 09.11.2010. **Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19126593/habeas-corpus-hc-154093-rj-2009-0226404-2-stj>.

2.2 O MAGISTRADO

Neste contexto, como muito já foi exposto, há necessidade de atuação imparcial apenas de uma figura que compõe a triangulação processual, o magistrado. Partindo da premissa de que o Estado é sujeito passivo da maioria dos crimes, parece incompatível afirmar a existência de um processo penal imparcial, dentro do qual o Estado é vítima, acusação (na forma do Ministério Público) e julgador.

Ocorre que o juiz é dotado de parcela de poder jurisdicional e lhe incube apenas a apreciação de fatos à luz de provas para que profira uma resposta estatal; desta feita, recorre-se unicamente a operacionalização processual prevista na lei para afirmar sua imparcialidade⁴⁹.

Esse recurso nos parece, todavia, insuficiente, pois é perceptível que a própria lei, não comporta dispositivos que embasem de forma efetiva o que se afirma, a imparcialidade; ao permitir, por exemplo, que o juiz não acate o pedido de absolvição do Ministério Público (artigo 385, CPP) ou que ele produza provas de ofício (artigo 156, CPP), resta demonstrada a legitimação da parcialidade do julgador pelo próprio diploma processual penal e, por conseguinte, afastamento do sistema processual penal acusatório.

Primeiramente, resgatando o já demonstrado no primeiro capítulo, temos que há um embate entre autores, isso, pois, uns entendem que a matriz do sistema processual penal acusatório é a separação de poderes e outros entendem ser a gestão da prova, tendo em vista que estes seriam imprescindíveis para a garantia da imparcialidade do julgador. Acontece, todavia, que independente do ponto de partida chegaríamos ao mesmo entendimento, qual seja que ambos garantem a imparcialidade e que sem um ou outro há um juiz parcial.

⁴⁹ WEDY, Miguel T.; LINHARES, Raul M. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 119. ano.24. Mar./Abr. 2016. p. 203.

Veja, sem a separação de funções tem-se a fusão das figuras processuais incumbidas da acusação e do julgamento em um só e, como já visto no primeiro capítulo, tal agregação de funções inviabiliza a garantia do contraditório.

Isso, pois, o acusado não é capaz de se defender de quem lhe acusa e lhe julga ao mesmo tempo, vez que este que julga, advoga também por seu próprio objetivo processual, qual seja o de condenar. Desta feita, se o objetivo da acusação é ver a sanção aplicada e se a acusação é ao mesmo tempo o julgador, não há argumentos capazes de desviar-lhe o caminho, visto que este já resta trilhado.

Neste contexto, é perfeita a reprimenda de Cesare Beccaria⁵⁰, em seu clássico “Dos Delitos e das Penas”:

o juiz torna-se inimigo do réu, desse homem acorrentado à mercê dos tormentos, da desolação, e do mais terrível por vir, não busca [o juiz] a verdade do fato, mas busca no prisioneiro o delito (...). Os indícios para a captura estão em poder do juiz; para que alguém seja provado inocente deve antes ser considerado culpado: chama-se processo *ofensivo* (...)

Conclui-se, portanto, que sem a possibilidade de defesa, obviamente, não existe possibilidade de contraditório pleno. Ademais, tendo em vista que para a devida efetivação do contraditório é necessário ter em mente uma estrutura triangular que permita a existência de tese, antítese e síntese, como demonstrado no tópico anterior.

A síntese não deve ser, pois, uma contraposição à antítese, tampouco, um favorecimento à tese; deve ser o resultado, teoricamente, imparcial da defrontação de tese e antítese, que somente poderá ser alcançado pelo apartamento das funções de julgar e acusar, efetivando-se, assim, a dialeticidade e, conseqüentemente, o contraditório no processo penal.

Quanto à questão da gestão das provas nas mãos do julgador, provocará irremediavelmente o mesmo resultado, qual seja o da parcialidade do magistrado.

⁵⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 77.

Não se reputa, portanto, suficiente, apenas separar as funções, se não houver meios de efetivação da imparcialidade.

Geraldo Prado⁵¹ afirma não ser cabível apelar para supostas características que se acreditam ter o juiz, quais sejam sua confiabilidade, seu caráter moral, sua integridade, apenas por aquela pessoa figurar como juiz, inclusive assevera ser essa prática derivada do processo penal inquisitorial.

Preservar, então, os poderes instrutórios, a gestão das provas nas mãos de um magistrado é permitir exatamente isso. É, melhor dizendo, reconhecer o juiz como uma figura sobre-humana que não tem pré-compreensões, que não convive em sociedade e não é influenciado pelos preconceitos desta.

Tem-se, assim, a diferença de imparcialidade e neutralidade, o julgador não é neutro, exatamente por conviver em sociedade, estar sujeito a opiniões políticas, religiosas e ideológicas, trata-se do “juiz-no-mundo”. Não deve, todavia, se envolver subjetivamente com as partes, tampouco interferir no objetivo do caso sob análise, ou seja, deve ser um desinteressado, se afastar, cuida-se da imparcialidade⁵².

A *contrario sensu*, Ada Pellegrini Grinover⁵³, entende que a possibilidade de produção de provas pelo juiz não fere o sistema processual penal acusatório, na mesma medida também não fere a separação de funções de acusar e julgar.

Expõe, a jurista, que para que o processo penal atinja sua função social declarada – a pacificação social – seria substancial que a gestão das provas recaísse sobre as mãos do juiz. Visto que em face do escopo processual de paz social, seria inimaginável um juiz inerte e refém das partes, entende não ser possível que ele

⁵¹ PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso lava jato: para além da iniciativa probatória do juiz. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 24, vol. 122, Ago. 2016. p. 143.

⁵² LOPES JR. Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Limite penal: quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal?imprimir=>>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 7, n. 27, Jul./ Set. 1999. p. 73-74.

seja mero expectador de embate jurídico como se o interesse disputado fosse exclusivos dos opositores, todavia, e, assim, deve o juiz desprender esforços para a manutenção da integridade do ordenamento jurídico.

Alerta a autora, entretanto, que tal liberdade de produção probatória encontra limites e estes seriam: “a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas”.

Em desconformidade ao exposto, tem-se entendimento na doutrina de que em ordem da imparcialidade do julgador, é necessário que o conteúdo probatório seja *original* para ele, o juiz deve ser um ignorante em relação ao caso penal, ou seja, é necessário ele esteja livre de preconceitos no momento do julgamento⁵⁴.

Sob o ponto de vista de Lopes Jr.⁵⁵, é necessário que se mantenha o juiz “afastado da arena das partes”, atribuindo-lhes, exclusivamente, a iniciativa probatória, tendo em vista que o “juiz-ator” funda um processo inquisitório. Desta feita, em face da dúvida o juiz não deve produzir provas, mas, sim, agir em prol da absolvição, caso contrário, resta claro que busca a condenação.

Em concordância com o posicionamento exarado, há forte entendimento que entremeia a doutrina, no sentido de ser incabível a produção de provas pelo magistrado na seara criminal, porque inevitavelmente em face de fatos criam-se hipóteses mentais e as provas são utilizadas para a confirmação dessas preconcepções, dessas impressões da verdade, ou seja, cuidam-se de meras aparências, trata-se do *primado das hipóteses sobre os fatos*⁵⁶.

⁵⁴LOPES JR. Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Limite penal: quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal?imprimir=>>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

⁵⁵ LOPES JR. Aury. **Limite Penal: Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz?imprimir=1.>>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009. p. 112.

Desta feita, tem-se que a atividade de produção probatória é condicionada a eleições inconscientes daquele que a produz, tratando-se de uma característica humana. Isso valerá, então, tanto para a acusação, quanto para o magistrado, sendo que ao produzir uma prova, ambos levam à cabo o mesmo exercício cognitivo, qual seja de subsumir a hipótese ao fato e pretender e tender a comprová-la por intermédio da produção de prova, sujeita aos seus próprios ânimos (magistrado). Desse modo pauta-se “a atividade instrutória na sua pertinência à comprovação de uma hipótese mentalmente adotada”⁵⁷.

Conclui-se, pois, que o juiz que vai atrás da prova já se decidiu em prol da pretensão acusatória; há a decisão e depois a perseguição à prova que irá fundamentá-la, antecipa-se o juízo, o magistrado afasta cognitivamente o *indubio pro reo* e procura pela prova que embasará seu pré-julgamento⁵⁸, cuida-se de atividade probatória tendenciosa, não há atividade probatória imparcial, tal como legalmente deveria se dar a atuação do juiz. Ocorre, novamente, o “sepultamento” da imparcialidade⁵⁹, percebe, como é possível defender-se ou, melhor, dialogar com alguém que já tem o juízo formado?

Tal conclusão baseia-se na teoria da dissonância cognitiva, que como leciona Lopes Jr. com fulcro nos estudos de Schünemann⁶⁰, cuida-se da pretensão de um indivíduo em diminuir seu estresse, ansiedade – como uma defesa do ego – procurando um equilíbrio entre o grau de contradição do seu conhecimento e sua opinião.

Desta feita, tem-se que o juiz precisa lidar com duas posições antagônicas e a sua própria opinião, que inevitavelmente refutara a posição da defesa ou da acusação. Forma-se essa opinião, chamada de hipótese mental, em vista do recebimento própria denúncia e dos autos do inquérito; note que para acatar a exordial já existe

⁵⁷ WEDY, Miguel T.; LINHARES, Raul M. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 119. ano.24. Mar./Abr. 2016. p. 207.

⁵⁸ LOPES JR. Aury. Limite Penal: **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz?imprimir=1>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

⁵⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 129.

⁶⁰ LOPES JR. Aury. Limite Penal: **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz?imprimir=1>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

um pré-julgamento. Ante esta situação entende-se, mediante pesquisa empírica, que o juiz tenderá a confirmar sua hipótese mental, mesmo que para isso faça uma busca seletiva de informações, pois é tal confirmação que gerará um efeito tranquilizador.

Como já explicitado, o sistema processual penal pressupõe a existência de dialeticidade, de amplo debate argumentativo sobre a questão processualmente discutida, por meio do contraditório, por meio da contraposição de ideias. O juiz deve, portanto, ser inerte e apreciar o que lhe for posto pelas partes, não podendo estar a instrução processual sujeita às confirmações das hipóteses mentais do magistrado.

Nas palavras de Jacinto Coutinho⁶¹ “*tendem a prevalecer as hipóteses assumidas sobre os fatos e, com liberdade, o juiz orienta o êxito para onde quiser*. Duvidoso, desde sempre, é o acerto da decisão tomada pelas aparências”. Dessa forma, afirma o autor que a saída seria a desconfiança constante do juiz para com ele mesmo, suas decisões, suas próprias aparências, seria, por óbvio, tarefa inatingível.

Por meio da possibilidade de gestão da prova nas mãos do magistrado há, portanto, confusão das funções de acusar e julgar e há quebra da imparcialidade do julgamento, pois ao magistrado faz-se menos necessário atentar-se às teses argumentativas levantadas pelas partes, em face da facilidade e preferência na confirmação da sua própria hipótese pela produção de probatória, configurando a perda do contraditório, logo, a do sistema processual penal acusatório.

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009. p.

3 ANÁLISE DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

3.1 RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Imprescindível neste ponto esclarecer o significado de recepção constitucional. Pois bem, temos que a Carta Magna brasileira é datada em 1988, já o Código de Processo Penal, em 1941. É claro que no decorrer de mais de quarenta anos muitas mudanças sociais ocorreram, principalmente em um contexto de redemocratização, o que provocou uma mudança de rumo dentro do Direito, com a procura pela maior garantia de direitos.

Em decorrência de qualquer lapso temporal é necessário que exista uma compatibilização entre qualquer normativa prévia à constituição para que se adeque a ela, ou seja, é necessário que haja a recepção constitucional. Visto que, como já exposto no primeiro capítulo (tópico 1.4), deve existir a harmonização do ordenamento jurídico pátrio, em prol da segurança jurídica, para que nenhuma norma contrarie a outra e gere direitos e deveres antagônicos.

Neste sentido, pelo critério hierárquico, a norma superior valida a norma inferior, assim esta não pode contradizer aquela sob pena de invalidez e nulidade; sendo a Constituição a normativa máxima de um ordenamento, deve ser respeitada por qualquer lei inferior⁶².

Assim, o Código de Processo Penal deve passar por um filtro constitucional para que venha a ser recepcionado pela nova Carta Magna e possa surtir efeitos jurídicos.

Dessa forma, com a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem-se uma carta constitucional que busca a igualdade, o exercício pleno dos

⁶² Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 464.

direitos sociais, a defesa da ordem democrática, a proteção de direitos e garantias fundamentais.

No contexto do Direito Processual Penal, a Constituição Federal busca operacionalizar tais preceitos garantidores por meio da exigência do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), da divisão das funções de julgar e acusar (art. 129), da imparcialidade do julgador (art. 95, parágrafo único), do devido processo legal (art. 5º, LIV), dentre outras garantias. A Constituição Federal de 1988 consagrou, portanto, como fio condutor do processo penal brasileiro o sistema processual penal acusatório, objetivando o resguardo das garantias orgânicas do acusado (Capítulo 1; tópico 1.4).

O artigo em questão (385, CPP) preceitua que existe a possibilidade do juiz não acatar o pedido de absolvição do Ministério Público e, em vista dessa possibilidade, entendemos que há lesão ao Princípio Acusatório, explanado no decorrer deste trabalho.

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.

Como já foi exposto, é uma obrigatoriedade do sistema processual penal acusatório a separação das funções de acusar e de julgar, em vista da impossibilidade de defesa, logo do contraditório e da existência de um juiz imparcial em caso de fusão das atribuições, situação esta em que se estabeleceria o sistema processual penal inquisitivo.

Isso ocorre, pois nos casos em que as atribuições de julgar e acusar estão concentradas em uma só figura processual, torna-se impossível a formação da triangulação processual, não existem posições contrapostas, para que sejam dirimidas pela síntese.

Gustavo Badaró⁶³, afirma ser necessária a efetivação do contraditório para o estabelecimento do sistema processual penal acusatório, tendo em vista que esse sistema acentua a dialeticidade entre as partes para evitar a busca por um saber unilateral, logo um saber tendencioso. Com o contraditório são oferecidas maiores garantias ao acusado.

No contexto de sistema processual penal inquisitivo, a mesma figura que exerce a pretensão acusatória em face do acusado, também exerce o poder punitivo. Assim, não há dialeticidade, o processo já está ganho pela acusação, o julgador por ser também acusador já tem o juízo prévio consolidado.

De acordo com Lopes Jr.⁶⁴, o poder exercido pelo magistrado é um poder condicionado, ou seja, apenas em decorrência do exercício da pretensão acusatória, torna-se possível o pleno exercício do poder punitivo pelo julgador. Desta feita, o Ministério Público deve oferecer a denúncia para que exista a averiguação da conduta e posterior exercício da punição.

Américo Bedê Freire⁶⁵ segue no mesmo entendimento exarado por Lopes Jr., afirma haver uma relação de prejudicialidade entre o convencimento do promotor e o convencimento do magistrado, assim, se o promotor se mostra não convencido por intermédio do pedido de absolvição, não cabe ao juiz exercer qualquer valoração acerca da existência de crime, pois estaria agindo de ofício. De acordo com o jurista, é necessário existir uma concordância entre a acusação e o julgador a respeito da existência ou não do crime, se o primeiro não concordar não poderá haver condenação.

Ocorre, todavia, que uma vez iniciada a ação penal pública, aquela na qual o Ministério Público é o titular, não há possibilidade de desistência, em vista do

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 289/290.

⁶⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 907.

⁶⁵ FREIRE JR, Américo Bedê. **Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público**. São Paulo: Boletim do IBCCrim, nº 152 – julho 2005. p. 19.

Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal, consubstanciado no artigo 42 do Código de Processo Penal.

Tal princípio advém do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, que preconiza que havendo os pressupostos da ação penal, quais sejam indícios de autoria e prova de materialidade, o promotor deverá oferecer a denúncia e uma vez oferecida, será indisponível⁶⁶. Isso, pois, há a compreensão de que o Ministério Público tutela os interesses da coletividade, não sendo ele capaz, portanto, de dispor destes.

Badaró⁶⁷, aborda o tema em sua obra, afirmando que há a possibilidade do juiz proferir sentença condenatória, mesmo frente ao pedido de absolvição do Ministério Público e justifica tal possibilidade pelo caráter indisponível da ação penal, ou seja, a ação penal não pertence à acusação para que dela disponha quando assim entender, uma vez no sistema deve ser julgada pelo juiz. Ressalva, entretanto, que este é um dispositivo cada vez mais questionado por não se adequar ao sistema acusatório.

Não obstante tal entendimento, por conta, então, do Princípio da Indisponibilidade, a única forma de o Ministério Público expressar que não deseja prosseguir com determinada pretensão acusatória, é promovendo o pedido de absolvição, que pode ser motivado de inúmeras formas, seja por entender pela insuficiência de provas, pela inexistência de autoria ou materialidade, entre outras fundamentações.

Ocorre, todavia, que, independente da motivação, o pedido de absolvição significa a retirada da pretensão acusatória, o promotor, dentro de suas atribuições, entende não ser mais de interesse da sociedade, tampouco do Estado continuar com aquela persecução penal, assim, retira-se do polo acusatório, pelos meios que lhe são ofertados pelo ordenamento jurídico, ou seja, pedindo a absolvição.

⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 190/191.

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 538.

Guilherme de Souza Nucci⁶⁸, por outro lado, entende ser o princípio da Independência Funcional e o da Indisponibilidade, exatamente, os que permitem e viabilizam a aplicabilidade do artigo 385, CPP. De acordo com o autor, o Ministério Público é livre para pedir a absolvição, se assim melhor entender, todavia não pode pedir a desistência da ação, em vista da indisponibilidade, desta feita, como não é possível dispor da ação, não estaria o juiz vinculado a esse pedido.

Olvida-se, todavia, que não há invocação do Ministério Público em prol de perpetuar aquela pretensão acusatória, conseqüentemente, não pode existir exercício do poder punitivo, pois, como afirmado são condicionados, um não existe sem a prévia invocação do primeiro. O juiz estaria fazendo renascer a pretensão acusatória, mesmo em vista da expressa negativa do promotor em persegui-la.

Sendo assim, a partir do pedido de absolvição, deixa de existir o polo acusatório e na medida que o juiz, ainda assim, condena o acusado, ele passa a ocupar o polo acusatório, ele extrapola suas funções de mero espectador e julgador inerte e torna-se, certamente, aquele que julga em decorrência da confirmação de meras aparências e hipóteses mentais.

Há a condenação sem que exista a triangulação processual, neste sentido, necessário apontar que as partes não devem estar subjugadas ao poder do magistrado, pois sua sentença deve ser construída a partir do contraditório e da cooperação das figuras processuais.

Dessa forma, é possível concluir que não é possível, dentro dos ditames do sistema processual penal acusatório, logo da Constituição de 1988, que prevaleça um artigo que permita que o poder punitivo seja exercido de ofício, mediante a retirada do pedido condenatório.

Entretanto, não é desta maneira que julgam as cortes superiores nacionais, estas sem maiores delongas em seus julgamentos, entendem que o artigo foi

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 614.

recepcionado e sua aplicação é imediata, não havendo pois nenhum óbice para uma condenação na qual o pedido do polo acusatório foi pela absolvição do acusado.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. (...)WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. (...) 2. **Esta Corte Superior tem posição consolidada no sentido de ser possível a prolação de sentença condenatória, ainda que haja pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, a teor do art. 385 do CPP 3. Se é possível ao julgador condenar o réu, mesmo em caso de pedido absolutório do Parquet, é claro que o magistrado também pode, mutatis mutandis, proferir sentença condenatória, nos termos da imputação formulada na denúncia (arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006), mesmo em caso de posterior manifestação ministerial, em alegações finais, no sentido da desclassificação das condutas para o delito tipificado no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. (...)**⁶⁹

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. PARQUET. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. VINCULAÇÃO. MAGISTRADO. INEXISTÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPERVENIÊNCIA. POSSIBILIDADE. IMPORTAÇÃO DE CIGARROS. CONTRABANDO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. 1. **O fato de o Parquet ter postulado pela absolvição sumária não vincula o Juiz e não impede que haja a superveniente prolação de sentença condenatória.** 2. O ato de importar cigarros constitui crime de contrabando, e não de descaminho, uma vez que se cuida de mercadorias cuja importação é proibida (...). Agravo regimental improvido.⁷⁰

Deixam de atentar-se os julgadores, todavia, que lhes compete a função apenas de proferir provimento jurisdicional mediante postura inerte frente ao caso penal, tendo em vista que o procedimento penal e a tutela penal não podem ser exercidas de ofício, ou seja, o *jus puniendi* é condicionado pela provocação acusatória e que cabem às partes expor suas teses e argumentações, assim, delimitar o alcance da fase cognitiva. Desta feita, quando ao órgão acusador faltam motivos para exercer a sua função, não cabe ao juiz tomá-la para si.

⁶⁹ STJ. HABEAS CORPUS: HC: 251337 SP 2012/0168816-1, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 07/08/2014. **Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25247913/habeas-corporus-hc-251337-sp-2012-0168816-1-stj/certidao-de-julgamento-25247916?ref=serp>>.

⁷⁰ STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp: 1325831 PR 2012/0111458-3, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 23/09/2014, **Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153316248/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1325831-pr-2012-0111458-3/certidao-de-julgamento-153316262?ref=serp>>.

Fere-se, desta forma, frontalmente o sistema processual penal acusatório, e inúmeras das garantias constitucionais já citadas, como a do juiz imparcial, a da separação de funções, a do contraditório, logo a do próprio devido processo legal.

Há quem perceba a discussão de forma diversa, como por exemplo, Lênio Luiz Streck⁷¹, que afirma que caso tenha ocorrido a submissão efetiva de todas as teses ao contraditório, não necessitaria que o julgador estivesse adstrito ao pedido de absolvição, pois o próprio contraditório formaria o juízo do magistrado.

Sob o ponto de vista do autor, seria meramente irrelevante a discussão, vez que em ambos “lados” existiriam erros, todavia, com o contraditório, o “nó” da questão não teria importância. Ele explicita que as partes têm direito de terem seus argumentos considerados, o que exige do julgador imparcialidade e gera o dever de apreciação.

A compreensão do julgador a respeito da causa pode ser divergente daquela, ao longo do contraditório pelo (igualmente imparcial e independente) agente do Ministério Público, mas com submissão constante ao contraditório dinâmico. Sendo assim, não haveria necessidade de tornar vinculante o pedido de absolvição por parte do MP.

O que deixa, entretanto, de considerar o jurista é que com o pedido de absolvição, revoga-se a pretensão acusatória, excluindo, assim, o polo acusatório. Trata-se de pressuposto lógico processual, questão posta pelos autores Aury Lopes Jr. e Américo Bedê Freire Jr. como relação condicional e prejudicial, respectivamente. É, pois, inconciliável logicamente que em um contexto processual penal acusatório, haja a condenação sem pedido por parte do órgão acusador.

Neste sentido leciona Geraldo Prado⁷², que resta ferido o próprio contraditório, visto que não existe contraditório, tampouco dialeticidade quando as duas partes que deveriam ser antagônicas uniformizam-se, não há mais construção de tese e antítese, existe um só, não havendo possibilidade de existência de síntese,

⁷¹ STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009. p. 132/133.

⁷² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 116.

consequentemente, não há a formação do silogismo proposto pelo processo penal calcado no sistema processual penal acusatório; nos dizeres do autor:

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

Sendo assim, em vista da inexistência de contraditório, o argumento processual capaz de infirmar o que foi decidido pelo magistrado, é a invalidez da sentença condenatória.

Necessário pontuar rapidamente que a segunda parte do dispositivo legal 385, CPP, a qual permite que o juiz reconheça agravantes que não tenham sido alegadas pela acusação, também se reputa em desconformidade com a Constituição. Primeiramente, pois nunca houve a invocação, tampouco exercício da pretensão acusatória, há a piora da situação do acusado iniciada de ofício pelo juiz, há apenas o exercício do poder punitivo, o que acarreta lesão ao contraditório⁷³.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, novamente não reconhece a não recepção constitucional do artigo, permitindo que réu seja surpreendido no momento de sua condenação, em vista do acatamento de agravantes não discutidas no curso da instrução processual.

(...) 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

⁷³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 907.

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 Corte⁷⁴.

Em consonância com a jurisprudência segue a doutrina de Fernando Capez⁷⁵, que entende possível e constitucional a aplicação do artigo 385, CPP, por mais que não desprenda grandes esforços argumentativos em seu manual no que diz respeito a essa problemática. Faz, contudo, uma ressalva quanto ao reconhecimento de agravantes objetivas que não foram suscitadas. Isso, pois, estas necessariamente reportam-se aos fatos, dessa forma, se não há fato narrado na denúncia, completamente impossível torna-se a defesa.

Em discordância com o exposto acima, reputa-se importante, por fim destacar, que tanto a primeira parte do artigo, quanto a segunda, configuram, ainda, a incongruência da sentença, pois há a condenação em total ou parcial dissonância com o que foi pedido ou alegado pela acusação.

Sendo assim, o acusado é surpreendido pela sentença, pois esta não é coerente com aquilo que foi objeto de discussão no curso processual, tal sentença incorreria em *error in procedendo*. Aury Lopes Jr.⁷⁶, entende que mediante a aplicação do artigo 385, CPP há a lesão tanto do artigo 41, que determina que a denúncia narrará todos os fatos criminosos e suas circunstâncias – as agravantes – e, ademais, o próprio Princípio da Inércia da Jurisdição, ou seja, o juiz não pode agir sem prévia provocação, desta feita se não há pedido, não pode haver condenação.

Sendo assim, resta clara a conclusão de que o artigo 385, CPP não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por permitir o exercício do poder punitivo pelo juízo sem prévia invocação da pretensão punitiva ou em vista da sua explícita retratação, permitindo a ação de ofício do julgador, que age como acusador, provocando lesão

⁷⁴ STJ - HC: 350708 SC 2016/0058616-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 19/04/2016. **Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339902964/habeas-corpus-hc-350708-sc-2016-0058616-8/certidao-de-julgamento-339902984?ref=serp>>.

⁷⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 521.

⁷⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 908/909.

ao sistema processual penal acusatório, logo à própria Constituição. O artigo deve, portanto, ser considerado inválido e nulo de pleno direito, carecendo de nova redação adequada aos preceitos constitucionais.

3.2 PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO PARA O ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Tendo em vista o exposto, conclui-se contundentemente pela necessidade de reformulação do artigo 385 do Código de Processo Penal para que atenda às exigências constitucionais e para que o Ordenamento Jurídico brasileiro torne-se íntegro, harmônico e uno.

Sendo assim, é necessário que a nova redação adeque-se ao sistema processual penal acusatório, refutando todas as inconsistências percebidas pela redação atual, note:

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.

A redação tal qual está posta permite a atuação de ofício do juiz criminal, pois em vista da inexistência do pedido de condenação, tampouco do pedido pela condenação de determinadas agravantes, resta impedido o juiz de agir. Dado que, o *jus puniendi* pode apenas ser levado à cabo em vista da prévia pretensão acusatória do Ministério Público, aquele que tem a titularidade da ação penal. Ainda, fere-se o Princípio da Correlação, pelo qual a sentença deve restringir-se aos limites da denúncia.

Tal admissão inconstitucional ceifa primeiramente a divisão de funções de acusar e de julgar, pois havendo a retirada da pretensão acusatória por meio do pedido de absolvição, ao condenar o juiz toma esta função para si, não estando a isto autorizado, tampouco a extrapolar os limites colocados pelo pedido acusatório, pois estará, da mesma forma, agindo de ofício, fora das suas atribuições.

Assim, perde-se, em decorrência, o caráter de imparcialidade que deve nortear agir processual do magistrado e, conseqüentemente, perde-se o contraditório, pois não há a provocação para que ele exerça o poder punitivo. Em sede de alegações finais a acusação e a defesa estarão perseguindo um só objetivo, não está autorizado o juiz a torna-se o acusador e agir para condenar, enquanto a própria acusação representa pela absolvição. Por último, perde-se, obviamente, o devido processo legal constitucional.

Desta feita, a redação que se propõe é:

Art. 385. Nos crimes de ação penal pública, o juiz estará *adstrito* ao pedido de absolvição quando efetuado pelo Ministério Público, não aplicando-se o disposto ao pedido condenatório. Ao condenar, deverá, o magistrado, *restringir-se* às agravantes alegadas.

Sendo assim, a redação que ora se propõe é no sentido de redimensionar o processo penal, pelo menos neste ponto, para dentro dos parâmetros constitucionais exigidos; norteá-lo, portanto, rumo a sua verdadeira função, que não se reputa na inalcançável “pacificação social”, mas sim a proteção do acusado e o resguardo de todas as suas garantias fundamentais constitucionalmente postas contra o exercício do poder punitivo da máquina estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho perpassou pelas principais características dos sistemas processuais penais inquisitivo, acusatório e misto. Concluindo que o sistema processual penal inquisitivo baseia-se na busca pela verdade real ou material, aquela que teoricamente teria ocorrido no mundo fático, para tal lança mão de meios institucionalizados que impossibilitam a defesa do acusado, como, por exemplo, a tortura.

Ademais, as teses postas pelo acusado não eram submetidas ao contraditório, tendo em vista que este nem mesmo existia, pois o acusador e o julgador eram um só e este era o responsável pela gestão das provas e pela inauguração do procedimento; note, quem acusa, acredita que o acusado é culpado, sendo assim apenas produziria provas capazes de provar seu ponto de vista. Neste sistema não existe possibilidade de defesa, o processo e o poder punitivo movem-se em prol da condenação, e o acusado é um mero meio de prova.

De forma distinta orienta-se o sistema processual penal acusatório, que objetiva garantir a dialeticidade processual e o justo provimento jurisdicional, por meio da efetivação do contraditório, da divisão das funções de julgar e de acusar, da imposição de um juiz imparcial por meio da sua inércia frente ao caso penal e da gestão das provas, exclusivamente, nas mãos das partes, sendo elas as responsáveis por delimitar o alcance cognitivo do processo. Desta forma, são asseguradas as garantias orgânicas do acusado.

Perceba, é impossível que exista contraditório sem divisão de funções, pois não haveria contraposição argumentativa, esta é impossível entre figuras processuais que não sejam paritárias; o juiz tem o destino do acusado em suas mãos (detém o *jus puniendi*), todavia se este é, também, o acusador já tem seu juízo formado, cerceando a dialeticidade do processo que se dá somente quando respeitada a paridade de armas, que deve ser garantida entre a defesa e a acusação. Necessário ter em mente, ademais, que em prol do contraditório as partes devem ser contrapor, não se reputa cabível falar em imparcialidade do órgão acusador.

Ainda, imprescindível que o juiz seja provocado a exercer o poder punitivo que lhe compete e respeite o campo das partes sendo um espectador inerte, as partes devem levar-lhe a problemática – o caso penal – e delimitar seu alcance de conhecimento por meio da produção de provas.

Quanto ao sistema processual penal misto, é consenso entre os juristas que nenhum sistema processual penal hoje é puramente inquisitivo ou acusatório, todavia grande parte refuta a denominação “misto”. Aqueles que defendem esta terminologia apontam, em sua maioria, para a existência de uma fase inquisitiva, qual seja a investigativa e outra acusatória, a fase processual. Todavia, este argumento é rechaçado, pois no estudo de sistemas processuais penais, analisa-se apenas o processo, que no caso brasileiro não pode ser visto como acusatório.

Ademais, existe a argumentação de que sistemas são formados por princípios informadores (os que são o sustentáculo do sistema e de onde advém as demais características), desta feita a própria terminologia “sistemas” não permite a ideia de fusão. Além disso, no caso dos sistemas processuais penais inquisitivo e acusatório, estes princípios informadores são antagônicos (alguns entendem ser a gestão da prova, outros a divisão de funções), sendo impossível que coexistam em um só sistema.

Neste ponto, torna-se possível afirmar, pela análise dos sistemas processuais penais inquisitivo e acusatório, que o processo penal brasileiro é regido pelos ditames inquisitoriais. Isso ocorre, pois, o Código de Processo Penal foi redigido durante uma fase não democrática da história brasileira, baseando-se, assim, em modelos fascistas. O diploma processual penal permite a produção de provas pelo magistrado, permite que o juiz impeça o promotor de arquivar o inquérito e condene sem existir a pretensão acusatória, entre outros exemplos.

Ascendeu, todavia, supervenientemente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reestabelecendo a democracia, exigindo a constitucionalização dos diplomas legais e emanando de si garantias fundamentais que somente podem ser efetivamente protegidas por meio da aplicação do sistema processual penal acusatório. Ocorre que o Código de Processo Penal não foi submetido ao processo

de recepção constitucional, carecendo, assim, de dispositivos que operacionalizem e efetivem o resguardo às garantias constitucionalmente asseguradas e aos direitos humanos.

Tem-se hoje no Brasil um processo penal inquisitorial, autoritário, que falha em atingir seu escopo de assegurar as garantias constitucionais do acusado e de possibilitar um provimento jurisdicional justo e pautado na Carta Magna. O artigo 385 é um exemplo basilar de como o diploma processual penal está em dissonância com a Constituição.

Tal artigo fere características principais do sistema processual penal acusatório e explicita o teor inquisitivo do processo penal. Assim, no momento em que o juiz condena ou reconhece agravantes sem haver a pretensão acusatória remete-se imediatamente ao sistema processual penal inquisitivo, note, não há mais divisão de funções, tampouco contraditório, ainda, o magistrado não está sendo provocado, age de ofício.

Resta claro, pois, a necessidade de uma reformulação, não apenas do artigo 385, mas de todo o Código de Processo Penal, este artigo é mais um exemplo gritante de que caminhamos no sentido contrário do que preceitua a constituição e do próprio escopo processual penal. O processo penal não é um meio de efetivação a qualquer custo do poder punitivo, é um meio garantidor para que o *jus puniendi* não se dê arbitrariamente, este será legítimo apenas após submeter-se ao procedimento, não pode dar ao Estado mais armas do que já tem para punir o indivíduo.

Sendo assim, as normas em desacordo com Carta Magna não poderão ser aplicadas, devem ser consideradas nulas e alteradas ou extirpadas do ordenamento jurídico. Assim, o artigo 385 do CPP não persevera à filtragem constitucional que tem como fio condutor o Princípio Acusatório, sendo assim, não foi recepcionado, apenas contribui para um Estado autoritário que se reveste de uma aparência acusatória.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BECARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe**: Entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

Código de Processo Penal. decreto lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 out 2018.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. 6. ed. atual. até 31.01.2005. São Paulo: RT, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**.4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FREIRE JR, Américo Bedê. **Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público**. São Paulo: Boletim do IBCCrim, nº 152 – julho 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 7, n. 27, Jul./ Set. 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LEVENE, Ricardo. **Manual de derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

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

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

LOPES JR. Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Limite penal: quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal?imprimir=>>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

LOPES JR. Aury. **Limite Penal: Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz?imprimir=1.>>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal – fundamentos**. 2.ed. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 1996.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009.

MALAN, Diogo; SAAD, Marta. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, v. 842, Dez. 2005.

MEZZAROBA, Ourides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de**

metodologia da pesquisa no direito. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso lava jato: para além da iniciativa probatória do juiz. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Editora dos Tribunais, ano 24, vol. 122, Ago. 2016.

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

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp: 1325831 PR 2012/0111458-3, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 23/09/2014, **Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153316248/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1325831-pr-2012-0111458-3/certidao-de-julgamento-153316262?ref=serp>>.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1622310 SP 2016/0225416-1. Relator: Ministro Neffi Cordeiro. DJ: 15.05.2018. **Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=JUIZ+156+PROVA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

STJ. HABEAS CORPUS: HC: 251337 SP 2012/0168816-1, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 07/08/2014. **Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25247913/habeas-corporus-hc-251337-sp-2012-0168816-1-stj/certidao-de-julgamento-25247916?ref=serp>>.

STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 92458 RJ 2017/0312742-2. Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ: 21.06.2018. **Superior Tribunal de Justiça**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=JUIZ+156+PROVA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIEIRA, Renato Stanzola. Paridade de armas no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 105. ano. 21. Nov./Dez. 2013.

WEBER, Max. **Ensaios de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, 1982.

WEDY, Miguel T.; LINHARES, Raul M. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 119. ano.24. Mar./Abr. 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007