



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO LATU SENSU
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

**DEVIDO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: UM ESTUDO DO ART. 385
DO CPP À LUZ DA CF/88**

Salvador
2017

DAVID LINGERFELT ARAUJO DE AZEVEDO

**DEVIDO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: UM ESTUDO DO ART. 385
DO CPP À LUZ DA CF/88**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa de Pós-Graduação da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Pós-Graduação em Direito Público.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

DAVID LINGERFELT ARAUJO DE AZEVEDO

**DEVIDO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: UM ESTUDO DO ART. 385
DO CPP À LUZ DA CF/88**

**Trabalho de Conclusão de Curso aprovada como requisito para obtenção do
grau de Pós-Graduado em Direito Público, na Faculdade Baiana de Direito,
pela seguinte banca examinadora:**

:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2017

À minha família, minha inspiração,
tranquilidade e base. Ao meu amor, pelo
apoio incondicional

“Consilium faciendo, facto adhibeto medelam.” Ao que está feito, remédio; ao por fazer, conselho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo realizar um estudo sobre o art. 385 do CPP de acordo com a constituição federal vigente, tema que possui densidade histórica, principiológica e doutrinária muito rica, apesar da escassa jurisprudência. Insta salientar a excelente oportunidade perdida pelo legislador ao editar a Lei 11.690/2008, que realizou uma reforma no Código de Processo Penal, ao não retirar do mundo jurídico o artigo legal em comento. A doutrina é quase uníssona no que tange a impossibilidade do juiz agir de ofício, como disposto no diploma legal, por macular frontalmente o sistema acusatório que rege o atual sistema constitucional penal. A importância prática é claramente visível, tendo em vista que interferir diretamente na liberdade de um indivíduo, a mais clara e grave agressão a esfera privada que o Direito pode realizar. Assim, debruçar sobre esse tema implica evitar que danos irreparáveis possam ocorrer e, por via de consequência, preservará e garantirá direitos constitucionalmente previstos.

Palavras Chave: Devido Processo Legal; Constituição Federal; Princípio Inquisitorial; Processo Penal; Juiz inquisidor

ABSTRACT

This current monographic work aims to perform an analysis regarding clause 385 of the Code of Criminal Procedure according to the federal constitution in effect, theme that carries a very rich historical, principled, and doctrinal density, despite the sparse jurisprudence. The excellent opportunity lost by the legislator when editing the Law 11,690/2008, which reformed the Code of Criminal Procedure, in not removing from the judicial world the legal clause being commented, must be highlighted. The doctrine is almost unanimous as regards to the impossibility of the judge acting ex officio, as provided in the legal statute, for that would frontally maculate the adversarial principle governing the current criminal constitutional system. The practical importance is clearly visible, as it directly interferes in the freedom of an individual, the clearest and most serious assault to the privacy sphere that law can accomplish. As such, to dwell on this theme implies in preventing irreparable damage from occurring, and, consequently, preserving constitutional rights and guarantees provided by law.

KEY WORDS: Due Process of law; Federal Constitution; Adversarial Principle; Code of Criminal Procedure; Inquisitor Judge

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
MP	Ministério Público

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E UMA ANÁLISE DE INSTITUTOS CORRELATOS AO PROCESSO PENAL	12
2.1.	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	12
2.1.1.	Sistema inquisitivo	12
2.1.2.	Sistema acusatório	15
2.1.3.	Sistema misto?	18
2.2.	PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS....	20
2.2.1.	Noções sobre princípios e regras	20
2.2.2.	Princípios e regras aplicáveis	24
3.	GARANTISMO COMO FORMA DE EFETIVAR O DEVIDO PROCESSO LEGAL	40
3.1.	O MODELO GARANTISTA E OS SEUS DEZ AXIOMAS.....	40
3.2.	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA.....	43
3.3.	Quando e como julgar? O processo penal garantista	45
4.	A TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL E A REGRA DA CONGRUÊNCIA	48
4.1.	A TITULARIDADE PRIVATIVA DA AÇÃO PENAL.....	55
4.1.1.	Conceitos iniciais e as funções das partes	55
4.1.2.	Ministério público como titular privativo da ação penal	55
4.2.	A REGRA DA CONGRUÊNCIA ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA.....	60
4.2.1.	Conceitos introdutórios. Acusação e Sentença	62
4.2.2.	Correlação entre acusação e sentença	66
5.	O JUIZ INQUISIDOR E O ART. 385 DO CPP	72
5.1.	TRINÔMIO PRETENSÃO ACUSATÓRIA, SISTEMA ACUSATÓRIO E CONTRADITÓRIO.....	72
5.2.	A CONDENAÇÃO EM FACE DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	74
5.3.	O RECONHECIMENTO DE AGRAVANTES NÃO ALEGADAS PELA ACUSAÇÃO.....	76
5.4.	ESCASSA JURISPRUDÊNCIA.....	77
5.	CONCLUSÃO	80
	REFERÊNCIAS	84

1. INTRODUÇÃO

O estudo acerca da matéria encontra a sua relevância teórica e prática no momento em que o artigo em estudo está em vigor, causando grave e constante violação a diversos direitos dos réus no processo penal. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito foi consolidado. Estado Providência, esse entendido como o Estado social, estado garantista e interventor, que vem como forma de efetivar os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, previsto constitucionalmente, devem ser a força motriz da relação Estado e sociedade, visando sim a intervenção, mas a intervenção deve ser proporcional e justa.

Tendo em vista o devido processo legal penal e os aspectos constitucionais, questões que devem nortear a aplicação e reforma do Código de Processo Penal. No presente trabalho monográfico serão abordados a evolução histórica e questões principiológicas que cercam o art. 385 do Código de Processo Penal, artigo esse que viola o sistema acusatório, como será explanado. O cerne da questão perpassa justamente sob a luz da Teoria do Garantismo Penal. Como poderia o juiz, terceiro imparcial e figura que deveria garantir o devido processo legal - estando neste compreendido o contraditório e ampla defesa - agir *ex officio*, proferindo sentença penal condenatória, mesmo com o pedido de absolvição pelo Ministério Público – titular privativo da ação penal - e/ou reconhecer agravantes que não foram alegadas pelo órgão acusador?

Na análise do sistema processual penal democrático, ou seja, conforme o Estado Democrático de Direito, o juiz deve ser afastado da *persecutio criminis*, do ato de ir atrás dos fatos e provas que levaram a instauração do processo penal, sendo-lhe vedada a atuação *ex officio*. Assim, sendo o Ministério Público titular privativo da ação penal (Art. 129, I, CF), quando o mesmo opinar pela absolvição, o juiz estará adstrito a esta, visando garantir a imparcialidade do julgador.

Objetivo com o presente estudo demonstrar que, sob um enfoque da evolução histórica dos modelos processuais penais e a luz da conformidade com a constituição, a impossibilidade do juiz, extrapolando as suas limitações funcionais,

sob o enfoque teórico da sistemática acusatória, proferir sentença condenatória, mesmo sem o pedido do Ministério Público, e/ou atribuir agravantes que não foram alegadas.

Somente assimilando a evolução histórica do processo penal que poderão ser vislumbradas as graves implicações teóricas e práticas que a violação ao contraditório resulta na sociedade. Instando salientar que, apesar da sua alta relevância para a ordem jurídica nacional, o presente estudo encontra escassa jurisprudência, muito embora a vasta doutrina.

Importante ainda destacar que o presente trabalho monográfico tem como intenção primária a análise dos sistemas processuais penais, quais sejam, o inquisitivo, o acusatório e o misto, este último se trata de uma construção equivocada. Em um segundo momento, já tendo em mente as vertentes processuais abordadas, será explanada a importância do sistema de garantias processuais penais. Insta salientar que não é pretendido o esgotamento do tema em comento, tendo em vista os diversos institutos e desdobramentos que o circunda.

Para melhor compreensão do tema, será dado destaque a análise de institutos correlatos ao processo penal: o devido processo legal, a imparcialidade do julgador, o contraditório - que é requisito imprescindível para a própria estrutura dialética do processo - a regra congruência e a mitologia da verdade, que servia como um dos princípios legitimadores do sistema processual penal inquisitorial. Sabe-se, ainda, que o contraditório diz respeito a própria essência do processo, onde as partes – acusador e acusado – vão dispor sobre a mesa processual os fatos, provas e argumentos, estando a solução posta nas mãos do terceiro imparcial, o juiz.

A reforma no CPP feita pela Lei 11.690/2008 perdeu uma excelente oportunidade de excluir do ordenamento jurídico pátrio o art. 385 do CPP. A nova redação não acrescentou nada substancial ao ordenamento jurídico brasileiro e é muito criticada por isso. Darei ao meu estudo, tal como faz boa parte da doutrina mais nova, uma

leitura Constitucional de tal dispositivo, preservando, portanto, o processo penal acusatório.

A importância do comentado tema é da mais fácil compreensão. Assim, há, sem sombra de dúvidas uma necessidade da inserção, estudo e aplicação do garantismo constitucional de forma simbiótica na esfera processual penal. Ora, como poderia ser diferente? O direito penal, a *ultima ratio*, representa a mais grave interferência do Estado na vida privada dos cidadãos, não podendo estes estarem alvedrio do julgador.

Dessa forma, a polêmica que entorna o assunto restou clara, bem como a sua importância para a sociedade, o que me motivou em aprofundar meus estudos sobre o tema para tentar apresentar algo que possa contribuir para a comunidade jurídica.

2. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E UMA ANÁLISE DE INSTITUTOS CORRELATOS AO PROCESSO PENAL

2.1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O presente trabalho monográfico começará o estudo do tema a partir de uma análise histórica dos sistemas processuais penais, o que possibilitará uma localização histórica do instituto em análise, demonstrando claramente o seu atraso e, posteriormente, a sua flagrante inconstitucionalidade.

2.1.1. SISTEMA INQUISITIVO

Preliminarmente, insta salientar que o sistema acusatório, historicamente, é anterior ao sistema inquisitorial, já tendo sido praticado na Europa continental, porém, por questões didáticas, o presente trabalho fará um recorte que não segue friamente a ordem cronológica.

O sistema inquisitorial, típico de Estados absolutistas, tem como principal característica a acumulação de funções de acusar, defender e julgar no mesmo órgão estatal, inexistindo o contraditório e a ampla defesa. Como bem assevera Gilberto Thums (2006, p. 203):

O direito à defesa não é típico desse modelo jurídico e a dialética não encontra espaço, já que a concepção do sistema é de que o acusado, que se presume culpado, não merece defesa e quando se tratar de acusado inocente o inquisidor descobre a verdade para absolvê-lo.

No mesmo sentido, assevera Aury Lopes Jr (2012, p. 122):

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação.

Por mais de seis séculos imperou o sistema inquisitorial na Europa continental (século XIII ao século XVIII). Porém, a sua queda não resultou na sua completa extinção, afinal, apesar da mudança de alguns detalhes, o princípio inquisitorial se encontra presente das mais diversas ordenações processuais penais, como a exemplo, o art. 385 do Código de Processo Penal (CPP), que será posteriormente combatido.

A fundamentação do referido sistema é a falácia do fim da criminalidade, apresentado como o sistema que dará a efetividade da prestação jurisdicional, como lecionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 40):

[...] o que se vê (no sistema inquisitório) é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido [...] O discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos. É que, conforme esse sistema, os direitos de um indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo.

Percebe-se que o discurso legitimador vem alçado na busca da mitológica “verdade real”, que será mais à frente esmiuçada. Mitologia principiológica talhada pela igreja católica que, locupletando-se da promiscuidade entre o direito canônico e o direito comum que imperava, viu ali a oportunidade de enaltecer seu poder e vergastar religiões não-cristãs. O resultado é quase matemático, a tortura e massacre dos pecadores, vistos como criminosos pelos inquisidores. Assim leciona o professor Aury Lopes Jr (2012, p. 116), vejamos:

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de "verdade real ou absoluta. Na busca dessa tal "verdade real", transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for "bem" utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema. [...] Para compreender a inquisição, é necessário situá-la num espaço-tempo, considerando o comportamento da Igreja. Trata-se de um sistema fundado na intolerância, derivada da "verdade absoluta" de que "a humanidade foi criada na graça de Deus" [...] A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter "absoluto". A lógica inquisitorial está centrada na verdade absoluta e, nessa estrutura, a heresia era o maior perigo, pois atacava o núcleo fundante do sistema.

Fora dele não havia salvação. Isso autoriza o "combate a qualquer custo" da heresia e do herege, legitimando até mesmo a tortura e a crueldade nela empregada.

No Brasil, o modelo inquisitorial permeou nosso ordenamento jurídico a partir da promulgação do CPP de 1941, com inspiração na codificação de Rocco, da Itália, dotado de viés altamente fascista, que deixou o juiz hierarquicamente superior as demais partes do processo, causando um desequilíbrio na relação processual.

De maneira didática, Gilberto Thums (2006, p. 203) realiza uma síntese do modelo inquisitivo: toda jurisdição penal está nas mãos do soberano, podendo este o delegar; a *persecutio criminis* se confunde com a função julgadora, restando nas mãos do inquisidor; o acusado é mero objeto da investigação, sem direito a defesa; o procedimento é secreto, aniquilando a possibilidade de contraditório e ampla defesa; as provas são produzidas e valoradas segundo previsão legal, reduzindo ao máximo a independência do juiz; há a possibilidade de apelação, com efeito devolutivo.

Como bem muito bem analise Aury Lopes Jr (2012), o principal erro do sistema inquisitorial foi repousar nas mãos de um único indivíduo, o juiz-inquisidor, as antagônicas funções de acusar, defender e julgar. Erro que custou séculos para começar a ser reparado e até hoje apresenta chagas ainda abertas em formas de artigos e incisos.

Feitas essas breves ponderações sobre o referido sistema, passa-se agora a análise do sistema acusatório, modelo que, apesar de não ser expressamente adotado pelo ordenamento pátrio, é o sistema adotado a partir de uma interpretação sistemática.

2.1.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

De maneira diametralmente oposta, passa-se a análise do sistema acusatório, sistema este que recheado de garantias e princípios que equilibram o jogo processual penal, como será aqui discorrido.

Importante ressaltar que a CF/88 não adota expressamente o modelo acusatório, assim sendo, não há consenso na doutrina no que tange essa questão, porém, a doutrina majoritária é pacífica ao compreender, nos mesmos moldes do professor Aury Lopes Jr (2012), que o sistema acusatório é adotado no Brasil a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal.

Neste mesmo sentido, podemos ver os ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 41):

[...] o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (Art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor.

Ainda, de maneira bastante didática, esclarece Roberto A. Falcone (2005, p. 14/15), sobre o sistema acusatório:

El sistema acusatorio requiere del juez una actitud pasiva, rígidamente separada de las partes, resultando el juicio una contienda entre iguales iniciado por la acusación, a quien compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en una audiencia contradictoria, oral y pública y resuelta por el juez según su libre convicción.

Percebe-se, então, que o ponto primordial do sistema acusatório é a divisão dos poderes e atribuições no jogo processual, esforçando-se ao máximo para que funções contraditórias, como acusar e defender, sejam atribuídas a personagens distintos, garantido o contraditório e ampla defesa.

Os professores Nestor Távora e Rosmar Alencar (2013, pg. 42) continuam e fazem uma importante observação:

Como se depreende, embora o Código de Processo Penal brasileiro seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos – conquanto existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que prestigiam

o sistema acusatório -, a sua leitura deve ser feita à luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao **constitucional acusatório**, corrigindo os excessos inquisitivos (interpretação conforme à Constituição)".

Isso posto, a leitura de alguns dispositivos legais contidos no CPP é de causar calafrios. Tal qual o art. 385 do referido diploma, que aqui será combatido, onde, remontando a histórica barbárie processual, autoriza o julgador a proferir sentença condenatória mesmo com o pedido de absolvição pelo órgão acusador, qual seja o *parquet*, e/ou a atribuição de agravantes que não foram alegadas pelo acusador. Além de pecar na total inconstitucionalidade, fere frontalmente o sistema acusatório e o princípio da correlação entre sentença e acusação, princípio este que será mais à frente analisado.

Ademais, imperioso destacar que um novo código se faz mais que necessário. O CPP brasileiro, de 1941, foi inspirado no Código Rocco da Itália, de 1930, que por sua vez, inspirado no modelo francês, possuía cunho eminentemente inquisitorial, porém, ainda em 1988 a Itália formulou novo Código, separando-se do modelo inquisitorial e adotando o acusatório. Ora, se até mesmo o código que serviu de inspiração caiu em face do seu caráter inquisitorial, porque o legislador brasileiro não age positivamente no sentido de fazer valer o modelo acusatório adotado pela CF/88? Se não o legislador, que os aplicadores tenham em mente que se devem valer de uma interpretação conforme a constituição e não pensar o processo penal como um sistema fechado e alienígena.

Ainda neste mesmo diapasão, de maneira concatenada e didática, confere clareza solar o ilustre Aury Lopes Jr (2012, p. 118/119), ao concentrar as características do sistema acusatório, quais sejam:

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

atendendo a critério de segurança jurídica (e social) da coisa julgada e; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Ademais, insta aclarar que o sistema acusatório não se confunde com o princípio acusatório, nas palavras de Geraldo Prado (2001, p. 125):

Assim, sustenta-se neste trabalho a premissa de que, por sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele que herda o nome: acusatório”.

Podemos compreender o princípio acusatório, na doutrina de Geraldo Prado (2001, p. 126), da seguinte forma:

Falamos, pois, ao aludirmos ao princípio acusatório, de um processo de partes, visto, quer do ponto de vista estático, por meio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, ou seja, pela observação do modo de como relacionam-se juridicamente autor, réu, e seu defensor, e juiz, no exercício das mencionadas funções.

Assim, como veremos quando falarmos da diferença entre regras e princípios, o princípio acusatório, como podemos compreender das lições expostas, funciona como um vetor norteador, sendo o sistema acusatória a sua materialização.

2.1.3. SISTEMA MISTO?

O chamado sistema misto, ou acusatório formal, tem como seu início na Revolução Francesa, tendo aqui tido o seu marco com o *Code d'Instruction criminelle* francês de 1808. Aqui, como remonta Nestor Távora e Rosmar Alencar (2013, p. 42):

Caracteriza-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes. Dissecando toda a persecução no sistema misto, temos: a) investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária; b) instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor; c) julgamento: só este último, contudo, sob o crivo do contraditório e da ampla-defesa; d) recurso: normalmente há o “recurso de cassação”, no qual se impugnam apenas as questões de direito, mas também é possível o “recurso de apelação”, no qual são impugnadas as questões de fato e de direito.

Seria, portanto, um suposto sistema acusatório, abarcado por contornos inquisitoriais. Um sistema meramente formal, onde a materialização do princípio acusatória não é alcançada.

Como Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, pg. 41) melhor denomina, é, em verdade, um sistema inquisitório reformado, e, nas palavras dele:

De qualquer modo, e com maiores ou menores variações, o sistema que se convencionou denominar de misto incorporou aspectos tanto do inquisitório como do acusatório, motivo pelo qual se prefere denomina-lo de inquisitório reformado. Na verdade, trata-se da subsistência do inquisitório que recebeu roupagem emprestada pelo acusatório.

Desenhadas essas linhas, analisamos agora o sistema processual penal brasileiro, onde, com a devida vênia, muitos doutos acreditam se tratar de um sistema misto, quando, em verdade, como já previamente explanado, trata-se de um sistema acusatório.

Como ensina Aury Lopes Jr (2012, p. 128):

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".

Lado outro, combatendo esse entendimento e demonstrando que resta descartada a afirmação de que o Brasil adota um sistema misto, vejamos as lições de Pacelli (2011, p. 13):

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.

De outra parte, somente quando (se) a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar contaminação do sistema, e, mais ainda, e, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reservasse a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro.

Assim, não podemos tomar como verdadeira a afirmação que no Brasil rege um sistema processual misto, tendo em vista que devemos limitar a definição do sistema processual a atuação do juiz, como ensina supra. Ainda, sabiamente ensina o professor Aury Lopes Jr (2012, p. 121):

Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na "prova" inquisitorial, disfarçada no discurso do "cotejando", "corroborando"... e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição.

Em uma análise da doutrina de Jacinto Coutinho (2001), que afirma ser o sistema misto um monstro de duas cabeças, e de Aury Lopes Jr, o principal problema do chamado sistema misto é que a prova é colhida, em uma primeira etapa, em um bojo absolutamente inquisitorial e a segunda etapa é marcada por uma mera encenação, uma etapa inquisitorial travestida de acusatória.

Na dicção de Jacinto Coutinho (2001, p. 124), o processo penal tem como seu sustentáculo a gestão da prova, estruturando o sistema em dois princípios norteadores:

Princípio dispositivo: funda o sistema acusatório; a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz-espectador). Princípio inquisitivo: a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz-ator [inquisidor]); por isso, ele funda um sistema inquisitório.

Seguindo a linha adotada por ambos, muito bem compreende Aury Lopes Jr (2012, p. 124-125):

Daí estar com plena razão JACINTO COUTINHO quando explica que não há - e nem pode haver - um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Para o autor, os sistemas, assim como os paradigmas e os tipos ideais, não podem ser mistos; eles são informados por um princípio unificador. Logo, na essência, o sistema é sempre puro. E explica, na continuação, que o fato de ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.

Porém, a doutrina não uníssonas, adotando o entendimento de que no Brasil temos um sistema misto, temos doutrinadores de peso, como Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 104-105):

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir).

Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto.

Abraçando entendimento diverso do acima explanado, o presente trabalho entende que, em verdade, adotamos um sistema acusatório, pois, apesar de haver um Código com forte influência inquisitiva, a interpretação deve ser feita sempre à luz da Constituição que, como o próprio Nucci afirma, adota o sistema acusatório. Desta forma, trata-se neste ponto de uma questão hermenêutica.

Ponto nodal estabelecido, faz-se mister colacionar os ensinamentos de Pacelli (2004) no que toca a hermenêutica no processo penal:

Mesmo quando determinadas matérias são tratadas ainda com hesitações em relações a extensão da aplicabilidade de algumas normas constitucionais, percebe-se que há uma grande convergência para a questão central: o processo penal brasileiro estrutura-se a partir do devido processo constitucional.

Que o nosso processo somente se realiza validamente se observados o contraditório e a ampla defesa já não resta qualquer dúvida, ocupando tais princípios posição de destaque na configuração de um modelo garantista, até porque não se pode pensar em igualdade processual sem a afirmação de ambos. Há, aliás, doutrina das mais consistentes que apresenta o contraditório quase como verdadeiro pressuposto de existência do processo.

Deste modo, o trabalho segue muito bem acompanhado doutrinariamente quando afirma que o Brasil adota o sistema acusatório, a luz da constituição, e não a falácia do sistema misto, como parcela minoritária da doutrina assim entende.

Feitos estes breves apontamentos históricos sobre os sistemas processuais, entraremos agora na análise de alguns institutos de processo penal que servirão de base para o estudo do tema principal, qual seja, o art. 385, que restará apresentado completamente inconstitucional.

2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS

2.2.1. NOÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Com o fito de melhor embasar e guiar a leitura do presente trabalho monográfico, o presente tópico será destinado a aclarar qual o posicionamento adotado no entendimento do que vem a ser princípios e regras. Tal esclarecimento se torna imperioso na medida em que a própria doutrina se divide em seu entendimento, assim, para evitar imprecisões, passa-se a análise dos mesmos.

O princípio, em sua análise semântica, segundo o dicionário Michaelis, é o momento em que a coisa tem origem, o começo, a origem. Empregando o termo a ciência do Direito, temos que os princípios são as ideias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico; são os valores básicos da sociedade que podem, ou não, se constituir em normas jurídicas, como bem afirma L. G. Grandinetti (2009, pg. 05).

De forma sintética, o professor Rogério Lauria Tucci (1986, apud Luíz Washigton Vita, 1964, p. 760), bem assevera o que vem a ser princípio, do ponto de vista filosófico:

Princípios são juízos – afirmações – sem os quais é impossível construir o sistema de relações em que cada ciência consiste. Pode-se, em alguns casos, considera-los evidentes, e em outros simplesmente convencionais; mas sempre são considerados como pontos de partida obrigatórios para construir o sistema de relações.

Ainda, tomando como premissa a análise filosófica e adentrando na esfera jurídica. Os princípios, para Roberty Alexy (2008, p. 90), são *mandamentos de otimização*, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim, pode-se entender como um “dever ser”, uma meta a ser alcançada. O princípio não é apenas uma fonte do direito, mas o seu fim, a sua finalidade.

Lado outro, no que tange o entendimento do que vem a ser uma regra, ainda coadunando da linha doutrinária de Roberty Alexy (2008, p 91), são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Assim, as regras contêm determinações, conteúdo no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível.

No que toca a distinção entre ambos, o presente trabalho adota a linha traçada por Robert Alexy (2008, 91-92), o qual esclarece que a diferença não jaz na generalidade, como muitos doutos assim entendem, pois há regras tão gerais quanto princípios, mas sim na qualidade da norma, sabendo-se que toda norma ou é princípio ou é regra.

Ainda, leciona Alexy (2008) que a distinção entre regras e princípios pode ser melhor vislumbrada na coalisão destas. Banhado desta análise, muito bem elucidada o professor Adelino Marcon (2004):

Não podem coexistir e menos ainda serem aplicadas ao mesmo fato, duas regras válidas e contraditórias entre si, devendo uma delas comportar cláusula ou, simplesmente, ser eliminada. Doutro lado, quando postos em confronto dois princípios, no caso concreto, exigem que o intérprete pondere o peso de cada um, de acordo com os direitos, deveres, pretensões ou interesse envolvidos, para decidir qual dos princípios conflitantes deva ser aplicado em maior grau.

Isso posto, deve-se deixar claro que é possível um embate entre princípios, mas não uma colisão entre uma regra e um princípio de ordem constitucional, tendo em vista a própria hierarquia entre as normas, como bem assevera Hans Kelsen (2000, p. 230).

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior

tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior.

2.2.2. PRINCÍPIOS E REGRAS APLICÁVEIS

Superadas as brevíssimas considerações acerca de regras e princípios, passa-se ao estudo de alguns institutos correlatos a análise do art. 385 do CPP. Conforme restará demonstrado adiante, a análise dos referidos princípios dará a clareza necessária para que se possa vislumbrar a total inconstitucionalidade do artigo em análise.

Inicialmente, faz-se fundamental esclarecer o princípio do devido processo legal, expresso no art. 5º LIV da vigente Constituição Federal. Passamos, agora, a sua análise histórica, sendo imperioso citar como o grande marco o art. 39 da Magna Carta, imposta em 1215, na Inglaterra, ao rei João Sem Terra, como forma de barrar as arbitrariedades do soberano:

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by de lawful judgment of his equals or by the law of the land.

Como leciona L. G. Grandinetti (2009), “law of the land” se refere ao direito e os costumes comumente aplicados e aceitos pelo *common law*. Ainda, neste mesmo sentido, colaciono ensinamento do professor Paulo Fernando Silveira (1997, p. 79):

Em sua gênese, o devido processo legal confundiu-se com a própria *common law*. O conceito depois evoluiu como modo de contenção do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar do membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, alcançou os departamentos subalternos do governo.

Tendo como principal origem a construção jurisprudencial dos tribunais dos Estados Unidos e Inglaterra, daí a confusão com o próprio *common law*, o princípio do devido processo legal era utilizado como instrumento de análise da razoabilidade e proporcionalidade das leis.

Quanto a aplicabilidade do “*due process of law*” duas facetas se emergiram, a substantiva e a procedimental, criando certo embate, o que mais tarde foi sanado tanto nas cortes norte americanas, quanto nas cortes brasileiras.

O devido processo legal, na sua linha substantiva, é o controle sobre os atos do próprio legislador, não se limitando a questões processuais que fossem levadas as cortes. Essa linha de raciocínio foi pela primeira vez, na jurisprudência, reconhecido, como afirma o ilustríssimo Paulo Fernando Silveira, citando o caso *Dred Scott v. Sandford* (1857) realizado na gestão do *Chief Justice Taney*:

“Uma lei que retira do cidadão sua propriedade em escravos, simplesmente porque ele traz tal propriedade a um território, é arbitrária, não razoável e, portanto, violadora do devido processo (A law which deprives a citizen of his property in slaves simply because he brings such property into a territory is arbitrary and unreasonable and hence violate of due process.)

Ademais, em seu viés puramente processual, o devido processo legal, como muito bem assevera o professor L. G. Grandinetti (2009, p. 142), pode ser entendido da seguinte forma:

Na sua acepção puramente processual, como já foi ressaltado, o devido processo legal vai impor a obediência estrita das normas processuais de forma que o processo penal traduza iguais oportunidades das partes no plano processual, a ampla defesa com todos os recursos inerentes, o contraditório, as demais garantias de juiz natural, publicidade e motivação dos atos judiciais.

Em suma, como muito bem sintetiza o ilustríssimo Carlos Velloso, ex-ministro do STF:

Due process of law, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as lei devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa” (ADIN – 1.511-7 DF – Medida Liminar)

Ademais, no que tange o devido processo legal na jurisdição penal, inicialmente é necessário colacionar os ensinamentos do mestre Enrique Bacigalupo (2005, p.

13), que assim explica o devido processo legal penal em face do Estado Democrático de Direito:

El debido proceso, por lo tanto, aparece como un conjunto de *principios de carácter suprapositivo y supranacional*, cuya legitimación es sobre toda histórica, pues proviene de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada, de la formación de la convicción de juez sobre la base de actas escritas en un procedimiento fuera del control público. Es, como la noción misma de Estado democrático de Derecho, un concepto previo a toda regulación jurídico positiva y una referencia reguladora de la interpretación del Derecho vigente.

Assim, podemos vislumbrar que o devido processo legal, na jurisdição penal, vem de forma tardia, em comparação a jurisdição cível, tendo em vista a mácula de séculos inquisitoriais que mancham a história, como já previamente abordado.

Os alarmantes índices de criminalidade e o dominante sentimento de impunidade serviram de combustíveis para a inquietação nacional, onde impregnados pelo sentimento de vingança, torna-se difícil defender as garantias constitucionais, como o devido processo legal, como o instrumento de solução. O sistema é falho, moroso e, muitas vezes, ineficaz, gerando a descrença da população. Porém, mal sabem que se a resposta estatal for na mesma moeda, na base da carnificina, estaremos apenas piorando todo o quadro. Como muito bem afirma Ada Pellegrini Grinover (1985, p. 48):

O Estado de direito deve combater o delito seguindo regras morais escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinquentes e de perder toda a autoridade e credibilidade. E as garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias do justo processo, assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões.

Ainda na mesma linha, brilhante ensinamento da mestra Railda Saraiva (1992, p. 69), em que esclarece como o processo penal serve a sociedade e não contra, como muitos assim o acham:

O processo penal e as garantias que o regem não são dirigidas aos criminosos, podendo ser alteradas conforme o grau de perversidade destes. A tutela se dirige à Sociedade como um todo e a cada indivíduo em particular, que pode, a qualquer momento, se transformar em suspeito ou acusado, ficando sujeito a abusos injustificáveis e a injustiças

irreparáveis se não cercado das garantias constitucionais que lhe asseguram um *devido processo legal*.

Embebecidos de uma ignorância consciente ou inconsciente, não sabe-se ao certo. Os justiceiros/carniceiros parecem ter uma fé cega de que o acusado ou é criado em laboratório ou é fruto de geração espontânea, mas nunca saíra do seu meio, da sua família, ou que até seja você. Todos estão sujeitos as mazelas de uma ação penal, o ser humano é falho e o sistema muito mais, e, por isso, o sistema deve se banhar das mais altas garantias para que as falhas sejam diminutas e os erros nulificados.

Fazendo uma separação didática, entremos agora no estudo de regras e princípios correlatos ao processo penal. Separação didática, pois os institutos estão de tal forma interligados que separá-los beiraria a incoerência.

Primeiramente, será traçada uma análise da imparcialidade do Juiz, prevista expressamente no art. 8º, §1, do Pacto de San José da Costa Rica, recepcionado pelo art. 5º, §2º, da vigente Carta Magna. Trata a referida convenção:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Vimos, então, que a Constituição pecou em não tratar expressamente o tema da imparcialidade do julgador, preenchendo essa lacuna com o pacto supracitado. Apesar disso, há doutrina no sentido de que a constituição não precisava tratar expressamente, por ser componente necessário do devido processo legal, como assim ensina Gustavo Henrique Badaró (2010):

A imparcialidade do julgador é elemento integrante do devido processo legal. Não é devido, justo ou equo, um processo que se desenvolva perante um julgador parcial. Bastaria isso para que se afirmasse que a Constituição tutela o direito de ser julgado por um juiz imparcial. Aliás, a imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz. Juiz parcial é uma contradição em termos.

A imparcialidade do julgador está intrinsicamente relacionada ao princípio do devido processo penal. Insta ressaltar que a imparcialidade do julgador é um pressuposto necessário para que o devido processo penal seja alcançado. Corolário entendimento do ilustre Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003):

A imparcialidade é uma decorrência natural do devido processo legal e de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito. Não há como se conceber uma atividade jurisdicional válida que não venha a ser conduzida por um juiz equidistante das partes processuais.

Ao decorrer, como leciona Marcos Zilli, o juiz deve estar despido de qualquer subjetivismo que turbe seu julgamento. A atuação do magistrado deve ser equidistante das partes, sem favorecer qualquer uma delas, sendo apenas um observador sem interesse. Como assim observa Juan Montero Aroca (1999, p. 186):

En correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión". La llamada imparcialidad, el que quien juzga no puede ser parte en el conflicto que se somete a su decisión.

Neste tocante, parece-me que o “dever ser” está distante. Enquanto o referido instituto prega o afastamento do juiz das partes, o transformando em um “observador sem paixão”, temos uma regra violando frontalmente este e outros princípios, o art. 385 do CPP, que autoriza uma verdadeira violência ao devido processo penal pelo Juiz, artigo este que, por ser o centro do trabalho, dedicarei um capítulo.

Após esse esclarecimento do instituto, faz-se imperioso destacar que a imparcialidade do julgador é uma regra e não um princípio. Relembrando os ensinamentos já previamente cotejados de Robert Alexy (2008), regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Assim, trata-se aqui de um valor absoluta, valor este que não pode ter uma aplicabilidade branda ou parcial, pois a mitigação do mesmo pecaria na mácula do seu conteúdo e feriria frontalmente o princípio do devido processo legal.

Realizando uma breve análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal, podemos verificar, em linhas introdutórias, como muito bem lecionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 62):

Os órgãos incumbidos da persecução criminal, estando presentes os permissivos legais, estão obrigados a atuar. A persecução criminal é de ordem pública, e não cabe juízo de conveniência ou oportunidade. Assim, o delegado de polícia e o promotor de justiça, como regra, estão obrigados a agir, não podendo exercer juízo de conveniência quanto ao início da persecução.

Ou seja, não há qualquer margem de discricionariedade aos órgãos incumbidos da persecução criminal. Dentro da temática do trabalho, focaremos na questão da obrigatoriedade frente ao Ministério Público, sendo o promotor obrigado a atuar, estando presentes os permissivos legais.

Ademais, insta salientar que não há a obrigatoriedade do oferecimento de uma denúncia, mas sim uma obrigatoriedade de atuação. Sabe-se, pela inteligência do art. 28 do CPP, que o MP pode requerer o arquivamento do inquérito policial. Desta forma, a obrigatoriedade reside apenas na necessidade de atuação.

A doutrina vai adiante no estudo do referido princípio, analisando ser possível a disponibilidade da ação penal, na medida em que o MP, já nos autos do processo, formula pedido de absolvição. Sendo requerido este pedido, o MP, titular exclusivo da ação penal, estaria abdicando da ação e, sendo ele o titular da ação, vinculará o juiz, sendo obrigatória a absolvição do réu.

Afinal, o MP deveria poder dispor da ação penal ou não? Este ponto encontra grande debate na doutrina.

Neste debate, Tourinho Filho (2007, p. 333) encontra-se favorável, vejamos:

O princípio da legalidade é o que melhor atende aos interesses do Estado. Dispondo o Ministério Público de elementos mínimos necessários para a propositura da ação penal, deve promovê-la (sem inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social). O contrário implicaria atribuir-lhe um desconchavado poder de indulto.

De forma contrária, leciona Jorge Figueiredo Dias (1974, p. 130-131, apud Antonio Scarance Fernandes)

Só o ponto de partida, porém: bem se compreende que relativamente a certos casos concretos, a promoção e a prossecução obrigatórias do processo penal causem à comunidade jurídica maior dano que vantagem – máxime, atendo o pequeno significado da questão para o interesse público, ou conexas com dificuldades de prova, inflação do número de processos, pequena probabilidade de executar a condenação etc. (...) em que, tais casos, se deixa ao MP uma certa margem de discricionariedade no procedimento.

Vejamos, então, que a divisão doutrinária se compreende no receio de conceder ao MP o poder de indulto desregrado. Desta forma, adotando o posicionamento do professor Jorge Dias, o presente trabalho monográfico compreende que é possível sim a relativização da obrigatoriedade da ação penal, tendo em vista as muitas situações onde o oferecimento da denúncia acaba por ser uma mera formalidade, gerando apenas gastos para o aparelho estatal, além de gastar tempo que poderia estar sendo utilizada em questões mais frutíferas. Frise-se que não se trata de um desconchavado poder de indulto, como teme o mestre Tourinho, mas uma possibilidade regrada, como dispõe Jorge dias.

Ademais, do princípio da obrigatoriedade decorre o princípio da indisponibilidade, onde impede, após proposta a ação penal, que o Ministério desista da ação. Neste sentido lecionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 62).

Com efeito, (...) o promotor não pode desistir da ação interposta (art. 42, CPP). Caso o membro do Ministério Público esteja convencido, após a instrução probatória, da inocência do réu, deve manifestar-se, como guardião da sociedade e fiscal da justa aplicação da lei, em sede de alegações finais, pela absolvição do imputado, o que não significa disponibilidade do processo.

O presente trabalho adota parcialmente a linha acima transcrita, na medida que compreende se tratar de uma disponibilidade da ação quando o Ministério Público requer a absolvição.

Neste mesmo sentido, importante lição de Elmir Duclerc (2011, p. 170)

É preciso, ainda, fazer alguma referência à regra do art. 385, do CPP. É que, como já dissemos, há quem veja o citado dispositivo como necessária manifestação do princípio da obrigatoriedade/indisponibilidade, na medida em que permite ao juiz proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha opinado, nas alegações finais, pela absolvição. Afinal, se o parecer do Ministério Público vinculasse a decisão do juiz, isto é, se o juiz só pudesse condenar quando o MP insistisse na condenação, o órgão da acusação estaria, de forma indireta, dispondo da ação penal ao pedir absolvição.

E continua:

É que, se obrigatória deve ser a pretensão de liberdade, nada pode impedir que ela seja inviabilizada pelo próprio órgão da acusação através de um pedido de absolvição que deve vincular a decisão do juiz. Observe-se, contudo, que essa disponibilidade da acusação, por parte do Ministério Público, através de um pedido de absolvição jamais poderá ser utilizada como instrumento de manobra estratégica do órgão de acusação para oferecer a absolvição a um acusado a fim de obter uma delação que permita condenar outros.

Assim, adotando os ensinamentos transcritos, compreende a monografia que o melhor entendimento é no sentido de que o pedido do MP vincula o julgador, e, assim sendo, no pedido de absolvição, estaria, de forma embutido e indiretamente, dispondo da ação penal.

Seguindo adiante, importante esclarecer a regra da inércia da jurisdição. Em uma análise que remonta a história, muito bem abordam Paulo Cláudio e João Batista Tovo (1989, p. 42), ao tratarem da nova constituição e suas modificações no processo penal, neste ponto, tratando do art. 129, I, da CF/88 que instituiu o MP como titular privativo da ação penal.

Abolida, finalmente, a chamada “ação penal de ofício” ou o procedimento de ofício de todo o ordenamento jurídico (delitos de trânsito, crimes de deserção e insubmissão e contravenções). Nenhum outro órgão estatal senão o Ministério Público poderá, doravante, deduzir pretensão punitiva do Estado em juízo, como acontecia antes do advento da nova Constituição.

Assim, a nova constituição, ao extirpar a possibilidade de ação penal de ofício, consagrou a inércia da jurisdição como forma de garantia do devido processo penal.

Pensando criticamente sobre o tema, muito bem compreende Aury Lopes Jr (2012, p. 189):

É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. De nada basta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora.

Desta forma, podemos perceber que a inércia da jurisdição muito se liga a imparcialidade do julgador, tendo em vista que no momento que o juiz assume atos tipicamente da parte acusadora, em busca da mitológica verdade real, ele já estará se contaminando com um prévio convencimento, ferindo a imparcialidade do julgador e, conseqüentemente, maculando todo o processo.

Analisaremos, agora, o princípio do contraditório e da ampla defesa, estampados expressamente no art. 5º, LV, da CF. A ampla defesa, pode-se dizer, trata-se de um princípio mais amplo, estando o contraditório inserido neste. Sobre a ampla defesa, ensina Railda Saraiva (1992):

O direito de defesa está intimamente vinculado ao devido processo legal, pois a circunstância de ter alguém assegurada ampla defesa em juízo consiste, em última análise, em que não poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem a garantia de pressupões a tramitação do de processo segundo a forma estabelecida em lei.

Continua a doutrinadora, utilizando-se, ainda, de ensinamento do professor Joaquim Almeida, sobre o contraditório:

É o contraditório que garante o direito de defesa, constituindo-se na lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida 'expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los". Desdobra-se, assim, o contraditório em dois momentos: a informação às partes, propiciando conhecimento e juízo sobre os fatos; e a possibilidade e oportunidade de reação aos atos desfavoráveis.

Trataremos mais especificamente sobre o princípio do contraditório, tendo em vista o seu caráter mais específico e delineado, ajustando-se, assim, aos moldes do trabalho. Sobre o referido, colaciono a doutrina de Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2003, p. 28-29):

A essência do princípio do contraditório residiria, assim, na garantia da discussão dialética dos fatos da causa. Para tanto, impende estabelecer, no processo, a oportunidade de fiscalização recíproca dos fatos praticados pelas partes. A audiência bilateral, que a regra latina já traduzia – “audiatur et altera pars” (“seja ouvida também a parte adversa”) –, há de ser assegurada mediante a concessão de vista à parte contrária dos pedidos e alegações formulados pela outra parte, assim como dos documentos que uma delas junte aos autos, a fim de que possa o ex adverso refutar os argumentos expendido ou fazer prova contrária. Resumir-se-ia, assim, esse princípio à igualdade das partes litigantes.

Assim, como muito bem apresentou os dois doutrinadores supracitados, o contraditório visa garantir a dialética no processo, sendo um desdobramento mais que necessário para que o devido processo legal seja atendido e, por conseguinte, o sistema acusatório seja materializado.

Importante salientar que o entendimento que gira em torno do princípio do contraditório já superou a afirmação de que se trata de direito de defesa, como bem assevera o mestre Paulo Medina (2003, p. 29):

A palavra-chave para sintetizar o princípio do contraditório deixou de ser, pois, o termo *defesa* (“no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia”) para passar a ser o vocábulo *influência* (“no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo”).

Não basta assegurar, pois, igualdade de possibilidades às partes. É mister que se lhes dê oportunidade de participar da prática de todos os atos processuais relevantes e de influir no sentido de uma decisão favorável ao seu interesse.

Ademais, lecionam Nestor Távora e Rosmar Alencar (2013, p. 58) sobre a importância da materialidade desse contraditório, colaciono:

De modo diverso ao que ocorre no âmbito processual civil, no processo penal não é suficiente assegurar ao acusado apenas o direito à informação e à reação em um plano formal. “Estando em discussão a liberdade de locomoção, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer reação à pretensão acusatória, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor”. Nesse sentido o Código de Processo Penal assegura o contraditório em sua acepção material, como ocorre no art. 261, que estabelece a necessidade de defensor que exerça “manifestação fundamentada” e o art. 497, V, que atribui ao juiz presidente do Tribunal do Júri o dever de atribuir novo defensor, caso considere o acusado “indefeso”.

De tal modo, no decorrer do trabalho monográfico veremos de forma mais esmiuçada como o art. 385 do CPP agride frontalmente o princípio do contraditório, ao conceder, na segunda parte do artigo, ao julgador a possibilidade de uma condenação em agravantes não alegadas pela acusação. Uma verdadeira teratologia jurídica.

Faz-se mister, agora, traçar breves apontamentos sobre a regra da correlação entre acusação e sentença. Sendo que esta regra está inserida no princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como da regra do devido processo legal. Neste mesmo sentido, elucida Gustavo Henrique Badaró (2010, p.32):

A regra da correlação entre acusação e sentença é uma decorrência do princípio do contraditório. Uma das maneiras de se assegurar o respeito ao princípio do contraditório é evitar que o juiz, na sentença, possa julgar tendo em vista um fato não imputado ao réu.

Sobre a regra, ressaltando a importância da regra da congruência e da sua relação direta com o princípio do contraditório, ensina Faustino Cordon Moreno (1999, p. 182-183):

Según una abundante doctrina del TC, la incongruencia procesal, en cuanto inadecuación de las resoluciones judiciales respecto de las pretensiones de las partes, comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la desviación producida altera de modo decisivo los términos en que se desarrolla el proceso, sustrayendo a las partes el verdadero debate contradictorio y produciéndose un fallo no ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones.

Para fins de localização didática, o professor espanhol, aqui, traça uma crítica ao instituto conhecido no Brasil como a *emendatio libelli*, caracterizada pela mudança da definição jurídica, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, inteligência do art. 383 do CPP.

Analogamente, é plenamente possível a aplicação da referida crítica ao objeto de estudo da presente monografia, tendo em vista que a aplicação de agravantes não alegadas pela acusação fere a regra da congruência e, por conseguinte, macula o contraditório e ampla defesa.

Neste mesmo sentido, debruça-se sobre o tema L. G. Grandinetti (2009):

Por decorrência do princípio da correlação entre sentença e pedido, é indispensável, sempre, que o Ministério Público adite o pedido no caso de *mutatio* ou *emendatio*, bem como, em obediência ao princípio de ampla defesa, o réu se manifeste especificamente sobre o adiante, devendo novamente ser citado e interrogado.

Desta forma, percebe-se que o julgador, atendendo aos preceitos acusatórios, deve se ater aos fatos e fundamentos apresentados pelas partes no jogo processual, proferindo, assim, uma sentença que tenha correlação com a acusação.

Finalizando o capítulo, vamos tecer breves comentários sobre o princípio da verdade real, também chamada de verdade material, histórica e objetiva, como destaca Nicolás Guzmán (2006). Assim, como bem conceitua Julio Fabbrini Mirabete (2002, p. 44):

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.

Conceito base apresentado, insta aclarar que temos, historicamente, dois tipos de chamadas verdades no processo penal, a verdade material e a verdade formal. A verdade material, como ensina Nicolás Guzmán (2006, p. 32-33), banhando-se das lições do ilustríssimo Ferrajoli:

Lo cierto es que esta verdad material siempre estuvo emparentada al modelo inquisitivo y ello es así por ella tipo de verdad al que apunta este sistema: a la verdad absoluta. Ferrajoli llama a esta verdad material con el nombre de verdad sustancial, y la explica como la verdad a la que aspira el modelo sustancialista del derecho penal, es decir, una verdad "omnicomprensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales.

Percebe-se, como apresentado, que a verdade real era típica de um modelo inquisitorial, onde a busca incessante pela punição não tinha qualquer tipo de limitação. Torturas eram típicas para que o julgador alcançasse a verdade real. Assim, com o alvorecer do modelo acusatório, esse mitológico princípio perdeu todo o seu embasamento, não sendo possível se falar mais no mesmo como uma finalidade.

Lado outro, a verdade formal, como ensina o mesmo autor, é um tanto diferente, vejamos:

La 'verdad formal', por su parte, se refiere a los hechos que son alegados por las partes, donde al juez no cumple ningún rol investigativo y donde aquéllas pueden incluso disponer de los hechos y del derecho. En afecto, en el tipo de procesos donde ellas es perseguida (como en el proceso civil), las partes pueden disponer de las pruebas e incluso pueden no introducir hechos que tal vez resultarían relevantes para la decisión.

A disponibilidade inerente e a ausência de qualquer poder instrutório do julgador marcam a busca da verdade formal. Instituto tipicamente de direito privado, do processo civil, não pode se aplicar em sua inteireza ao processo penal, tendo em vista as suas peculiaridades específicas, como a indisponibilidade da ação penal.

Temos, então, dois tipos de verdades bastante distintos, sendo necessária a sua harmonização para adequar ao processo penal acusatório. Assim, hoje já não faz muito sentido esta divisão, salvo didática, entre a verdade formal e a verdade material, tendo em vista que o atual panorama processual penal constitucional em que estamos inseridos, isto quando o aplicador faz a correta interpretação do CPP à luz da CF e não como um sistema apartado e alienígena. Neste mesmo sentido, os ensinamentos de Nicolás Guzmán (2006, p. 31):

De cualquier manera, la verdad real o material siempre se emparentó al proceso penal, precisamente, por la forma en que ella fue históricamente buscada. Tal vez hoy ya no tenga demasiado sentido hacer esta división entre verdad material y verdad formal, porque lo cierto es que los mecanismo de que se nutre actualmente el proceso penal – y los límites que enfrenta en respeto de las garantías – para conocer la verdad y el grado al que ha llegado la discusión epistemológica, solo permiten hablar de verdaderas relativas que distan mucho de las míticas verdades absolutas con las que generalmente se emparenta la verdad real(e el modelo inquisitivo en que ella es buscada). (...) La diferencia entre “verdad material” y “verdad formal”, por lo tanto, siendo el resultado de dos metodologías completamente diversas, puede ser entendiendo según el diferente o contenido que se adscribe a una e a otra.

Continuam os ensinamentos os professores Guilherme Marinho e Leonardo Avelar Guimarães (2011):

O ordenamento jurídico, na medida em que impõe limites à atividade probatória, visa à certeza jurídica, que pode ou não corresponder à verdade objetiva (que acreditamos impossível); ao delimitar o procedimento probatório e seus resultados, determina ao julgador que creia nos fatos expostos nos autos- respeito o princípio da persuasão racional, como acontecidos exatamente daquela forma. Ou seja, ocorre a certeza jurídica (quanto aos fatos e quanto ao procedimento) quando haja a convicção através de um juízo indutivo, de que os fatos foram “reconstruídos” dentro das possibilidades e dos limites impostos pela lei à atividade probatória e aos seus resultados, o que vai legitimar, quando do provimento final, a aplicação de uma determinada norma ao caso *sub judice*, mesmo que esta não fosse aplicada à espécie se se conhecesse a realidade objetiva (certeza jurídico quanto ao direito).

Por fim, esclarece de maneira brilhante o doutrinador Pacelli (2012, p. 323-324), estabelecendo bela crítica ao aludido princípio:

O aludido princípio, batizado como da *verdade real*, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial *supletiva* e *substitutiva* da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos *autorizava*, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no."

Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica.

De fato, embora utilizando critérios diferente para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação da sua certeza.

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 302, CPC) sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade *formal*, porque decorrente de uma *presunção legal*), exigindo-se a *materialização* da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade *material*.

Destarte, percebe-se que há um suposto conflito na doutrina de Pacelli e Ferrajoli no que tange a conceituação da verdade formal e a verdade material. Explico. O que Ferrajoli aponta como verdade material ou substancial, é remontado ao modelo substancialista de direito penal, significando, aqui, a verdade absoluta. Lado outro, quando Pacelli aponta o termo da verdade material, ele está valendo-se do entendimento de que as provas devem ser materializadas, daí o termo verdade material. Isso posto, não há qualquer conflito entre os mestres, visto que ambos refutam a busca da Verdade Real.

Após esses breves apontamentos principiológicos, entremos agora no estudo da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, bem como iremos realizar apontamentos no que tange a necessidade da correlação entre a acusação e sentença, dando, assim, todo o arcabouço teórico necessário para a completa análise do art. 385 do CPP.

3. TEORIA DO GARANTISMO PENAL COMO FORMA DE EFETIVAR O DEVIDO PROCESSO PENAL

Neste capítulo, o trabalho irá se debruçar brevemente sobre a Teoria do Garantismo Penal, talhada por Luigi Ferrajoli. Insta esclarecer que o atual capítulo não tem nenhum fito de esgotar a teoria, tendo em vista a sua complexidade e extensão. Em verdade, analisaremos alguns pontos da referida, de forma a embasar a crítica que posteriormente será traçada sobre o art. 385 do CPP, deixando clara a sua completa inconstitucionalidade.

3.1. O MODELO GARANTISTA E OS SEUS DEZ AXIOMAS

Preliminarmente, no prólogo da obra de Luigi Ferrajoli, Bobbio (1989, p. 9-10) muito bem define em linhas gerais como se deve enxergar o garantismo:

(...) Antes de tudo, elevando-o a modelo ideal do Estado de direito, entendido não apenas como Estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado social, chamado a proteger também os direitos sociais; em segundo lugar, apresentando-o como uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e, por último, interpretando-o como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva.

Seguinte adiante, a teoria do Garantismo penal foi desenvolvida com o fito de proteger as liberdades dos cidadãos frente as ingerências abusivas do Estado. Neste sentido, define Luigi Ferrajoli, em entrevista concedida a Fauzi Hassan Choukr (1999):

Garantismo é antes de tudo um modelo de direito. Neste sentido, significa submissão a lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitados, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois essa noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno. [...]

Antes de tudo, é necessário recordar que o garantismo nasce no âmbito dos direitos individuais, na tradição iluminista, como forma de limite ao poder soberano estatal (liberdade pessoal, de consciência, etc.), sendo necessário precisar, ainda, que teve muita influência nesse processo a

estipulação dos direitos positivos sociais, agregados aos direitos negativos de liberdade.

Neste trecho da entrevista temos duas importantes ressalvas a serem feitas, onde uma, inclusive, que coaduna com a linha central do presente trabalho. Primeiro, afirma o doutrinador que a presente teoria em estudo se trata de um modelo de direito, ou seja, um modelo a ser seguido, um modelo pelo qual os Estados democráticos devem se embasar, de forma que afaste as influências inquisitoriais e abrace as liberdades e garantias. Segundo, a submissão a lei constitucional, ou seja, não há de vigor o art. 385 do CPP no atual panorama judiciário, posto que a CF/88 adota sistematicamente o sistema acusatório, como já explanado previamente, não coadunando com o caráter inquisitorial latente do artigo em análise.

Ainda, imperioso observar que o modelo aqui tratado se trata de um modelo limite, ou seja, um dever ser que, infelizmente, é utópico, como bem admite Ferrajoli (2002, p. 33):

Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptarem perfeitamente a ela. A ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, como veremos a partir desse capítulo, a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo “verdadeiro” quanto os critérios de aceitação da “verdade” no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade.

Apesar de utópico, o modelo deve ser adotado pelos sistemas jurídicos e aplicado pelos operadores do direito, seja na esfera judicial, seja na esfera legislativa, devendo ser usado como uma das hipóteses de verificação da validade da norma, como será explanado posteriormente.

Cediço que o processo penal é uma das mais fortes interferências do Estado frente ao cidadão, tendo em vista a latente possibilidade do sujeito ter direitos restringidos e a própria liberdade tolhida. Desta forma, deve o processo ser revestido de

garantias, deve o Estado adotar a Teoria do Garantismo Penal e, como todos esforços possíveis, efetivá-la.

Com as belas palavras de Francesco Carnelutti (1995, p, 46), tornam-se claras as misérias do processo penal:

O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável como aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. [...] O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, relembremos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.

Estamos diante de uma civilização falida de valores, a sede de vingança e sangue parecem cegar todos por completo. Desta forma, deve o processo tentar ao máximo se blindar dessas interferências, almejando as garantias, de tal forma que proteja os indivíduos, sujeitos que a qualquer momento podem ser alvos de ações penais.

Ainda, elucida o professor Rômulo Moreira (2014):

É preciso afirmar e reafirmar que o Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal (como o Processo Civil é um mero instrumento de efetivação do direito material extra penal), mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado. Certamente sem um processo penal efetivamente garantidor, não podemos imaginar vivermos em uma verdadeira democracia. Um texto processual penal deve trazer ínsita a certeza de que ao acusado, apesar do crime supostamente praticado, deve ser garantida a fruição de seus direitos previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito

Desta forma, todos esforços devem ser empregados na busca do modelo-limite do Garantismo penal.

Seguindo adiante, passo agora para a análise dos dez axiomas propostas na Teoria do Garantismo Penal. São eles, segundo Ferrajoli (2002, p. 75):

1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido

estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre o juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Do 8º axioma ao 10º axioma, temos princípios concernentes ao processo, os quais vão responder a pergunta “quando e como julgar”. Desta forma, como já advertido, me debruçarei somente sobre a análise destes princípios, tendo em vista a intrínseca correlação com o tema aqui trabalhado.

3.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

Antes de adentrarmos no quesito de “Quando e como julgar”, faz-se necessária uma análise do princípio da legalidade estrita, alargando o embasamento teórico no qual a crítica ao art. 385 do CPP será construída.

Como dito anteriormente, o presente trabalho irá focar nos três últimos axiomas propostos por Ferrajoli, porém, tendo em vista que o trabalho monográfico se debruça criticamente sobre o art. 385 do CPP, é mais que necessário analisar o terceiro axioma, qual seja, *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal), que visa influenciar o legislador adotar o espírito garantista.

Frise-se que o princípio da legalidade estrita é distinto do princípio da mera ou lata legalidade expresso no segundo axioma, como adverte Ferrajoli. Enquanto que a mera legalidade condiciona a punição a prévia existência de lei que tipifique a conduta, a legalidade estrita atua como uma condicionante da lei, exigindo a presença de todas as garantias expressas nos axiomas.

Este terceiro axioma enuncia o princípio da legalidade estrita, que ocupa uma posição de peso no sistema de garantias. O presente axioma é direcionado ao legislador, onde o mesmo deve promover leis sob o intuito de garantia das liberdades do cidadão, sob pena de pecar na validade ou legitimidade da norma.

Nesta mesma vertente, o autor da teoria sintetiza (p. 76):

(...) a simples legalidade de forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que preveem penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional, é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes.

Destarte, vislumbra-se que o presente princípio atua como uma condicionante a norma. A validade da norma pode ser verificada de inúmeras formas, aqui, ela é balizada dentro de um sistema de garantias, ou seja, a norma deve assegurar as liberdades dos cidadãos e limitar a atuação do Estado.

Além dessa forma de verificação da validade estampada no princípio da legalidade estrita, vale lembrar o exposto nas linhas introdutórias do trabalho, onde foi traçada uma análise entre princípios e regras e vimos a existência da clássica forma de averiguação da validade, que é a adequação hierárquica da norma. A norma não pode ir de encontro a norma hierarquicamente superior.

Neste sentido, Kelsen (2000, p. 230) pontua:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior.

Sobre a supremacia constitucional perante as demais regras, ensina o mestre Bonavides (2004, p. 296-297).

As constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos

Pelo exposto, verifica-se claramente que o art. 385 do CPP não possui validade. Enquanto, calcado na Teoria do Garantismo Penal, ela viola frontalmente princípios como a correlação entre a acusação e sentença e o contraditório, 8º e 10º axiomas respectivamente; de outro lado ela fere o sistema acusatório presente na CF/88. Assim, deve o mencionado dispositivo ser pinçado e retirado do sistema jurídico brasileiro.

3.2. QUANDO E COMO JULGAR? O PROCESSO PENAL GARANTISTA

No presente tópico será realizada uma breve análise dos três axiomas correlatos ao processo penal, quais sejam: o princípio acusatório ou da separação entre o juiz e acusação; o princípio do ônus da prova ou da verificação e o princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. Após, será traçada uma análise da finalidade do processo penal na sociedade.

Comentando o modelo garantista e dando a devida importância aos princípios propostos pela mesma, Gomes Filho (2006):

A originalidade dessa construção consiste, principalmente, na ideia de inseparabilidade das diversas garantias penais e processuais, tornando evidente a ilegitimidade dos sistemas que, embora consagrando determinados princípios garantistas, mostram-se desatentos para outros. De nada valeria, por exemplo, proclamar a legalidade dos crimes e das penas se, ao final, não são assegurados o contraditório e a defesa ao acusado. Só a observância conjunto de todos os postulados pode caracterizar um sistema concreto como verdadeiramente garantidor da liberdade individual.

Isso posto, percebe-se a importância do sistema jurídico abarcar todos os princípios propostos por Ferrajoli. Não obstante forcarmos em apenas três no presente tópico, não há qualquer atenuante no valor das demais.

Importante esclarecer que os três princípios serão abordados de forma breve, sem correr o risco de incorrer em demasiada repetição, tendo em vista que tais foram explanados no primeiro capítulo. Tenho o fito de apenas apresentar a abordagem traçada por Ferrajoli e, após, será realizada uma análise crítica do processo penal garantista, como ele é efetivado e qual a sua função.

O primeiro princípio aqui tratado, enunciado no oitavo axioma da teoria, é o princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação (*nullum iudicium sine accusatione*), que pode ser, em breves palavras, entendido da seguinte forma, como ensina o mestre italiano Ferrajoli (2002, p. 454-455):

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente importante pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, exigida por nosso axioma A8 *nullum iudicium sine accusatione.*, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas em nosso modelo teórico SG. Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de *parte* – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado.

Ainda, se o não atendimento a um princípio gera a ilegitimidade do sistema, dentro dos moldes acusatórios e garantista, como exposto por Gomes Filho, conceba a mácula que a violação do princípio da separação entre o Juiz e a acusação geraria na legitimidade do sistema.

Pelo exposto, por entender Ferrajoli que o presente axioma representa o elemento mais importante do modelo teórico acusatório, o seu não atendimento gera a irrefutável ilegitimidade da norma, como prescreve o mestre italiano quando trata do princípio da legalidade estrita.

Tratando do princípio seguinte, analisaremos agora o princípio do ônus da prova, enunciado no nono axioma (*Nulla accusatio sine probatione*). Apesar de, *prima facie*, não parecer ter correlação direta com o tema do presente trabalho, veremos que, na realidade, o seu estudo é essencial para a compreensão de como deve ser o processo penal efetivamente garantista.

Neste diapasão, analisa Ferrajoli (2002, p. 452), ao tratar do ônus da prova como marco do processo acusatório.

Justamente pode-se chamar acusatório todo o sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual

compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.

Verifica-se que o ônus da prova deve recair sobre a acusação, não podendo o juiz proceder de ofício à procura, à colheita e à avaliação da prova, sob pena de incorrer na clara mácula a regra do juiz imparcial, como já visto no primeiro capítulo. Ao juiz se adentrar na formação das provas, ele está se contaminando, o que acarretará no desequilíbrio do embate processual.

Em cotejo com o vigente sistema jurídico brasileiro, Pacelli (2013, p.11) analisa a questão:

No campo da distribuição dos ônus da prova, a Lei nº 11.719/08 parece ter adotado uma linha visivelmente acusatória, ao eleger as partes como protagonistas na fase de inquirição de testemunhas, reservando-se ao magistrado a função, supletiva, de esclarecimento dos depoimentos. No ponto, há certo descompasso com a regra geral do art. 156 do mesmo CPP, na qual se confere ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao juiz, frequentemente legitimada pelo decantado princípio da *verdade real*.

Dessa forma, Pacelli, coadunando com o exposto, compreende que não pode ser dada ampla liberdade de iniciativa probatória ao juiz, muito menos sob o infantil argumento da mitológica verdade real, presente apenas na cabeça dos inquisidores sedentos de condenação.

Caminhando em passos largos, completaremos agora a brevíssima análise dos axiomas selecionados. Deste modo, fechamos com o princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (*Nulla probatio sine defensione*), que, em linhas introdutórias, dispõe Ferrajoli (2002, p. 490):

O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui como o axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia [...] como principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais instrumento de

solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas.

Ainda, sustenta o mestre italiano a importância do contraditório para a efetivação do sistema acusatório, sendo este impraticável dentro de uma conjuntura inquisitorial. Neste diapasão, o princípio do contraditório visa conceder paridade de armas as partes no jogo processual, ou seja, equilibrando a relação entre a acusação e defesa no processo penal.

Adotando consoante compreensão no que tange a relevância do contraditório na legitimação do processo penal efetivamente garantista, leciona Geraldo Prado (2001, p. 43):

A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas, com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento.

Pelo exposto, verificaremos brevemente três institutos correlatos ao tema em análise, que serão devidamente correlacionados no último capítulo, o qual me debruçarei sobre o art. 385 do CPP. Apesar da breve análise, a mesma resta essencial para a posterior compreensão da total invalidade e inconstitucional do referido artigo.

3.3. FUNÇÃO DO PROCESSO PENAL GARANTISTA

No presente tópico serão feitas anotações referentes a função do processo penal efetivamente garantista, bem como análises críticas do mesmo. Aqui compreenderemos como o processo penal deve ser enxergado tanto pela sociedade, tanto para os aplicadores do direito. Após essa análise, vislumbraremos com clareza para que se presta o processo e como o art. 385 está a desvirtuar a sua função.

Em linhas introdutórias, no que toca a função do processo penal efetivamente garantista, temos importante lição de Ferrajoli (2002, p. 483):

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira.

Aqui verificamos, como já previamente estabelecido, o erro na utilização do termo “pretensão punitiva”, tendo em vista que há, em verdade, no máximo, como aponta Rômulo Moreira, uma pretensão acusatória. Não poderia, lastreando no pensamento exposto de Ferrajoli, o Estado ter uma pretensão punitiva, tendo em vista a nítida caracterização da “caça às bruxas”.

Figurando no polo passivo da relação está o acusado, sujeito que antes mesmo da condenação já sofre as mazelas do processo penal. A cultura sanguinolenta bombardeada pela mídia forma uma simples equação, processo penal é igual a delinquente, e caso não haja condenação, o aparelho estatal é corrupto. A chamada “pretensão punitiva” é a mais clara pretensão da sociedade, a qual, felizmente, não é titular da ação penal.

Ademais, realizando uma análise entre o garantismo e o processo penal, temos importante lição de Alexandre Morais da Rosa (2010, p. 44):

A Teoria Garantista representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estrutura a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político-jurídico do Estado, aberto ao devir. A *Constituição* é uma disposição fundante da convivência e fonte da legitimidade estatal, não sendo vazio, mas uma coalizão de vontades com conteúdo, materializados pelos Direitos Fundamentais. A história do constitucionalismo é a progressiva ampliação da esfera pública de direitos, de conquistas e rupturas. Em outras palavras, a Constituição nesta concepção garantista, deixa de ser meramente normativa (formal),

buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e do Processo Penal.

Verificamos da análise do pensamento supracitado que o Garantismo resgata seu conteúdo formador para que seja praticamente aplicado no âmbito do Direito e do Processo Penal. A Teoria do Garantismo Penal, dentro da análise processual, busca dar a válida ao processo, o preenchendo de garantias e direitos necessários para a manutenção de um Estado verdadeiramente democrático.

Desta forma, percebe-se a nítida correlação entre a necessidade do estabelecimento de garantias ao acusado, além deste ser o próprio mecanismo que concede validade ao processo penal.

Caminhando em passos largos, adentremos brevemente agora na função do processo penal efetivamente garantidor. Nesta seara, importante colacionar os ensinamentos do professor Aury Lopes Jr (2012), que realiza uma análise da função instrumental do processo:

(...) a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. É o que denominamos instrumentalidade garantista.

(...)

A conclusão é que o processo não pode ser considerado como um fim em si mesmo, pois sua razão de existir está no caráter de instrumento-meio para a consecução de um fim. Esse fim não deve ser exclusivamente jurídico, pois a instrumentalidade do sistema processual não está limitada ao mundo jurídico (direito material ou processual). Por esse motivo, o processo deve também atender as finalidades sociais e políticas, configurando assim a finalidade metajurídica da jurisdição e do processo.

Leciona o aludido doutrinador a ideia já explicitada previamente no presente trabalho monográfico, qual seja, o processo penal funciona para além do estabelecimento de penas, não sendo um fim em si mesmo, mas é o meio para a aplicação, um meio que estabelece uma série de proteções e garantias ao

acusado, de forma a afastar abusos do Estado. Além disso, serve o processo a fins sociais e políticos,

No que toca a aludida finalidade metajurídica, leciona o autor que o processo penal vai para além da esfera jurídica, devendo se preocupar com a pacificação social, com o bem comum, além do carácter educacional.

Ainda, remontando os tempos inquisitoriais da Idade Média, muito bem pontuam Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis (1997):

Quando se pretende legitimar o sistema penal pela afirmação de que ele exerce a vingança coletiva, esquece-se que tal sistema não representa mais do que uma expressão histórica – claramente circunscrita no tempo e no espaço – daquela suposta necessidade. Na idade Média e até o século XIII, a maior parte dos conflitos entre as pessoas se resolvia nos marcos compensatórios. Quando as pessoas queriam se vingar, o faziam no interior deste sistema.

Apesar de escrito a mais de uma década, mais contemporâneo impossível. Vivemos em tempos onde o Estado é visto como meio de vingança privada e, quando não atende a este anseio, os “inquisidores” que permeiam a sociedade agem de forma, no mínimo contraditória, ao se tornarem criminosos ao exercerem a vingança com as próprias mãos.

Nesta linha da necessidade de vingança com as próprias mãos, a mídia tem uma real influência, como bem elucida Eugenio Raúl Zaffaroni (1991):

A capacidade reprodutora de violência dos meios de comunicação de massa é enorme: na necessidade de um criminalidade mais cruel para melhor excitar a indignação moral, basta que a televisão dê exagerada publicidade a vários casos de violência ou crueldade gratuita para que, imediatamente, as demandas de papéis vinculados ao estereótipo assumam conteúdos de maior crueldade e, por conseguinte, os que assumem o papel correspondente ao estereótipo ajustem sua conduta a estes papéis.

É mais que cediço que mídia, hoje em dia, acaba por ser um dos grandes influenciadores da sede de vingança dos cidadãos. Programas televisivos repetitivos que apenas espalham máximas apocalípticas e que em nada apoiam o

processo penal garantidor e, conseqüentemente, refutam o ideal democrático que deve revestir a esfera jurisdicional.

Continua Zaffaroni, analisando as pulsões vingativas do sistema penal em cotejo com a criminologia midiática:

A criminologia midiática oscila: em certas ocasiões, faz eco do discurso policial que atribui o fracasso às garantias penais e, em outras, o atribui à corrupção ou ineficácia policial, dependendo da conjuntura política. O certo, porém, é que a ineficácia policial não é conjuntural, mas sim estrutural, própria de um modelo inadequado às atuais circunstâncias econômicas e políticas.

Verificamos, assim, que é pungente o anseio vingativo que permeia a sociedade contemporânea. Desta forma, dentro de um contexto globalizado e de velocidade das informações (onde o poder midiático é desmesurado) o processo penal, mais do que nunca, deverá se revestir de suas garantias, afinal, de um lado temos os “especialistas” em processo penal clamando por uma justiça fast-food, uma justiça McDonalds, como critica Alexandre Morais da Rosa, de outro lado temos os operadores do direito, os juízes detentores do poder de decisão.

Feita essa breve análise, necessária correlação deve ser feita com o Direito Penal Mínimo, porém, antes, de forma didática, faz-se necessária uma breve explanação do mesmo.

O Direito Penal Mínimo, como bem elucida o professor Paulo Queiroz, pode ser compreendido da seguinte forma:

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a 'ultima ratio, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito.

Daí se pode extrair que o direito penal, diferentemente de como é enaltecido pela sociedade contemporânea, deve ser utilizado como uma última resposta do Estado, como a *ultima ratio*, afinal, o processo penal é a forma mais violenta de interferência estatal na vida privada.

Ainda, de forma bastante contemporânea, leciona André Luiz Callegari, ao criticar o atual panorama que o direito penal se encontra:

Acontece que quando o Estado, através do Direito Penal, único ramo do ordenamento jurídico competente para cuidar da cominação de penas, passa a descuidar-se desse aspecto, dá lugar às crescentes investidas violentas por parte dos indivíduos na suposta realização de justiça. Na atualidade, os inúmeros casos de linchamentos que vêm acontecendo constantemente, assim como as incontáveis ações dos chamados grupos de extermínio, demonstram que o Direito Penal atual não está, ao menos de forma eficiente, cumprindo sua missão de contenção da violência privada

Ainda, colaciono ensinamento crítica do ilustre Paulo Queiroz, o qual ele enuncia motivos pelos quais defende o direito penal mínimo:

Porque, se o direito penal é a forma mais violenta de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, segue-se que, como *ultima ratio* do controle social formal, somente deve intervir quando for absolutamente necessário; Porque a intervenção penal, por mais pronta, necessária e justa, é sempre tardia e incapaz de restaurar a auto-estima ou atenuar o sofrimento das vítimas; é uma intervenção traumática, cirúrgica e negativa (García-Pablos); e prevenir é sempre melhor que remediar;

(...)

Porque, a pretexto de combater violência, o direito penal, que também é violência, acaba gerando mais violência, nem sempre legítima; não raro é um só pretexto para a violação sistemática de direitos humanos; Porque o direito penal, assentado que está sobre uma estrutura social profundamente desigual, seleciona sua clientela, inevitavelmente, entre os setores mais pobres e vulneráveis da população (...).

Pelo exposto, verificamos a nítida correlação entre a Teoria do Direito Penal Mínimo e a Teoria do Garantismo Penal. O garantismo visa assegurar as liberdades dos cidadãos e limitar a atuação do Estado e, de modo similar, o direito penal mínimo vem limitar os abusos do Estado. Assim, ambos pugnam pela proteção as liberdades e garantias individuais.

Ademais, ponto comum se verifica no que toca o princípio da necessidade [*Nulla lex (poenalis) sine necessitate*]. Axioma este que enuncia o princípio da legalidade estrita, que como já previamente abordado, é direcionado ao legislador, de modo que ele produza leis condizentes com um sistema de garantias, sob pena de invalidade.

Por fim, depreende-se da análise do art. 385 do CPP, que o mesmo representa, além de uma violenta violação a Teoria do Garantismo Penal e a função do processo penal eminentemente garantista, uma agressão a Teoria do Direito Penal Mínimo. Percebe-se que o presente diploma distorce e ignora os mais basilares princípios do processo penal e do garantismo em busca de uma punição a todo custo, trazendo, de forma perigosa, a sede fomentada pela criminologia midiática ao jogo processual.

4. A TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL E A REGRA DA CONGRUÊNCIA

No presente capítulo, serão analisadas as questões que circundam a necessária correlação entre a acusação e a sentença e a titularidade da ação penal, de forma a terminar de conceder o arcabouço teórico necessário para a análise crítica do art. 385 do CPP.

Tal qual será feito no capítulo seguinte, o presente capítulo será didaticamente dividido em dois, de forma a tratar os pontos pertinentes as duas partes do artigo em análise. Enquanto que a questão da titularidade da ação penal balizará a análise da primeira parte do artigo, que possibilita a condenação mesmo com o pedido de absolvição pelo ministério público; a regra da congruência delimitará o contorno crítico da segunda parte do artigo, que dá a possibilidade do reconhecimento de agravantes que não foram alegadas

4.1. A TITULARIDADE EXCLUSIVA DA AÇÃO PENAL

No presente tópico, primeiramente, serão analisadas as funções das partes que constituem o processo penal, ou seja, o papel do julgador, do acusador e da defesa. Após, entraremos na análise crítica da titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público, demonstrando como o juiz não pode, agindo de ofício, tomar as rédeas do processo e agir como se acusador fosse.

4.1.1. CONCEITOS INICIAIS E AS FUNÇÕES DAS PARTES

Preliminarmente, sabe-se que o presente tópico visa analisar as questões críticas concernentes a primeira parte do artigo 385 do CPP, onde abre a completamente absurda possibilidade do juiz, nos casos de ações públicas, condenar o acusado mesmo sob o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Desta forma, como o presente capítulo visa construir o arcabouço teórico necessário para a compreensão da temática, vamos analisar o que podemos entender por Ação pública e depois verificaremos as funções das partes no jogo processual.

Para darmos início a análise, verificaremos agora o que podemos entender por Ação Pública. Desta forma, insta aclarar que não iremos nos debruçar sobre as ações penais privadas, onde são titularizadas pelo particular, tendo em vista que o art. 385 adota expressamente a Ação Pública.

No que tange a ação penal, este é o meio pelo qual o Estado faz valer a sua força. De tal sorte, o monopólio desta imposição e grave intervenção na vida privada pertence ao Estado.

Neste sentido, como muito bem assevera em linhas críticas, o professor Alexandre Morais da Rosa:

Em face do monopólio do Estado na imposição de penas, somente o Estado Juiz pode reconhecer responsabilidade penal, impor sanções, analisar as questões, sem possibilidade de sua reabertura eterna, mediante a fixação da coisa julgada.

(...)

A intervenção e fundamento da Jurisdição Penal é o mesmo da guerra, a saber, exclusivamente político, com o fim de sustentar o controle social e suas práticas (des)normalizadoras, acertando discursivamente, por decisão judicial, as condutas criminalizadas.

Antes de adentrarmos na conceituação da ação penal, insta aclarar que os termos “pública” e “privada”, quando se refere a ação penal, são equivocadas. Em verdade, toda ação é pública, por se tratar de um interesse da coletividade. Desta forma, o uso dessa expressão visa apenas elucidar quem é o titular da ação, o MP ou o particular, destarte, a finalidade é didática.

Adentrando agora na conceituação da ação penal, vejamos os ensinamentos dos professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013), que, em linhas gerais, elencam os tipos de ações penais:

A principal classificação das ações penais tem por referência a titularidade do direito de ação. Neste aspecto, as ações subdividem-se em ações penais públicas e ações penais privadas. As primeiras, cujo titular privativo é o Ministério Público, podem ser públicas incondicionadas e públicas condicionadas. Já as ações penais privadas, titularizadas pelo ofendido ou por seu representante legal, podem ser principais (ou exclusivas) e subsidiárias, havendo ainda as chamadas ações personalíssimas.

Desta forma, podemos perceber que a ação penal pode ser subdividida em pública, sendo incondicionada ou condicionada a representação, e privada, podendo ser privadas ou subsidiárias. Como já mencionado, não me debruçarei sobre as ações privadas, por não serem o foco do presente trabalho.

A ação penal pública incondicionada a representação e a ação penal pública condicionada estão previstas no art. 24 do CPP, vejamos;

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Verificamos, então, que a regra geral é a ação penal pública incondicionada, a partir do momento que, quando se trata da ação penal incondicionada, o referido artigo trouxe a condicionante “quando a lei o exigir”.

De forma bastante breve, explicarei agora a subdivisão que há na ação penal, ou seja, a ação penal incondicionada a representação e a ação penal condicionada a representação.

Tratando-se da ação penal pública incondicionada, sendo esta a regra geral, ela se inicia por meio de denúncia, sendo atribuição exclusiva do Ministério Público. Neste sentido, leciona Aury Lopes Jr (2012):

É a regra geral do sistema penal brasileiro, no qual os delitos são objeto de acusação pública, formulada, portanto, pelo Ministério Público (estadual ou federal, conforme seja a competência da Justiça Comum Estadual ou [Comum] Federal).

Ademais, no que tange a ação penal pública condicionada a representação, o ponto nodal que a diferencia da incondicionada é a necessária presença do ofendido ou do seu representante legal, neste sentido continua o referido doutrinador:

O diferencial nuclear dessa ação em relação à anterior está na exigência legal de que o ofendido (ou representante legal) faça a representação (ou requisição do Ministro da Justiça, quando a lei exigir) para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia. É uma ação de iniciativa pública, mas que está condicionada a uma espécie de autorização do ofendido, para

que possa ser exercida. Essa autorização é a “representação” ou, nos delitos praticados contra a honra do Presidente da República, a “requisição” do Ministro da Justiça (art. 145, parágrafo único, do CP).

Superadas essas premissas iniciais de conceituação da ação penal, adentremos agora na análise dos sujeitos que integram o jogo processual penal, ou seja, verificaremos as funções do julgador, acusador e defensor. Com o fito de realizar uma construção lógica do pensamento, iniciaremos a análise pelo acusador, depois pelo defensor para, por fim, analisar o julgador.

A acusação, na ação penal pública, resta nas mãos do MP - questão essa que será mais amplamente e profundamente trabalhada no tópico seguinte – como se depreende da leitura do art. 24, “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público”.

O ministério público, por força do inciso I do art. 129 da CF, é o titular privativo da ação penal pública, desta forma, apenas ele poderá promovê-la. Neste sentido, leciona Aury Lopes Jr (2012):

O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, sem o seu pleno exercício, não se abre a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória

Imperioso destacar que considerações aprofundadas sobre o tema serão guardadas para o tópico seguinte, de forma que o presente trabalho tente não pecar na demasiada repetição. Ainda, as questões relativas a acusação serão, também, melhores trabalhadas posteriormente. Destarte, por enquanto, importante compreender apenas que a função do Ministério Público, na ação penal, é a de acusar.

Seguindo adiante, em um seguimento lógico, após a acusação, vem a defesa. O direito a defesa nasce da acusação, neste sentido Aury Lopes Jr (2012):

O direito de defesa é um direito-réplica, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligência e vigilância policial. Nesta valoração reside um dos

maiores erros de numerosa doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da Constituição ao inquérito policial, argumentando que não existem “acusados” nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa.

Em que pese a análise do referido doutrinador se debruçar sobre a aplicabilidade do direito de defesa ao inquérito policial, não há embargos a correlação com o processo penal. Nem poderia haver, como já exaustivamente tratado, o processo penal acusatório e efetivamente garantidor depende do contraditório e, portanto, da defesa.

Nesta mesma linha, compreende José Roberto dos Santos Bedaque (1994):

Na medida em que o Estado-Jurisdição é provocado, sua atuação vai, necessariamente, produzir reflexos na esfera jurídica de alguém. É a bilateralidade da ação. Aquele que, mediante o exercício da ação, retirou a função jurisdicional de sua inércia, já teve oportunidade de oferecer suas razões. Mas como o provimento jurisdicional incidirá sobre a situação de outra pessoa, imprescindível seja dado a esta última, também, oportunidade de se manifestar.

A defesa é a possibilidade do acusado expor a sua versão dos fatos, o momento onde a dialética processual se encontrará presente. Nesta linha, colaciono valiosa lição de Antonio Scarance Fernandes (1999):

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.

Destarte, no momento da defesa não basta dar a possibilidade de se falar, mas deve-se conceder uma paridade de armas para o justo combate no jogo processual penal. A defesa, portanto, é o contraponto a acusação, forças conflitantes com objetivos diversos que integram a dialética processual.

Findo o momento de acusação e de defesa, passa-se para o julgamento. A figura do juiz, como já previamente trabalhado, deve ser a figura imparcial e inerte do

processo, não devendo favorecer nenhuma das partes e nem tão pouco ultrapassar a sua função de julgador e agir de ofício em busca da mitológica verdade real.

No que toca o posicionamento do juiz no bojo do processo, muito bem assevera Geraldo Prado (2001):

A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na idéia reitora do princípio do juiz natural – garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição – que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõe durante o processo.

Ainda, nesta mesma linha compreende Alexandre Morais da Rosa (2014):

A função do julgador é dupla. No decorrer da instrução é a de garantir o cumprimento das regras do jogo, do *fair play*. Logo, sua função não pode se confundir com a dos jogadores. De outro lado, ao final, a partir do que for produzido no jogo, preferirá decisão fundamentada.

Desta forma, como já repetidamente explanado no presente trabalho monográfico, o papel do juiz é o de garantir o cumprimento das regras e o de julgar, é, como muito bem compreende Jacinto Coutinho (2001), o de juiz-espectador (acusatório) e não juiz-ator (inquisidor). Assim sendo, a separação entre acusador e julgador é o marco de quebra do sistema inquisitivo e condição *sine qua non* para o sistema acusatório, sendo o último vigente no atual sistema jurídico brasileiro.

4.1.2. MINISTÉRIO PÚBLICO COMO TITULAR PRIVATIVO DA AÇÃO PENAL

A Constituição Federal de 1988 expressamente dispõe, em seu art. 129, I, que é função privativa do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Privativo, entende-se, segundo o dicionário Michaelis, que é próprio e exclusivo. De tal sorte, segundo a CF/88, somente o Ministério Público pode promover a ação penal.

Faço questão da redundância e repetição para que se demonstre claramente que, adotando o sistema acusatório, a CF define que apenas o MP pode figurar como o

acusador na ação penal pública. Há, assim, o básico pilar do sistema acusatório, qual seja, a divisão de funções.

Neste mesmo sentido, compreende a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no RESE 1.0024.05.702576-9/001:

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

Assim, não há sistema acusatório se não houver uma clara divisão das funções dos sujeitos que compõe o processo. A defesa, acusação e julgamento são três etapas compostas por três sujeitos distintos, sendo inaceitável qualquer interferência de um sujeito sobre as funções do outro.

Ademais, como bem ilustra Geraldo Prado (2001), no que toca a acusação e a ação penal:

(....) o certo é que o princípio acusatório funde acusação e ação penal, justamente por não admitir a existência de processo condenatório sem iniciativa da parte autora (*nemo iudex sine actore*), e, em vista dele, somente se a ação penal for proposta e desenvolvida haverá, após a contraposição da atividade de defesa, autorização jurídica para a prolação de decreto condenatório.
Portanto, o nosso juízo, o *princípio acusatório*, avaliado estaticamente, consiste na distribuição do direito de ação, do direito de defesa e do poder jurisdicional, entre autor, réu (e seu defensor) e juiz.

Verifica-se, pelo exposto, que a ação penal necessita de uma iniciativa da parte autora, logo, o juiz está inerte e dependente da manifestação do Ministério Público, titular da ação penal.

Estando o juiz inerte e dependente do oferecimento da denúncia pelo MP, não há construção mais lógica do que compreender que, em caso de pedido de absolvição pelo MP, o juiz está, necessariamente, obrigado a absolver o acusado, tendo que o julgador está adstrito ao pedido autoral. Agir de forma diferente a esta é agir de remontando ao sistema inquisitorial onde não havia a separação entre as partes

atuantes no processo, é o juiz assumir as vezes da acusação e condenar mesmo com pedido de absolvição do MP.

Pelo exposto, percebe-se que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal e o juiz um mero espectador, a regra contida no art. 385 do CPP, em sua primeira parte, que permite a condenação mesmo com o pedido de absolvição do MP, é completamente inconstitucional, por ferir, frontalmente, o sistema acusatório.

4.2. A REGRA DA CONGRUÊNCIA ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

O presente tópico se debruçará sobre a necessária regra da congruência entre acusação e sentença. Após analisarmos conceitos introdutórios, verificaremos criticamente a necessidade da referida regra como forma de garantir o devido processo penal e efetivar o sistema acusatório.

Com o escopo de esclarecer, importante lembrarmos a lição de Robert Alexy (2008) no que tange as regras e princípios. Como já abordado no primeiro capítulo do presente trabalho monográfico, trata-se aqui de uma regra e não um princípio, tendo em vista que ela apenas será sempre ou satisfeita ou não satisfeita, não sendo visível este como um mandamento de otimização típico de um princípio.

4.2.1. CONCEITOS INTRODUTÓRIOS. ACUSAÇÃO E SENTENÇA.

Inicialmente, devemos estabelecer algumas premissas básicas no que dizem respeito as questões que aqui serão trabalhadas. Conceitos importantes para que reste claro o posicionamento do trabalho.

O primeiro questionamento que aqui devo destacar é o da pretensão acusatória. No processo penal, o que é a pretensão acusatória?

Preliminarmente, importante ressaltar que, diferente do compreendido por parcela da doutrina, não podemos falar em pretensão punitiva, mas, no máximo, em pretensão acusatória.

Neste sentido, leciona o mestre Rômulo Moreira:

Até admito a chamada pretensão acusatória (não punitiva) no Processo Penal, desde o momento em que é oferecida uma peça acusatória (denúncia ou queixa), mas nunca como uma “*a exigência da prevalência de um interesse próprio sobre um interesse alheio*”, mesmo porque não há falar-se em interesse próprio do acusador, seja o Ministério Público, seja o querelante, muito menos em interesse prevalente. Qual interesse? A descoberta da verdade? Que verdade? Descobrir a verdade é algo impossível!

Isto pois, como entende o doutrinador, não há pelo Estado um interesse na punição do acusado, mas do culpado, e, tendo em vista que não há como saber se o mesmo é o culpado, não há o interesse próprio do Ministério Público, titular da ação penal, mas, em verdade, há o oferecimento de uma peça acusatória, onde, através do processo penal efetivamente garantidor, se chegará a sentença, seja ela condenatória ou absolutória.

Prima facie compreende de forma diferente Gustavo Henrique Badaró (2013):

A pretensão punitiva seria o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Através da pretensão punitiva o Estado-Administração procura tornar efetivo o *ius puniendi*, com o exigir do autor do crime, que está obrigado a sujeitar-se à sanção penal, o cumprimento dessa obrigação, que consiste em sofrer o delinquente as consequências do crime e se concretiza no dever de abster-se ele de qualquer resistência contra os órgãos estatais a quem cumpre executar a penal. Porém, tal pretensão não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator submeter-se à pena. Assim sendo, tal pretensão já nasce insatisfeita.

Ressalto que apenas aparentemente o autor se distancia da linha adotada pelo professor Rômulo Moreira, tendo em vista que, quando está falando da pretensão punitiva, este está à analisar a pretensão material e não processual. Desta forma, compreende que de fato o Estado tem a intensão de punir o culpado, mas não o acusado.

Analisada brevemente o que vem a ser a pretensão acusatória no processo penal, importante verificar os institutos que preenchem a equação aqui traçada, apesar de não serem o objeto principal do estudo. Os referidos institutos são a acusação

e a sentença no processo penal, que devem ser analisados para que sejam moldados os conceitos básicos para a compreensão do tema.

Preliminarmente, insta aclarar que o presente trabalho não se debruçará especificamente sobre o instituto da denúncia e da queixa, lembrando que este último, regra geral, não é aplicável nos crimes de ação pública, salvo na exceção da ação privada subsidiária da pública. Em suma, a análise de ambas não tem relevância pertinente para o desenvolvimento do presente estudo monográfico, de tal sorte que irei me referir a ambas como “acusação”.

Seguindo adiante, devemos compreender institutos que circundam o art. 385, como é o caso da acusação, materializada no processo penal pelo oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou da queixa pelo particular.

A acusação como sintetiza Benedito Roberto Garcia Pozzer (2001), pode ser brevemente compreendida quando:

(...) ao se convencer, pela análise dos indícios convergentes ou outros elementos de convicção, o acusador aponta o autor da conduta, com relevância penal, buscando a futura imposição da sanção correspondente; ou seja, lhe imputa o delito para sua responsabilização penal.

Ainda, continua o referido autor, no que tange o respeito do devido processo legal na própria acusação:

Inadmissível acusação sem lastro provatório, infiel ao resultado das investigações, a tumultuar a defesa e permitir restrições indevidas à liberdade jurídica do acusado.

A acusação, perfeita e completa, constitui direito do acusado e integra o devido processo penal.

Verifica-se, então, que até mesmo na acusação deve ser acatado o devido processo legal, de forma que o acusado possa constituir sua defesa de forma completa, tendo ciência dos atos que lhe estão sendo imputados. Desta forma, como poderia ser diferente na sentença? Como o Juiz poderia atribuir agravantes que não foram alegadas pela acusação, como dispõe o art. 385 do CPP?

Claramente não o pode, mas a análise crítica dessa questão está reservada ao próximo capítulo do presente trabalho monográfico.

Pelo exposto no art. 41 do CPP, podemos verificar três requisitos básicos para a regularidade formal da acusação, são esses: a exposição do fato criminoso, onde os fatos imputados ao acusado serão exaustivamente esmiuçados; a indicação da autoria, devendo ser possível a identificação inequívoca do réu, não sendo possível que uma ação penal seja deflagrada perante um sujeito indeterminado; e a classificação do crime, apontando o dispositivo penal que tipifica a conduta.

Seguindo adiante, analisaremos agora de forma bastante sucinta a sentença no processo penal. Primeiramente, é certo afirmar, como muito bem elucida o professor Benedito Roberto Garcia Pozzer, que o juiz não julga apenas na sentença, tendo em vista que há uma série de decisões durante todo o bojo do processo penal que dependem da valoração de provas e do julgamento pelo magistrado.

Ainda, imperioso se faz destacar breves linhas de Guilherme de Souza Nucci, que afirma ser a sentença "a decisão terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito, abordando a questão relativa à pretensão punitiva do Estado, para julgar procedente ou improcedente a imputação"

Em breve síntese dos requisitos formais da sentença, temos três capítulos, o relatório, a motivação e o dispositivo. No relatório serão refletidos todos os acontecimentos relevantes ao processo, realizando uma construção lógica dos passos que levaram ao momento da sentença. A motivação, certamente o capítulo mais importante da sentença, onde serão apresentados os motivos determinantes para a condenação ou absolvição, aqui poderá se verificar a imparcialidade e legalidade da sentença. Por fim, a parte dispositivo, onde será apresentado o desfecho da ação penal, aqui será exibida a decisão tomada pelo juiz, seja pela absolvição, seja pela condenação.

Importante ressaltar que é na parte dispositiva que iremos verificar a simetria entre a acusação e a sentença. Em um primeiro momento a acusação vai atribuir determinado fato criminoso a um sujeito determinado e, já no final da ação penal de primeiro grau, será editada a sentença, onde se verificará se houve a absolvição ou condenação, sendo possível averiguar no último se o juiz se manteve adstrito aos fatos alegados na acusação.

Neste mesmo sentido, o professor Benedito Pozzer:

(...) o juiz acha-se adstrito ao fato imputado, à classificação jurídico-penal e à sanção cominada para a responsabilidade do agente. Não poderá julgar fato não imputado, nem alterar a classificação jurídico-penal apresentada na denúncia ou queixa. Da mesma forma, definida a relevância penal, vincula-se à sanção cominada, a ser aplicada nos estritos limites da necessidade e suficiência, para a preservação da paz pública.

Seguindo para uma análise crítica, muito bem define o professor supracitado, ao analisar, de forma resumida e cirúrgica, o conceito da sentença, conceito esse que o presente trabalho se filia:

Muitos surgem os conceitos, formulados para sentença. Para os fins do presente estudo, entende-se sentença como a decisão judicial que aplica a norma penal ao caso concreto, absolvendo ou condenando o acusado.
(...)
Aos requisitos da denúncia ou queixa como pelas formais da acusação, correspondem os da sentença. Nesses devem estar identificados aqueles. A sentença precisa alvejar a acusação, em que todos elementos (fáticos e legais), ofertando os motivos de rejeição ou acolhimento.

Percebe-se, então, que a sentença deve se debruçar sobre todos elementos trazidos na acusação, de forma que o juiz fica limitado ao fato imputado, não podendo, sob a alegação da mitológica verdade real, ir além das questões trazidas aos autos e atribuir, por exemplo, agravantes que não foram alegadas.

4.2.2 CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA.

Analisaremos agora de forma mais aprofundada a questão da necessária correlação entre a acusação e a sentença, para tal, traçarei breves considerações relevantes ao tema para, após, analisarmos com propriedade a temática.

Primeiramente, insta salientar que para a efetivação do tema aqui proposto, devemos estar consubstanciados em um sistema acusatório. Relembrando as linhas que já foram expostas, há uma necessária divisão entre os papéis do acusador e julgador, devendo o juiz sempre permanecer inerte, só podendo atuar sob pedido das partes.

Além disso, somente dentro de um sistema acusatório que poderemos vislumbrar a preservação e efetivação das garantias constitucionais, como já abordado no capítulo anterior. De tal sorte, a correlação da acusação e sentença é uma regra que se violada, acarreta na direta violação entre o contraditório e a ampla defesa, acarretando, assim, em uma mácula ao sistema acusatório.

A sentença está correlata a acusação na medida em que o juiz permanece limitado aos fatos ali expostos. Neste mesmo sentido, leciona Mirabete (2003):

Não pode haver julgamento *extra* ou *ultra petita* (*ne procedat iudex ultra petitum et extra petitum*). A acusação determina a amplitude e conteúdo da prestação jurisdicional, pelo que o juiz criminal não pode decidir além e fora do pedido em que o órgão da acusação deduz a pretensão punitiva. Os fatos descritos na denúncia ou queixa delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional.

Consoante alhures, muito bem assevera Tourinho Filho:

(...)iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da res in iudicio deducta, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao Juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e nos limites das exceções deduzidas pelo réu. (...) isto é, o Juiz não pode dar mais do que foi pedido, não pode decidir sobre o que não foi solicitado.

Ainda, na questão da necessária vinculação do juiz aos fatos alegados na acusação, podemos fazer uma analogia, para meros fins didáticos, ao art. 129 do CPC, vejamos:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Destaco que a presente comparação foi apenas para a ilustração e jamais o CPC poderia ser utilizado para solucionar questões de matéria penal. Mas analisemos, se o CPC, matéria processual privada, prevê expressamente essa regra, como não estender ao CPP? Matéria processual que corresponde a mais alta interferência estatal na vida privada, tendo em vista que a própria liberdade pode ser ceifada.

Outro ponto nodal que deve ser analisado na questão da correlação entre acusação e sentença é o contraditório e a ampla defesa.

Relembremos os ensinamentos de Paulo Roberto de Gouvêa:

A essência do princípio do contraditório residiria, assim, na garantia da discussão dialética dos fatos da causa. Para tanto, impende estabelecer, no processo, a oportunidade de fiscalização recíproca dos fatos praticados pelas partes. A audiência bilateral, que a regra latina já traduzia – “audiatur et altera pars” (“seja ouvida também a parte adversa”) -, há de ser assegurada mediante a concessão de vista à parte contrária dos pedidos e alegações formulados pela outra parte, assim como dos documentos que uma delas junte aos autos, a fim de que possa o ex adverso refutar os argumentos expendido ou fazer prova contrária. Resumir-se-ia, assim, esse princípio à igualdade das partes litigantes.

Assim, o contraditório visa garantir a dialética no processo penal, como já previamente abordado no presente trabalho. Essa dialética é a própria materialização do sistema acusatório e do sistema de garantias proposto por Ferrajoli.

Realizando necessária correlação entre contraditório e a questão da correlação entre acusação e sentença, adverte Gustavo Badaró (2013):

A regra da correlação entre acusação e sentença é uma decorrência do princípio do contraditório. Uma das maneiras de se assegurar o respeito ao princípio do contraditório é evitar que o juiz, na sentença, possa julgar tendo em vista um fato não imputado ao réu.

Neste diapasão, percebe-se que o contraditório está intimamente ligado a regra da correlação entre a acusação e a sentença, tendo em vista que a falta da congruência gera, necessariamente, uma violação direta ao contraditório.

Ainda, brilhante colocação do doutrinador Paulo Rangel:

O nosso código de processo penal, sendo ele da Era Vargas, dispõe em seu art. 564, III, m, que ocorrerá a nulidade por falta da sentença. Na verdade não é a ausência da sentença que acarreta a nulidade, pois sem ela não há a entrega da prestação jurisdicional, mas sim, a ausência dos requisitos que lhe são essenciais, bem como, se o juiz julgar ultra, extra e citra petita. A sanção de nulidade é um corolário lógico do respeito as garantias constitucionais dadas ao acusado, pois as normas jurídicas, como expressão da vontade do Estado, devem ser utilizadas e aplicadas com o fim precípua de se atingir o bem comum. O bem de toda a coletividade com o conseqüente respeito a dignidade da pessoa humana.

Não obstante, importante lembrar que o contraditório está inserido na ampla defesa, sendo impossível analisar um sem tocar no outro. Desta forma, devemos destacar a questão da defesa no processo penal, completando brevemente o quadro de análise da ampla defesa.

É o próprio contraditório que garante o direito de defesa. Como muito bem ensina Railda Sariva, o contraditório se desdobra em dois momentos: sendo o primeiro a necessidade de informação das partes sobre os atos que estão ocorrendo no processo e, o segundo, a possibilidade de reação aos atos que a parte considerar desfavoráveis.

Desta forma, como exerceria o contraditório e, conseqüentemente, o direito de defesa se a incongruência entre a sentença e acusação impossibilitaria a manifestação do acusado, tendo em vista que o mesmo só saberia do que se defender no momento da sentença, tornando impossível a sua manifestação tempestiva.

Ademais, importante traçar breve, mas importante, comentário sobre o princípio da inércia da jurisdição. Dentro um sistema processual penal acusatório, a inércia da jurisdição é essencial, pois estar a delimitar de forma clara a atuação do magistrado. Lado outro, a não observância do mesmo nos remonta ao processo inquisitorial, onde o juiz, atuando de ofício a todo momento, buscava a verdade real em uma caçada desenfreada pela punição.

Neste diapasão, colaciono ensinamentos do professor Gustavo Badaró (2013):

Separadas as funções, cabe ao juiz, e somente ao juiz, apenas julgar. A função de acusar deve ser reservada a órgão distinto do juiz.

(...)

O *ne procedat iudex ex officio* nada mais é do que corolário ou consequência do direito de ação. E, reflexo de ambos, surge a vedação do juiz pronunciar-se sobre algo que não integrou o objeto do processo

(...)

Verifica-se, portanto, que o princípio da inércia da jurisdição (*no procedat iudex ex officio*) visa, além de reafirmar as funções dos integrantes do jogo processual, ser um marco para o sistema acusatório, onde a função do juiz deve ser julgar e não acusar.

Neste mesmo sentido, compreende Diogo Rudge Malan (2003), ao analisar a questão da impossibilidade do juiz, agindo de ofício, modificar a imputação, instituto conhecido como *mutatio libelli*:

O brocardo *ne procedat iudex ex-officio* ganha enorme importância nesse sistema, no qual o exercício da ação penal de iniciativa pública é exclusivo do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição da República), não havendo mais espaço para qualquer iniciativa do juiz no sentido de sequer sugerir a quem quer que seja a modificação da acusação deduzida em Juízo.

Pelo exposto, percebe-se que a violação da regra da correlação entre acusação e sentença acarreta na direta e clara transgressão aos princípios do contraditório, ampla defesa e inércia da jurisdição, além de representar um retrocesso ao sistema inquisitorial.

Nesta linha, sumariza Gustavo Badaró (2013):

Toda violação da regra da correlação entre acusação e sentença implica em um desrespeito ao princípio do contraditório. O desrespeito ao contraditório poderá trazer a violação do direito de defesa, quando prejudique as posições processuais do acusado, ou estará ferindo a inércia da jurisdição, com correlativa exclusividade da ação penal conferida ao Ministério Público, quando o juiz age de ofício.

(...)

O desrespeito a princípios tão fundamentais do direito processual, sem dúvidas, implicará na ineficácia da sentença que violar a regra da correlação entre acusação e sentença.

Com a máxima vênia, e adotando o posicionamento já exposto de Paulo Rangel, quando há a violação a regra da congruência entre acusação e sentença não há uma mera ineficácia da sentença, mas, em verdade, gera a total nulidade da mesma, tendo em vista as gravíssimas violações a garantias constitucionais do acusado.

Desta forma, como verificaremos no capítulo seguinte, o art. 385 do CPP, em sua segunda parte, onde autoriza o reconhecimento de agravantes não alegadas pela acusação, está violentando brutalmente a regra aqui tratada. Destarte, o artigo encontra-se, dentro de uma ótica hermenêutica do processo penal à luz da Constituição Federal, completamente inconstitucional.

5. O JUIZ INQUISIDOR E O ART. 385 DO CPP

Daremos início ao ponto nodal do presente trabalho monográfico, onde serão relembradas as premissas teóricas já analisadas nos capítulos anteriores, para, então, aplicarmos diretamente ao estudo do art. 385.

5.1. TRINÔMIO PRETENSÃO ACUSATÓRIA, SISTEMA ACUSATÓRIO E CONTRADITÓRIO

Inicialmente, tomamos como premissa basilar a compreensão do trinômio pretensão acusatória, sistema acusatório e contraditório. Compreendido o referido trinômio, será verificada com mais tranquilidade a impossibilidade de aplicação do art. 385 do CPP.

A pretensão acusatória, como muito bem assevera Rômulo Moreira (2014), acompanhado de doutrinadores como Aury Lopes Jr, é a pretensão exercida pelo Ministério público, traduzida no momento do oferecimento da denúncia. Ou seja, o MP, titular privativo da ação penal, ao oferecer a denúncia está exercendo a pretensão acusatória, pretensão essa condicionante ao processo.

Neste sentido os ensinamentos de Aury Lopes Jr (2012):

O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e sem o seu pleno exercício, não abre-se a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória.

Desta forma, o poder punitivo Estatal está necessariamente condicionado a pretensão acusatória exercida pelo MP. Ressaltando que não há de se falar em pretensão punitiva, tendo em vista que, como leciona Rômulo Moreira, não há interesse próprio do acusador, não há uma verdade para ser descoberta, tendo em vista que é impossível descobrir a verdade, vide a mitológica verdade real.

Seguindo adiante, o segundo ponto do trinômio é o sistema acusatório. Como já amplamente trabalhado aqui, o sistema jurídico pátrio adotou, em uma análise

sistemática da CF/88, o sistema acusatório, apesar do CPP eminentemente inquisitorial, haja vista ter sido inspirado no ordenamento italiano, o Código de Rocco, editado durante a ditadura fascista de Mussolini.

Em uma análise comparativa entre o modelo acusatório e inquisitorial, valioso ensinamento de Pacelli (2012):

- a) no sistema acusatório, além de se atribuir a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação.
- b) já no sistema inquisitorial, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se iniciaria com a *nottitia criminis*, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento.

De tal sorte, podemos perceber que o sistema acusatório se funda na necessária separação entre as partes, delimitando de forma bastante clara a sua atuação, seja acusação, investigação, defesa ou julgamento. Enquanto que no sistema inquisitorial há uma clara confusão entre a figura do acusador/investigador e do julgador, o já poluindo com um convencimento prematuro da causa, inexistindo, por conseguinte, a imparcialidade do julgador.

Caminhando no mesmo sentido, Fauzi Hassan Choukr (1999):

Compreende-se a distinção entre os modelos inquisitivos e acusatório do processo penal, na melhor esteira da lição de Salas como a separação nítida de papéis entre acusador, julgador e defensor, além de conferir ao acusado um status diferenciado, como titular de direito e não objeto da persecução. Pode-se concluir, após uma leitura mediana do texto constitucional, a clara adoção do modelo acusatório para o processo penal.

Tendo em vista que no Brasil a CF/88 adotou o sistema acusatório, ainda que a partir de uma interpretação sistemática da mesma, há a necessária separação de funções para que o processo seja legítimo.

Por fim, remontemos rapidamente a fundamental relevância do contraditório no processo penal. Nesta seara, colaciono ensinamento de Pacelli (2011, p. 43), que verifica o contraditório da seguinte forma:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo, e particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidariamente encastelado no interesse público da realização do processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal,

Tendo em vista que, a luz da teoria garantista de Ferrajoli, as garantias estão no processo para limitar a intervenção estatal na vida do particular, de modo que esta intervenção só se dê de modo justo e necessário, e sendo o processo penal o meio para a aplicação da pena, cancelar qualquer garantia, tal qual o contraditório, é macular por completo o processo, não podendo a sanção ser aplicada. Valer-se de todas as garantias no decorrer do processo é o único modo de imposição da sanção de natureza penal, como dito acima.

Dentro do exposto, o que deve-se ter em mente no momento da leitura do art. 385 é o trinômio apresentado. Tendo em vista que a pretensão acusatória é exclusiva do Ministério Público, haja vista a sendo necessária a separação de funções das partes no processo penal, por conta da adoção do sistema acusatório pela CF/88, e, analisando o processo penal sob uma ótica garantista e eminentemente acusatória, o contraditório é fundamental para que o processo seja válido.

Destarte, verificamos que o art. 385, em sua primeira parte, peca na nítida violação a separação de funções das partes, onde possibilita o juiz condenar mesmo com o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público e, em sua segunda parte, macula o contraditório ao atribuir agravantes que não foram alegadas a acusação. Neste sentido, ambas partes infringem o sistema acusatório.

5.2. A CONDENAÇÃO EM FACE DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Após tudo que foi exposto no presente trabalho, outra conclusão não seria possível, assim, entende-se pela total impossibilidade do juiz proferir sentença condenatória em face do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública.

Compreendendo os limites estabelecidos pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, Elmir Duclerc (2011, p. 173) compreende pela total inconstitucionalidade do art. 385 do CPP. Vejamos:

Hoje, contudo, aderimos à tese da inconstitucionalidade total do art. 385, do CPP, incluindo o seu caput. A mudança, na verdade, decorre da compreensão que só agora temos sobre os limites do princípio da obrigatoriedade da ação penal público (...). É que, se obrigatória deve ser a pretensão de liberdade, nada pode impedir que ela se inviabilizada pelo próprio órgão da acusação através de um pedido de absolvição que deve vincular a decisão do juiz.

Desta forma, verifica o referido doutrinador que o pedido de absolvição vincula a decisão do juiz, não podendo o mesmo proferir sentença condenatória nestes termos.

Porém o entendimento não é pacífico neste tocante aos limites do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Assim, colaciono entendimento contrário ao acima explicitado, nas palavras de Pacelli (2010, p. 757)

A escolha nacional foi no sentido da adoção do modelo da obrigatoriedade da ação penal, com o que ficou afastado o princípio do dispositivo, segundo o qual podem as partes livremente dispor do objeto da relação de direito material. E essa opção, de longa data e feita em ambiente de pouquíssimas liberdades públicas, não contraria nenhuma determinação constitucional, ao ponto de reputar inválida a norma do art. 385, CPP.

Com a devida vênua ao mestre Pacelli, o presente trabalho monográfico não coaduna com o exposto pelo mesmo, em verdade, adotamos a linha compreendida por Elmir Duclerc, que observa a obrigatoriedade com uma mitigação, havendo limitações a mesma.

Nesta mesma seara, compreende Aury Lopes Jr (2008, p. 103):

O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, sem o seu pleno exercício, não se abre a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitorial.

Continua Aury Lopes Jr (2008, p. 104-105):

(...) pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser de extinção do feito sem julgamento do mérito (ou ao menos absolutória, considerando 1865 a lacuna legislativa), pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória, impossibilitando assim a efetivação do poder (condicionado) de penar.

O doutrinador invoca ainda a falta de exercício da pretensão acusatória exercida pelo MP, compreendendo para além do princípio da obrigatoriedade. Desta forma, sob o viés da falta de pretensão acusatória, o juiz estaria impedido de proceder contra alguém, tendo em vista que isso acarretaria em uma violação frontal da inércia da jurisdição.

Importante lembrar que as normas processuais devem ser analisadas à luz da constituição e, portanto, sob a ótica do sistema acusatório adotado pela magna carta. Desta forma, há a necessária separação de funções entre o acusador e o julgador, como muito bem delineou Ferrajoli na formulação dos axiomas da Teoria do Garantismo Penal.

Não logra êxito o argumento da parcela da doutrina e da jurisprudência no entendimento de que, após o oferecimento da denúncia, há uma missão dada ao juiz de encontrar a verdade real. Mitologia já desconstruída. A função do processo não é a punição, não é buscar a verdade, até porque, como bem assevera Rômulo Moreira, o que seria a verdade? Existe verdade? Não no processo penal. Dentro da ótica processual devemos, por uma questão de segurança e de proteção aos direitos fundamentais do acusado, trabalhar sob uma verdade formal, a obtida com as provas e as questões trazidas a juízo.

Apesar da existência de divergência, grande parte da doutrina compreende da mesma maneira, neste sentido, Alexandre Morais da Rosa (2010):

O Juiz pode condenar quando o Ministério Público pede absolvição? Só quem pensa de maneira inquisitória reconhece que sim. No processo democrático não se pode aceitar que o julgador se arvora em condenar. Há pedido de absolvição, por óbvio democrático, descabe condenação

Pelo exposto, compreendemos de maneira clara que não é possível o juiz proferir sentença condenatória quando houver o pedido de absolvição, tendo em vista a regra da inércia da jurisdição que rege o processo penal, o reconhecimento das limitações do princípio da obrigatoriedade, a regra da imparcialidade do julgador, a necessária separação entre acusação e sentença e o claro afastamento de qualquer busca pela verdade real no processo penal.

5.3. O RECONHECIMENTO DE AGRAVANTES NÃO ALEGADAS PELA ACUSAÇÃO

Adentraremos agora na análise da segunda parte do art. 385, onde abre a possibilidade do juiz reconhecer agravantes que não foram alegadas pela acusação. Como já foi verificado de forma extenuante, o presente trabalho compreende ser completamente inconstitucional a possibilidade desse reconhecimento.

De maneira brilhante e bastante clara o mestre Paulo Rangel (2000):

Não vemos razão para distinguir, como o código faz (e a doutrina aceita), entre circunstância que agrava a pena prevista na parte geral do código penal (o fato do agente cometer o crime contra ascendente: filho que mata o pai) e a prevista na sua parte especial, por exemplo, o repouso noturno que aumenta a pena do furto. Entendemos que em ambos os casos deve ser aditada a denúncia sob pena de afrontarmos os princípios da ampla defesa, do contraditório, da correlação entre acusação e defesa, bem como, o sistema acusatório adotado entre nós, pois neste caso o juiz estaria fazendo parte da acusação quando condena com a circunstância que autoriza o aumento de pena sem que tal circunstância conste da acusação feita pelo órgão do Ministério Público.

A idéia de que o art. 385 do CPP autoriza tal entendimento não pode vingar dentro de um processo penal acusatório, justo, democrático de direito e livre dos ares autoritários da época em que foi elaborado pelo regime de Vargas: 1940. Entender diferente é jogar por terra todo o sacrifício feito e sofrido pela sociedade nos últimos 60 anos de vigência do código de processo penal.

Destarte, seja uma circunstância ou uma elementar não contida, expressamente, na denúncia (PELO ÓRGÃO ACUSADOR), deve a denúncia ser aditada para incluí-la, sob pena do juiz agir ex officio e o réu ser surpreendido em sua defesa.

Compreende o referido doutrinador que dentro de uma ótica processual onde o contraditório e a ampla defesa devem ser respeitados, condenar por agravantes que não foram alegadas fere completamente o sistema acusatório. Afinal, como poderia o sujeito se defender por questões que não foram levantadas pela

acusação? A surpresa é vedada no processo penal, afinal, esta é a intervenção mais dura que o Estado pode realizar na vida privada.

Neste tocante, Pacelli (2011, p. 758) trouxe valiosa análise crítica:

Ora, a falta de alegação da presença de alguma agravante implica a impossibilidade de se manter, em tese, qualquer discussão sobre ela, no curso do processo. E, assim, e, por isso, não se pode aceitar a validade da norma, por manifesta violação ao contraditório e à ampla defesa

Continua o doutrinador, trazendo um interessante contraponto que recai sobre a interpretação do artigo.

Se, ao contrário, a circunstância tiver sido debatida, ainda que não apontada na denúncia ou na queixa, pode-se reconhecê-la, se e desde que de caráter objetivo, como ocorrer com a reincidência (art. 61, I, Código Penal).

Verifica-se, portanto, que o ponto nodal que deve ser respeitado e observado na questão relativa a possibilidade ou não de reconhecimento de ofício de agravantes que não foram alegadas, repousa no contraditório. Havido contraditório e ampla defesa, é possível, como bem leciona Pacelli.

Ademais, devemos relembrar o sistema acusatório adotado pela carta magna que estabelece a necessária separação entre a acusação e a sentença. Estando as funções muito bem definidas no processo, não há espaço para o juiz adentrar-se nas funções acusatórias e reconhecer agravantes. Se tais alegações não foram feitas pelo órgão responsável pela acusação, nada pode fazer o juiz, tendo em vista que a sua função é a da garantia dos direitos do acusado, é manter, como bem assevera Alexandre da Rosa Moraes, o *fair play*.

Analisamos em capítulo anterior os axiomas propostos por Ferrajoli. Um sistema de garantias voltados para o “dever ser”, um sistema que o próprio criador entende como utópico. Em correlação com Alexy, seria o sistema de garantias um princípio a ser adotado pela Constituição, funcionando como um mandamento de otimização.

Se é um “dever ser”, um mandamento de otimização, como poderíamos aceitar a preservação de uma agressão tão nítida ao contraditório e ampla defesa como essa segunda parte do art. 385? É um verdadeiro retrocesso inquisitorial.

Neste sentido, também compreende Elmir Duclerc (2011, p. 172).

Observa-se, todavia que o mesmo artigo 385, na sua parte final, permite que sejam reconhecidas na sentença circunstâncias agravantes (art. 61 do CP) não descritas na inicial. Aqui, a toda evidência, tem-se uma violação flagrante ao sistema acusatório de processo, como, aliás, já reconhecido por setores da doutrina pátria.

Desta forma, tendo-se a concepção de que devemos realizar uma leitura do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal, outro resultado não poderia haver, senão a clara inconstitucionalidade do art. 385. No tocante a segunda parte do mesmo, há uma evidente violação ao contraditório e ampla defesa, a correlação entre acusação e sentença e o sistema acusatório.

5.4. ESCASSA JURISPRUDÊNCIA

Infelizmente, apesar da evidente importância do tema, a jurisprudência ainda se apresenta muito conservadora, no que tange ao sistema inquisitorial. Como marco jurisprudencial, podemos citar o entendimento da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no SER, n. 1.0024.05.7025769/001:

5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no RSE n. 1.0024.05.7025769/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, publicada em 27/10/2009:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS DECRETADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS – VINCULAÇÃO DO JULGADOR – SISTEMA ACUSATÓRIO.

I – Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador.

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

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

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

De maneira lamentável a 3ª Câmara mesmo Tribunal de Minas Gerais proferiu, ainda esse ano (03 de junho de 2014), entendimento diferente da 5ª Câmara do mesmo tribunal.

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO - CONCURSO DE PESSOAS - CARACTERIZAÇÃO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

- Restando comprovado nos autos a participação do apelante na prática do fato criminoso, não há que se falar em absolvição.

- O fato de não constar da denúncia determinada agravante, não impede o seu reconhecimento, vez que esta não interfere na tipificação do delito. (art. [385CPP](#))- A obrigatoriedade do magistrado de fixar valor mínimo para reparação dos danos sofridos pelo ofendido, nos termos do artigo [387, IV](#), do [CPP](#), está condicionada à existência, nos autos, de elementos que comprovem o "quantum", devendo ser respeitados os princípios do contraditório e ampla defesa na fixação.

Desta forma, podemos perceber que ainda há uma longa caminhada rumo a mudança desses paradigmas inquisitoriais. Muitos ainda precisam aprender a interpretar as legislações à luz da Constituição Federal e não como se textos não conexos fossem. Espero que o presente trabalho possa servir de inspiração aos julgadores para que evoluamos o processo penal para um processo penal efetivamente garantidor e democrático.

6. CONCLUSÃO

Arrematemos agora o presente estudo. Foram analisados nos tópicos subsequentes os sistemas processuais inquisitório, acusatório e misto. Demonstrou-se que a presente Constituição Federal de 1988 realizou a escolha pelo sistema acusatório, dentro de uma análise sistemática da mesma, desta forma, interpretando a Código de Processo Penal a luz da constituição, as nítidas facetas inquisitoriais devem ser rechaçadas. Além disso, desconstruiu-se a falácia da existência de um sistema misto, que significaria, em verdade, uma aglomeração das piores características de ambos os sistemas.

Estando imersos dentro de uma sistemática processual acusatória, resultado não poderia ser outro se não a nítida e necessária separação de funções entre as partes do processo. Ou seja, acusador, defensor e julgador, cada um exercendo um papel distinto, sem haver confusão dos mesmos, sob pena de abrir perigoso precedente inquisitorial.

Verificamos, ainda, uma série de regras e princípios aplicáveis ao processo penal. Dando-se início no devido processo legal, este que baliza tanto o judiciário, quanto o legislativo, desta forma, o juiz é limitado pelas regras do jogo, bem como deve fazer valer a mesmas, havendo uma dupla função.

Realizando uma divisão didática, a regra da imparcialidade do julgador, obrigatoriedade e a inércia da jurisdição estão correlatos diretamente a primeira parte do art. 385, enquanto que o princípio do contraditório e a regra da congruência estão mais voltados a análise da segunda parte do art. 385 do CPP. Por fim, as questões críticas relativas ao mito da verdade real se relacionam com todo o processo.

Em análise a regra da imparcialidade do julgador, podemos verificar que esta acaba por ser o embasamento do sistema acusatório, tendo em vista que o julgador não pode pender mais para qualquer lado da relação processual, sob pena de ferir o devido processo legal. Mesma importância deve ser dada a regra de inércia da jurisdição, que, juntamente com a imparcialidade do julgador, afasta do juiz a

persecutio criminis. Por fim, em cotejo com a possibilidade de disposição da ação penal, verificamos, em linhas introdutórias, que o MP, ao formular o pedido de absolvição, estaria dispondo da ação, vinculando o juiz.

Ainda nas premissas teóricas referentes a regras e princípios basilares, foi verificado o princípio do contraditório e a regra da congruência entre acusação e sentença. Sendo o processo penal uma das maiores agressões possíveis as liberdades dos cidadãos, esta não pode ser construída sem a dialética, sem o dialógico, sem o contraditório. Mesma importância é atribuída a necessidade da congruência entre a acusação e sentença, pois, como o acusado poderia se defender de um fato se o mesmo não é posto para a sua análise? Desta forma, não poderia haver uma atribuição de agravantes que não foram alegadas pela acusação.

Caminhando rumo a análises teóricas de grande relevância, foi dedicado um capítulo para a análise da Teoria do Garantismo Penal, proposta pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli. O estudo foi focado nos três últimos axiomas propostos pelo italiano, por se tratarem de temas nitidamente processuais penais.

Não obstante o foco nas questões processuais, deve ser dada a devida estima ao princípio da legalidade estrita. Este, direcionado ao legislador, faz com que o mesmo promova leis sob o intuito de garantia das liberdades do cidadão, sob pena de invalidade e ilegitimidade da norma. Sendo o mesmo um condicionante da norma, podemos verificar que, dentro de uma análise eminentemente garantista, o art. 385 peca na invalidade e ilegitimidade, na medida que viola frontalmente dois axiomas, o da correlação entre acusação e sentença e o contraditório.

Nesta seara dos axiomas, primeiro foi verificada a separação entre o juiz e a acusação, típico do sistema acusatório; após o ônus da prova, onde vislumbrou-se os limites da atuação do juiz no processo; e, por fim, o princípio do contraditório e da ampla defesa, que concede a paridade e a dialéticidade necessária do processo penal.

Entrando em uma análise da função do processo penal garantista, verifica-se, nesta senda, que as leituras dos dispositivos eminentemente inquisitoriais devem ser, necessariamente, analisadas e interpretados a luz da Constituição Federal, não podendo compreendo o processo penal como um sistema autônomo. A função do processo deve ser, juntamente com o Juiz, a de averiguar os fatos ali expostos de maneira que proteja os direitos fundamentais do acusado. Pode-se dizer, então, que o processo penal efetivamente garantidor visa aplicar as penas e afastar os abusos do Estado.

Aprofundando no estudo teórico e técnico, foi dedicado um capítulo para a análise da titularidade da ação penal e a regra da congruência. Sabe-se que o MP é o titular exclusivo da ação penal pública, por força de determinação expressa da Constituição Federal, isso posto e compreendendo ser possível a disponibilidade da ação penal, o pedido de absolvição vincula o magistrado.

Ademais, no que toca a regra da congruência entre acusação e sentença, foram explicitados os conceitos necessários para a compreensão terminológica do que vem a ser a acusação, a defesa e a sentença. Compreendidas essas premissas, observou-se com clareza que a sentença (juiz) deve estar adstrito as questões trazidas pela acusação (Ministério Público), tendo em vista a necessária observância do contraditório e ampla defesa.

Caminhando em passos largos, chegamos ao cerne da questão. Poderia o juiz proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição? E poderia o juiz reconhecer agravantes que não foram alegadas pela acusação? É clarividente que não para ambos os casos.

O juiz tomar as rédeas do processo e condenar o réu mesmo quando o MP, titular privativo da ação penal, opina pela absolvição é um ataque frontal a inércia da jurisdição, tendo em vista que o MP está dispendo da ação, além da clara função acusatória que o juiz estaria exercendo. A imparcialidade está poluída, a inércia ferida, o sistema acusatório desrespeitado. Permitir essa abominação jurídica é

abandonar os ensinamentos do mestre italiano Ferrajoli, é aceitar que o Código de Processo Penal caminhe de encontro aos ditames da Constituição Federal.

Por fim, não pode o juiz reconhecer agravantes que não foram alegadas pela acusação. A regra da congruência é clara e precisa e aqui está por um motivo, devemos afastar a surpresa do processo penal. Aceitar a possibilidade estabelecida por esse artigo é uma agressão sem tamanho ao contraditório, afinal, como o réu poderia se defender de fatos que ele não tinha conhecimento? Estamos remontando o processo secreto inquisitorial.

Desta forma, compreende o presente trabalho monográfico pela total inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal, tendo em vista o mesmo não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros. 2006.

ARAS, Vladimir. **O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor**. Disponível em <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em 25 de outubro de 2014.

AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales** Valencia. Editora Tirant lo Blanch. 1999 .

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências – elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2004.

BACIGALUPO, Enrique. **El debido proceso penal**. Madrid. Editorial Hammurabi SRL. 2005

_____. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL. 1999

BADARO, Gustavo Henrique. **Correlação Entre Acusação e Sentença**. 3 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013.

BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Brasil, Editora Hemus. 1983.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2 ed. São Paulo. Editora dos Tribunais. 1994

BINDER, Alberto M. **Iniciación al Proceso Penal Acusatorio**. Buenos Aires. 2000,

BIZZOTTO, Alexandre. **Valores e Princípios Constitucionais: Exegese No Sistema Penal Sob a Égide Do Estado Democrático de Direito**. Goiânia. Editora AB. 2003.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da Pesquisa: Monografia, Dissertação, Tese**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. DANTAS, Miguel Calmon. **Revisitando a metodologia da pesquisa em direito: as contribuições de Henri Capitant**. R. Acad. Letr. Jur. Bahia, Salvador, n.16, p.70-82, 2010/2011.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Editora Campus. 1992.

BONATO, Gilson. **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011

_____. **Processo penal: Leituras constitucionais**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.236.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1 reimpressão. Belo Horizonte, Editora Fórum. 2010.

CABETTE, Eduardo Luíz. **O processo penal e a defesa dos direitos e garantias individuais**. Campinas. Editora Péritas. 2002.

CALLEGARI, André Luiz. **O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal**. IBCrim, nº 70, 1998

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Brasil. Editora Conan. 1995.

CARRIÓ, Alejandro D. **Garantías constitucionales en el proceso penal**. Madrid. Editorial Hammurabi SRL. 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Garantismo Penal Aplicado**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2003.

CARVALHO, L. G Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**. 5 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009.

CARVALHO, Salo. **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004 .

CASSO, Joaquin González. **Sobre el derecho al juez imparcial (o quien instruye no juzga)**. Madrid. 2004

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3 Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1995

CHOUKR, Fauzi Hassan. AMBOS, Kai (Coordenadores). **Processo Penal e Estado de Direito**. Campinas, Edcamp, 2002.

_____. **Processo penal à luz da Constituição**. 1 ed. Bauru. EDIPRO. 1999.

_____. **A Teoria do Garantismo Penal no Direito e no Processo Penal**. Boletim IBCCRIM, n. 77, abr.1999. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigos/97-77—Abril—1999>. Acesso em 04 de set. 2014.

CHRISTIE, Nils. **A Indústria Do Controle Do Crime**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 1998.

CLAUDIO, Paulo. TOVO, João Batista. **Primeiras Linhas Sobre O Processo Penal Em Face Da Nova Constituição**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1989.

COLOMER, Juan-Luiz Gómez. **Constitucional y Proceso Penal**. Madrid. Editorial Tecnos. 1996

CONDE, Francisco Muñoz. BUSATO, Paulo Cesar. **Crítica ao Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011

_____. **Búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL. 2000

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

DOTTI, René Ariel. **Movimento antiterror e a missão da magistratura**. 2 Ed. Curitiba, Juruá Editora. 2005.

EYMERICO, Nicola. **Manual da Inquisição**. Curitiba, Juruá Editora. 2001.

FALCONE, Roberto A. **El principio acusatorio**. Buenos Aires. Ad-Hoc, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais Ltda. 1999.

FERNÁNDEZ, Enrique Gacto. **Inquisición y censura en el caso de la inteligencia en España**. Madrid. Editorial Dykinson. 2006

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

_____. **Epistemología Jurídica y Garantismo**. México. Fontamara, 2008

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid. Editorial Trotta. 2005.

_____. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2002.

FILHO, Gomes. **O “modelo garantista” de Luigi Ferrajoli**”, Boletim do IBCCrim 58/6

FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. **As Razões Do Positivismo Penal No Brasil**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal: Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador. Editora JusPodivm. 2009

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Belo Horizonte. Editora Lider. 2002

GOMES, Luiz Flavio. CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: Comentários à convenção americana sobre direitos humanos. Pacto de San Jose da costa Rica**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução Ao Direito Processual Constitucional**. 1 ed. Porto Alegre. Sintese. 1999.

GUZMÁN, Nicolás. **La Verdad Em El Proceso Penal**. Buenos Aires, Editores del Puerto. 2006.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2007.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema Penal Em Questão**. 2 ed. Rio de Janeiro. Luam. 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1998.

LOPES JR, Aury. **A instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Disponível em <http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD-B1379C4CD2C6%7D_022.pdf>. Acesso em 04 de set. 2014.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Direito Penal, Estado e Constituição**. São Paulo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). 1997.

_____. LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito Penal e Constituição**. São Paulo. Editoria M. 2009.

_____. **Princípios Políticos Do Direito Penal.** 2 ed. São Paulo. Revistas Dos Tribunais. 1999.

_____. **Teoria Constitucional do Direito Penal.** São Paulo. Revista Dos Tribunais. 2000.

MALAN , Diogo Rudge. **A Sentença Incongruente No Processo Penal.** Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003.

MARCON, Adelino. O princípio do Juiz Natural. Curitiba: Editora Juruá, 2004.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: The brazilian Lessons.** 2 Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêia. **Direito Processual Constitucional.** 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2003.

MEIHOFFER, Werner. **Estado De Derecho y Dignidad Humana.** Buenos Aires. Editorial B de F. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2003

MORENO, Faustino Cordon. **Las Garantías Constitucionales Del Proceso Penal.** Editorial Aranzadi. 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Código de processo penal comentado.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2003

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal Dos Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte. Del Rey. 2004.

_____. **Curso de Processo Penal,** 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PALAZZO. Francesco C.. **Valores Constitucionais e Direito Penal.** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 1989.

PASSETI, Edson. SILVA. Roberto B. Dias da Silva. **Conversações Abolicionistas: Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). 1997.

PETTIT, Philip. **Teoria da Liberdade.** Belo Horizonte, Editora Del rey, 2007.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação Entre Acusação e Sentença No Processo Penal Brasileiro.** São Paulo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). 2001

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional Das Leis Processuais Penais.** 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2001.

QUEIROZ, Paulo. **Por que defendo um direito penal mínimo**. Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/por-que-defendo-um-direito-penal-minimo/>>. Acesso em 05 de set. 2014.

_____. **Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico**. IBCcrim, nº 74, 1999.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A inconstitucionalidade do “Direito Penal”**. Curitiba, Juruá Editora. 1991.

RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento a denúncia**. Em: http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/processo_penal/o_garantismo_penal_e_o_aditamento_a_denuncia.pdf>. Acesso em: 28 de março de 2014.

RIBERO, Germán Ortega. **Diccionario del sistema penal acusatório**. Bogotá. Editorial Temis. 2010.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La Política Criminal Em La Encrucijada**. San Antonio. Editorial B de F. 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2014.

_____. KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2014.

_____. **O Juiz pode condenar quando o Ministério Público pede absolvição?** Em: <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2010/07/o-juiz-pode-condenar-quando-o.html>>. Acesso em: 25 de outubro de 2014.

_____. CARVALHO, Thiago Fabres. **Processo penal Eficiente & ética da vingança**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2010

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 25. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SARAIVA, Railda. **A constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Rio de Janeiro, Editora Forense. 1992.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal**. Salvador. Podivm. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal: due process of law**. 2 ed. Belo Horizonte, Editora Del rey. 1997.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TAVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8 ed. Salvador. Juspodivm. 2013.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro. Editora Lumes Juris. 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

TUCCI, Rogerio Lauria. **PRINCIPIO E REGRAS ORIENTADORAS DO NOVO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 1986.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: O “Progresso ao Retrocesso”**. São Paulo. Editora Almedina. 2010.

VALLEJO, Manuel Jaén. **Los principios superiores del derecho penal**. Madrid. Editorial Dykinson. 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Palavra Dos Mortos: Conferencias de Criminologia Cautelar**. São Paulo. Saraiva. 2012.

_____. **El enemigo em el derecho penal**. 1 Ed. Buenos Aires. Sociedad Anonima Editora. 2006

_____. **Em Busca Das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro. Revan. 1989.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Porcesso Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.