

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

BENJAMIN XAVIER DE PAULA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Benjamin Xavier de Paula; José Querino Tavares Neto; Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa
Moraes. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-862-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição.
XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Apresentação

O Direito Penal no Brasil é um campo em constante transformação. Seus primeiros passos encontra lugar em um ordenamento jurídico que situa-se entre o local e o global, entre a colônia e a metrópole: Os Códigos ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, dentre os quais, o Código Philippino ou Código Joanino foi o que mais influenciou - para o bem ou para o mal, a nossa tradição jurídica.

Com a Proclamação da Independência do Brasil em 1922 assistimos uma transição da antiga ordem jurídica fundada no Direito Canônico base do estado absolutista, para uma nova ordem jurídica designada de Direito Moderno que tem origem no estado constitucional. Na perspectiva do Direito Penal, o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1940 foram os dois principais instrumentos do nosso ordenamento jurídico, que junto com as demais Leis extravagante, orientaram e orientam o caminho do ensino, da pesquisa, da teoria e da prática jurídica nos últimos 200 anos do Brasil independente - 1822-2022.

Ao longo desses 200 anos de nação, vimos mudar as teorias do direito, e do direito penal, de uma concepção fundada na teoria do crime, baseadas nos instrumentos de controle da conduta das pessoas, e das teorias da pena, baseadas na vingança pública, para uma teoria crítica que questiona os postulados do positivismo jurídico em favor da materialidade de um estado democrático efetivamente de direito.

As instituições de pesquisa jurídica assumiram um papel de protagonismo e sujeito político nesta ordem democrática, e dentre elas, o Conselho Nacional de Pesquisa em Direito - CONPEDI, constitui um dos principais atores deste campo institucional, e seus congressos anuais, são a arena onde boa parte da pesquisa jurídica se desenrola, e assume forma pública de diálogo nacional e internacional. O Direito Penal, Processo e Constituição é uma das principais áreas (GT) que compõem os congressos nacionais e internacionais do CONPEDI.

Esta publicação reúne os artigos acadêmico-científicos apresentados no XXX Congresso Nacional do Conpedi realizado na cidade de em Fortaleza/CE, nos 15, 16 e 17 de novembro de 2023 com o tema geral “Acesso À Justiça, Solução de Litígios e Desenvolvimento” Edital Nº 03/2023.

A presente publicação contempla um total de dezenove artigos. O primeiro é o trabalho de Kennedy da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues “Autoritarismo e Sistema Penal: uma análise de intersecção e consequências”, uma pesquisa que estuda o fenômeno do autoritarismo e sua interação com o sistema penal com vistas a uma reflexão sobre relação entre o direito e o poder.

O segundo trabalho desta publicação é o estudo de Kennedy da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues “Análise Econômica Do Direito Penal: o custo do encarceramento no Brasil e os desafios para a redução da criminalidade” analisa o custo do encarceramento no Brasil, sob a perspectiva da análise econômica do direito penal.

O terceiro trabalho desta publicação é o estudo de Dayton Clayton Reis Lima e Josinaldo Leal De Oliveira “Além Das Grades: avanços e dilemas da educação no contexto carcerário brasileiro” explora a relação entre a educação e o sistema carcerário brasileiro

O quarto trabalho desta publicação é o estudo de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, Alexandre Lobato Nunes e Hugo Leonardo Galvão de Carvalho “Acordo De Não Persecução Penal – Anpp: a importância do fator sociojurídico na importação de institutos estrangeiros” que trata do fator sociojurídico como elemento imprescindível para o aprimoramento da lei e da jurisprudência no âmbito do processo criminal no Brasil.

O quinto trabalho desta publicação é o estudo de Ana Carolina Figueiro Longo e Ana Luísa Batista Pereira “A Vida, O Cárcere E A (Des)Ressocialização” análise o aumento da população carcerária no Brasil no período de 1990 a 2021.

O sexto quarto trabalho desta publicação é o estudo de Débora Alécio, Gustavo Noronha de Avila e Daiany Barros de Oliveira “A (In) efetividade das medidas protetivas da Lei Maria da Penha como instrumento de proteção dos direitos da personalidade”, investiga as mulheres que sofreram violência tuteladas pela Lei Maria da Penha.

O sétimo trabalho desta publicação é o estudo de Débora Alécio e Gustavo Noronha de Avila “Eu juro que vi exatamente isso”: distorções da memória no processo penal e a violação da identidade enquanto um Direito da personalidade” analisa as falsas memórias e o direito da personalidade do acusado no Processo Penal.

O oitavo trabalho desta publicação é o estudo de Diego Alves Bezerra, Rodrigo Cavalcanti e José Orlando Ribeiro Rosário “Vedação ao Non Liqueet e o Princípio da Reserva Legal:

método de integração normativa como fator criativo de criminalização de condutas por decisões judiciais” trata da vedação ao non liquet, previsto no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O nono trabalho desta publicação é o estudo de Diego Alves Bezerra e Rodrigo Cavalcanti “autonomia da lavagem de dinheiro: prolegômenos hermenêuticos e sua tipificação” investiga o crime de lavagem de dinheiro introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 9.613/98.

O décimo trabalho desta publicação é o estudo de Fernando Augusto Risso, Lucas Paulo Fernandes e Lucas Hernandes Lopes “O cumprimento imediato da pena no Tribunal do Júri: caminhos sinuosos, alcances e limites da presunção de inocência no STF” trata das garantias fundamentais do jurisdicionado em face do recurso extraordinário nº 1.235.340 do STF.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de José Roberto da Silva “O parâmetro de controle de constitucionalidade das leis penais segundo o entendimento do SFT” analisa o entendimento do STF a respeito do controle de constitucionalidade das leis penais.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de Mateus Venícius Parente Lopes “Combate à corrupção no futebol: o compliance criminal como instrumento de prevenção de fraudes em apostas esportivas” análise a importância do compliance criminal no enfrentamento das apostas esportivas fraudulentas no futebol.

O décimo primeiro trabalho desta publicação é o estudo de Mateus Venícius Parente Lopes e Ênio Stefani Rodrigues Cardoso Cidrão “O informativo 759 do STJ sob a perspectiva do garantismo hiperbólico monocular” investiga o que Douglas Fischer denomina de Garantismo Hiperbólico Monocular e o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

O décimo quarto trabalho desta publicação é o estudo de Rayssa Martins Escosteguy e Antonio Rodrigo Machado de Sousa “O pedido de absolvição pela acusação e a (im) possibilidade de condenação penal”. analisa a compatibilidade e incompatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal com a Carta Magna de 1988.

O décimo quinto trabalho desta publicação é o estudo de Jussara Schmitt Sandri “O tratamento penal da lesão corporal dolosa de natureza gravíssima” analisa o crime de lesão corporal na Lei 13.142/2015 e na Lei 8.072/1990.

O décimo sexto trabalho desta publicação é o estudo de Thiago Gomes Viana e Luis Alberto Oliveira da Costa “Racismo, "labelling approach" e reconhecimento pessoal: análise da jurisprudência do STF e do STJ” . analisa as decisões do STJ e do STF acerca da obrigatoriedade do cumprimento do art. 226 do Código de Processo Penal (CPP).

O décimo sétimo trabalho desta publicação é o estudo de Sidney Soares Filho , Maria Trinyd Fernandes Parente e Cláudia Aparecida Ribeiro do Nascimento “Sanções Pecuniárias e Desigualdade Socioeconômica: uma necessária análise da execução penal e ressocialização no ceará” que investiga as implicações das sanções pecuniárias na vulnerabilidade socioeconômica dos apenados no sistema penal brasileiro, no Estado do Ceará.

O décimo oitavo trabalho desta publicação é o estudo de Sidney Soares Filho, Maria Trinyd Fernandes Parente e Maria Heloísa Nogueira da Silva Alves “A Inafastabilidade da Pena de Multa: a execução penal de hipossuficientes no tribunal de justiça do estado do ceará (tjce)” examina a abordagem do TJCE em relação à pena de multa e extinção da punibilidade.

O décimo nono trabalho desta publicação é o estudo de Fernando Augusto Risso e Paulo César Corrêa Borges “Crítica ao Entendimento dos Tribunais Superiores: o ônus da prova para aplicação da majorante do emprego de arma de fogo no roubo” que estuda a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a majorante do emprego de arma de fogo no roubo.

Na qualidade de coordenadores agradecemos todos/as os/as autores/as em nome do CONPEDI e convidamos todos/as a leitura e estudo dos trabalhos apresentados.

Profº Drº José Querino Tavares Neto - UFG

Profº Drº Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes - Universidade de Itaúna

Profº Drº Benjamin Xavier de Paula - FDUSP; PPGD/UnB

O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELA ACUSAÇÃO E A (IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO PENAL

THE PROSECUTION'S REQUEST FOR ACQUITTAL AND THE (IM) POSSIBILITY OF CRIMINAL CONVICTION

**Rayssa Martins Escosteguy
Antonio Rodrigo Machado De Sousa**

Resumo

O trabalho tem por objetivo analisar qual sistema processual penal foi adotado pela Constituição Federal de 1988 e verificar se o ordenamento infraconstitucional do processo penal está em harmonia com essa norma suprema, mais especificamente sopesar se o art. 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Carta Magna, o qual dispõe que “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”. O método utilizado foi o de revisão da legislação, doutrina e jurisprudência para, no primeiro momento, definir ser possível observar quais os modelos processuais penais existentes e quais são as suas características. Na sequência a pesquisa busca a compreensão se o modelo adotado pela Constituição Federal é o inquisitivo ou acusatório. Por fim, demonstrou-se as posições adotadas sobre a compatibilidade e incompatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal com a Carta Magna de 1988.

Palavras-chave: Processo acusatório, Processo inquisitorial, Absolvição

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this work is to analyze which criminal procedural system was adopted by the Federal Constitution of 1988 and to verify whether the infra-constitutional criminal procedural system is in harmony with this supreme norm, more specifically to assess whether art. 385 of the Code of Criminal Procedure has been accepted by the Magna Carta, which states that "in crimes involving public prosecution, the judge may hand down a conviction, even if the Public Prosecutor's Office has given its opinion for acquittal, as well as recognizing aggravating factors, even if none have been alleged". The method used was a review of legislation, doctrine and case law in order to first determine whether it is possible to observe which criminal procedure models exist and what their characteristics are. The research then seeks to understand whether the model adopted by the Federal Constitution is inquisitive or accusatory. Finally, the positions adopted on the compatibility and incompatibility of art. 385 of the Code of Criminal Procedure with the 1988 Magna Carta were demonstrated.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Accusatory proceedings, Inquisitorial proceedings, Acquittal

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o judiciário brasileiro, no âmbito penal, tem passado por situações em que o limite da sua atuação tem sido analisado e contestado em diversos momentos, pois ainda há interferência de mais de um modelo processual penal no ordenamento jurídico brasileiro.

O caso recente e emblemático que tem gerado a discussão sobre esses limites de atuação de cada órgão foi o Inquérito nº 4.781¹ em trâmite do Supremo Tribunal Federal e instaurado de ofício por essa própria Corte Suprema.

Para compreender a existência e a dimensão desses conflitos de entendimentos, é necessário observar que o Código de Processo Penal de 1941² e a Constituição Federal de 1988³ foram criados em momentos sócio-políticos totalmente distintos.

O processo penal, por sua vez, é regulado pelo Decreto-Lei nº 3.689/1941 que instituiu o Código de Processo Penal. A partir desse instrumento o Estado pôde exercer o seu *jus puniendi*, cujo desenvolvimento do processo é regido por uma sequência de normas e princípios que compõem, desde então, o processo penal.

O código processual penal foi promulgado durante o governo de Getúlio Vargas na vigência do período conhecido como Estado Novo (GIACOMOLLI, 2015). Um momento da história brasileira notoriamente contextualizado por uma série de restrições às liberdades civis e com graves violações aos direitos humanos pelo governo. Mesmo não sendo uma norma derivada do processo legislativo democrático realizado por representantes do povo, o referido diploma legal continua vigente até os dias de hoje (ZAPATER, 2021).

O Código de Processo Penal deveria ter como função precípua o resguardo dos direitos individuais fundamentais dos cidadãos, ou seja, proteger o cidadão dos exageros estatais. Notadamente, como a sua criação não foi pautado por um viés democrático, mas sim um viés autoritário, teve como foco o direito de defesa da sociedade e não o direito de defesa individual do cidadão.

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inq nº 4.781. Relator o Ministro Alexandre de Moraes;

² BRASIL. Planalto. Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03jul. 2021;

³ BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08jul. 2021;

Já a Constituição Federal de 1988⁴ surge logo após o fim da ditadura militar no período conhecido como Nova República. A Carta Magna nasce com um anseio de liberdade individual repelindo todas as atrocidades que esse regime militar havia imposto à sociedade até então. Sua promulgação foi ovacionada com fervor tanto pelos legisladores constituintes que participaram do processo legislativo, quanto pela população brasileira, em virtude das suas características. A lei maior do Estado, portanto, veio para consolidar a democracia no Brasil e com isso os direitos e garantias fundamentais (ROMEO, 2021).

Diante de todas essas garantias, a Constituição Federal de 1988 é interpretada como uma das mais avançadas do mundo no que tange a garantia do direito do cidadão. Por esse motivo é necessário verificar se o modelo utilizado no direito processual penal previsto no Código de Processo Penal é compatível com essa Carta Magna⁵, bem como se os seus artigos foram recepcionados, tendo em vista que a forma de criação dessas legislações e os momentos de suas promulgações foram em contextos distintos.

E como há essa distinção de regimes de governo nos momentos de criação de cada uma das normas, é necessário analisar se os seus dispositivos são harmônicos entre si. Como a Constituição Federal é a norma suprema do ordenamento jurídico, ela serve de parâmetro de interpretação para todo o direito brasileiro, inclusive o direito processual penal regido pelo Código de Processo Penal de 1941.

Assim, todo o dispositivo que não estiver de acordo com as normas e garantias constitucionais deve ser declarado inconstitucional. Como o Código de Processo Penal de 1941 veio antes da Carta Magna de 1988, os seus artigos deveriam ter passado por uma análise criteriosa de recepção ou não recepção.

Entretanto, esse exame aprofundado para que todo o ordenamento jurídico fosse harmônico entre si, tendo como base a Constituição Federal de 1988, não foi feito.

Portanto, inúmeros artigos merecem apreciação para averiguar se estão em conformidade com essa lei maior. Nessa linha, o presente trabalho visa realizar uma discussão acerca da recepção ou não do art. 385 do Código de Processo Penal⁶, o qual tem gerado uma série de posicionamentos distintos entre os doutrinadores e jurisprudências.

⁴ BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03mar. 2019;

⁵ BRASIL, Planalto. Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03jul. 2021;

⁶ Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada

A ideia principal pretendida ao longo deste trabalho é analisar se o artigo mencionado viola os preceitos constitucionais ou se está em plena harmonia. E para isso, é necessário sopesar se a Constituição Federal de 1988 tem como fundamento para o processo penal o modelo inquisitorial ou acusatório.

Para a grande maioria da doutrina, este tema se apresenta como pacificado pelos tribunais superiores. No entanto, parte dos estudiosos defende que esse entendimento precisa ser reanalisado.

Uma vez que o tema se reveste de grande importância para a sociedade, pois coloca em foco princípios constitucionais importantes como o do contraditório, da ampla defesa (art. 5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV), além do juiz natural e imparcial (arts. 5º. LIII, 92 e 126).

Assim, o trabalho foi conduzido pela indagação que permeia toda a pesquisa: o art. 385 do Código de Processo Penal, o qual tem essência inquisitiva, foi recepcionado pela Constituição de 1988 que tem como base de formação as garantias e direitos fundamentais?

Para chegar a uma resposta é necessária a verificação de diversos fatores que vão além dos aspectos jurídicos, pois a questão se insere diretamente nos interesses sociais e nas políticas públicas.

1. SISTEMA INQUISITORIAL E SISTEMA ACUSATÓRIO

O direito limita e disciplina o poder de punir do Estado para evitar atos arbitrários ou atentatórios às liberdades e garantias individuais previstas na Constituição Federal. No entanto, no ordenamento infraconstitucional ainda existem normas contrárias à essa disposição, como exemplo o Código de Processo Penal no art. 385, disciplina que “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

Diante disso, faz-se necessária uma análise do contexto processual penal em conjunto com a Constituição Federal de 1988 para compreender qual é o sistema processual atualmente definido na Carta Magna, o qual deve ser referência para o Código de Processo Penal.

Antes de mais nada, vale destacar que a separação dos dois institutos é meramente no campo das ideias, tendo em vista que a norma infraconstitucional tem aspectos tanto do modelo inquisitorial, quanto do modelo acusatório, sendo necessário observar quais são os aspectos predominantes em cada um dos sistemas sobreditos, com o intuito de compreender o limite de atuação do órgão acusador e do órgão julgador durante a persecução penal.

1.1 Sistema Inquisitorial

O modelo inquisitorial não possui qualquer procedimento definido a ser seguido e quando foi criado tinha como único objetivo encenar um julgamento com o objetivo de julgar os desvios dos dogmas da Igreja Católica. Após o século XIV esse procedimento foi adotado por todos os legisladores na Europa (ARRUDA, 2021) e a titularidade da acusação, ou seja, a função de acusar, pertencia a mesma pessoa ou ao mesmo órgão que realizava o julgamento (OLIVEIRA, 2012. p. 9).

O órgão que investigava e exercia a acusação era o mesmo que determinava a punição, sendo assim, o julgador assumia as vestes da acusação (KHALED JUNIOR, 2010, p. 293), o que acabava por impedir a equidistância e a imparcialidade no julgamento. Era um sistema criado para justificar as atrocidades cometida sob o argumento de ser a vontade de Deus (SILVA NETO, 2019).

Nesse modelo inquisitório o acusado é tratado como mero artefato da persecução penal, pois não tem o direito à ampla defesa tampouco ao contraditório, sendo admitido até a tortura como meio de prova (ARRUDA, 2021).

Dessa forma, o processo era eivado de subjetividade no julgamento, pois não havia necessidade de motivação dos atos e decisões do juiz, uma vez que o mesmo julgador atuava como parte investigativa, acusadora, colecionadora de provas e julgadora, conforme descreve Passos (PASSOS, 2012).

Assim, aquele que abandonava o “contrato do cidadão” e fosse submetido ao modelo inquisitorial, perdia todos os seus direitos como cidadão. Desse modo, o sujeito passava a um estado de ausência completa de direitos, pois se tornava o inimigo da sociedade (JAKOBS, 2007. p. 29).

Desse modo, o juiz tinha poder ilimitado e não existia qualquer imparcialidade, sendo um modelo autoritário que não buscava a verdade, mas sim a punição por meio do Estado sem qualquer fundamentação das decisões. Diferentemente do sistema processual acusatório, que será analisado no subitem seguinte.

1.2 Sistema Acusatório

No modelo acusatório por sua vez “além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação” (OLIVEIRA, 2012, p. 10), sendo esse o maior desdobramento de igualdade entre as partes no processo.

Uma vez que, a partir da separação entre o órgão julgador e o órgão acusador passa a ser possível um julgamento imparcial, onde o juiz se posiciona equidistante das pretensões das partes com o intuito de realizar um julgamento imparcial.

Nesse sentido, a função de julgador e de acusador não se confundem, tendo em vista as delimitações de suas atuações (GRINOVER, 1999, p. 71). Consequentemente, a acusação poderá arguir as provas com o intuito de demonstrar a sua tese, da mesma forma o acusado também terá direito aos mesmos meios de provas com o intuito de provar o que foi alegado por ele (NAGIMA, 2021).

Assim, a acusação não possui benefícios, pois tem como referência a imparcialidade do juiz; o contraditório; a ampla defesa; a igualdade entre as partes; publicidade dos atos; e a oralidade (CALABRICH, 2007, p. 39).

Deste modo, torna-se possível a delimitação das funções públicas do julgador e do acusador na persecução penal, com o intuito de limitar os arbítrios e abusos do legislador ordinário com viés inquisidor (SILVA, 2010, p. 69), como no caso em que o órgão acusador retira a pretensão acusatória e ainda assim, o órgão julgador, de forma parcial, pode condenar o acusado.

O sistema acusatório tem como objetivo tornar a defesa e a acusação como sujeitos de direitos iguais dentro do processo para que ao final o Estado, órgão julgador, possa exercer o seu poder/dever de punir ou deixar de punir, a partir de uma decisão fundamentada e imparcial.

1.3. Sistema Adotado pela Constituição Federal de 1988

Os modelos processuais inquisitorial e acusatório estão presentes no processo penal brasileiro até os dias atuais, onde convivem paralelamente, tendo em vista que há dificuldades na implementação de um sistema acusatório puro.

A existência desses resíduos do sistema inquisitorial são em razão da promulgação do Código de Processo Penal ter ocorrido em 1941⁷, período de grandes violações aos direitos e ainda com caráter inquisitivo, uma vez que tal normativo legal, cuja função precípua deveria ser o resguardo dos direitos individuais fundamentais dos cidadãos não foi criado em meio a anseios democráticos, mas sim imposto por um governo autoritário (ZAPATER, 2021).

No entanto, vale destacar, que segundo Ferrajoli (2002, p. 140) o simples fato da norma existir no ordenamento legal vigente, não quer dizer que ela possua validade, pois para ter legitimidade deve ser analisada em consonância com o sistema jurídico como um todo, bem como com o Estado Democrático de Direito.

Como já mencionado, a Constituição Federal de 1988⁸ consolidou a democracia no Brasil, uma vez que sua criação foi logo após a ditadura militar por meio de um processo legislativo democrático. Os constituintes para demonstrar a importância da preservação dos anseios de liberdade definiram logo nos primeiros dispositivos os direitos e garantias fundamentais (ROMEO, 2021).

Além disso, definiram princípios processuais como o contraditório, a ampla defesa (art. 5º, LV), devido processo legal (art. 5º, LIV), o juiz natural e imparcial (arts. 5º, LIII, 92 e 126), bem como limitou as funções do órgão julgador e do órgão acusador.

Logo, fica límpido que a Constituição Federal de 1988 com base nos princípios mencionados e a definição de competência, definiu o sistema acusatório, como aquele que deve ser seguido durante a persecução penal, pois ele “emerge não apenas da distinção entre órgãos de acusação e de julgamento, mas essencialmente, das distintas funções a eles delineadas constitucionalmente” (SILVA, 2010, p. 69).

⁷ BRASIL, Planalto. Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03ago. 2021;

⁸ BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03jul. 2021;

Após a promulgação dessa Carta Magna, vários reparos já foram realizados no Código de Processo Penal de 1941 com o intuito de efetivar os direitos e garantias fundamentais do cidadão descritos em seus dispositivos e cada vez mais tornar eficaz a implantação do sistema acusatório puro.

Entretanto, como mencionado, ainda existem alguns resquícios do sistema inquisitorial na legislação infraconstitucional penal que precisam ser analisados com mais dedicação para que seja possível chegar a esse sistema acusatório puro, conforme definiu a Constituição Federal de 1988.

Um desses dispositivos com caráter inquisitorial existente no Código de Processo Penal de 1941, conforme já foi mencionado anteriormente, é o art. 385, o qual dispõe que “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”.

Portanto, esse artigo que foi criado em um período com resquícios inquisitorial, viola frontalmente o modelo acusatório descrito na Constituição Federal de 1988⁹, tendo em vista que não observa a separação das funções do órgão acusador e julgador.

2. O SISTEMA ACUSATÓRIO E O ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

As normas infraconstitucionais precisam ser interpretadas e analisadas com base na Constituição Federal, não o contrário, porque há um risco de causar graves violações aos direitos dos cidadãos ao realizar a interpretação da Carta Magna em relação as leis.

Essa inversão na hora da interpretação pode violar o próprio Estado Democrático e consequentemente o “exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”¹⁰.

Diante dessa situação é necessário que as leis se adaptem ao ordenamento constitucional com o intuito de não conferir caráter demasiadamente aberto a ser preenchido

⁹ BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03jul. 2021;

¹⁰ BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03jul. 2021;

pela livre vontade do legislador ordinário. Assim, as normas infraconstitucionais penais devem ser analisadas quanto a compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e não o inverso (CANOTILHO, 1998, p. 1.106).

Ao buscar compreender o sistema processual penal atual adotado pela Constituição Federal de 1988, ficou claro que o Brasil não possui um modelo acusatório puro nas suas normas infraconstitucionais, pois ainda há resíduos do modelo inquisitorial provenientes do ordenamento jurídico vigente à época de regimes de governos autoritários e um desses resquícios é o próprio art. 385 do Código de Processo Penal¹¹.

Em que pese o fato de haver no ordenamento resíduos do modelo inquisitorial, como foi explanado no tópico anterior resta límpido que a Carta Magna vigente definiu o modelo acusatório como aquele que deve ser adotado pelas normas infraconstitucionais, a partir da análise do art.129, incisos I e VIII, da Constituição Federal¹², que destaca a competência do Ministério Público para promover a ação penal pública.

Logo, “o constituinte desenhou claramente um processo penal de índole acusatória, em que a imparcialidade do juiz avulta e se ressalta a competência das partes para produzir prova de suas alegações”¹³, tendo como intenção a retirada do modelo inquisitorial do processo penal. No sentido do que determina a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 13.964/2019¹⁴ inseriu o art. 3º-A¹⁵ e “agora, a estrutura acusatória está expressamente consagrada no CPP e não há mais espaço para o juiz-ator-inquisidor” (LOPES JUNIOR, 2020. p. 53). O artigo está suspenso em razão da concessão liminar na Medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298¹⁶, 6.299¹⁷, 6300¹⁸ e 6305¹⁹, todas de relatoria do Ministro Luiz Fux.

¹¹ BRASIL, Planalto. Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03jul. 2021;

¹² BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03jul. 2021;

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4972866>>. Acesso em: 20ago. 2021.

¹⁴ BRASIL, Planalto. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 02set. 2021;

¹⁵ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em: 02set.2021;

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6299. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em: 02set.2021;

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6300. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>>. Acesso em: 02set.2021;

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6305. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em: 02set.2021;

Como já foi demonstrado, o modelo acusatório tem por requisito a separação entre as figuras do órgão acusador e do órgão julgador, o que cria uma dupla função de garantia em que o cidadão só poderá ser acusado pelo promotor natural e do mesmo modo, só deverá ser julgado por um juiz imparcial e competente (ARAS, 2021).

Deve ser lembrado, ainda, que o legislador infraconstitucional tem sua atuação subordinada pelo poder constituinte. Com isso, é perceptível a necessidade de adaptação do Código de Processo Penal inquisitório com a Constituição Federal de 1988 que tem como pressuposto o modelo acusatório, no intuito de aplicar os direitos e garantias constitucionais aos bens jurídicos mais relevantes.

Como já foi mencionado, dentre as diversas partes inquisitórias no Código de Processo Penal de 1941²⁰, necessário se faz uma análise pormenorizada do art. 385, o qual dispõe que “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

Ao fazer o estudo do comando contido no artigo supramencionado, deve ser observado que existe uma discussão acerca da vinculação do juiz ao pedido de absolvição e a possibilidade do julgador poder proferir sentença em sentido oposto ao que foi manifestado pelo titular da ação penal pública nas alegações finais.

Nesse direcionamento, cabe tentar compreender se o art. 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 ou não, tendo em vista o sistema acusatório definido nos dispositivos constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que o pedido de absolvição nas alegações finais é uma mera sugestão e então, o órgão julgador poderá condenar mesmo com o pedido de absolvição de ambas as partes, sob o argumento de que o *parquet* ocupa as “funções de *custo legis* e *dominus litis* [...] e a manifestação do MP, em alegações finais, não vincula o julgador, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial”²¹.

²⁰ BRASIL, Planalto. Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03jul. 2021;

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.957/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 25/3/94;

Esse posicionamento foi tomado em sede de *Habeas Corpus*²² impetrado sob a alegação de que o Ministério Público não poderia recorrer da sentença absolutória, pois não havia o legítimo interesse, tendo em vista que esse mesmo órgão pediu a absolvição em sede de alegações finais.

Entretanto, esse remédio constitucional por maioria de votos foi indeferido, vencido o Ministro Marco Aurélio que entendeu por conceder a ordem. Apesar da existência de divergência no julgamento, ao analisar o caso, os demais Ministros entenderam que mesmo diante do pedido de absolvição nas alegações finais do Ministério Público, o Magistrado poderia “caminhar no sentido de condenar o acusado, tudo como previsto no artigo 385 do Código de Processo Penal”²³.

Assim, é perceptível que o precedente utilizado pela Suprema Corte para possibilitar a aplicação do referido artigo ao processo penal, nem sequer analisou a sua recepção pela Constituição Federal de 1988, apenas há menção ao dispositivo sem a observância do sistema acusatória implementado pela Carta Magna. Além disso, trata-se de um acórdão proferido em sede de *Habeas Corpus*, o qual não tem efeito *erga omnes*, nem mesmo análise da repercussão geral.

O Superior Tribunal de Justiça também tem entendimento pacificado no sentido de que o art. 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não havendo que se falar em ilegalidade quanto a decisão diversa daquela manifestação do *Parquet*, em razão do princípio do livre convencimento motivado²⁴.

Nesse caso, a defesa do agravante que foi condenado alegou que o Juiz “ao condenar o acusado em contrariedade à posição ministerial sobre a absolvição, condena sem acusação, tornando-se parcial e assumindo automaticamente a figura de acusador, o que não é admissível no direito acusatório moderno”²⁵.

Ou seja, mesmo a argumentação do agravante sendo no sentido de observar a necessidade de prevalecer o posicionamento constante na Constituição Federal que é o sistema acusatório, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade negou

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.957/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 25/3/94;

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.957/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 25/3/94;

²⁴ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, AGRg no REsp 1.612.551/RJ, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 02/02/2017;

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, AGRg no REsp 1.612.551/RJ, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 02/02/2017;

provimento ao Agravo Regimental sob a alegação de que o referido artigo foi recepcionado pela Carta Magna e para fundamentar essa decisão menciona o precedente do AgRg no ARE nº 596.157²⁶. Logo, trata-se também de um posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, é possível observar que não há qualquer menção à decisão do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, sobre o assunto, pois conforme menciona o próprio acórdão “é pacífico o entendimento nesta Corte Superior” e não na Suprema Corte que é o tribunal responsável pela “guarda da Constituição”²⁷.

Recentemente, O Superior Tribunal de Justiça definiu que o art. 385 do Código de Processo Penal é constitucional e sim é possível “que o juiz condene o réu ainda que o Ministério Público peça a absolvição do acusado em alegações finais”²⁸. A distinção realizada pelo STJ não trata do modelo inquisitorial versus o modelo acusatório, mas sim separa o nosso parâmetro processual do *adversarial system* de matriz anglo-saxônica.

De acordo com a decisão do STJ “quando o Parquet pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação (Art. 42 do CPP), como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação”²⁹. Há verdadeira contradição na posição da Corte Superior, pois aplica uma interpretação inquisitorial apenas sem chamar a coisa pelo seu verdadeiro nome.

Então, a questão sobre a recepção do art. 385 do Código de Processo Penal que deveria ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal de forma pormenorizada por se tratar do guardião da Constituição Federal, de modo a colocar sob a análise o artigo mencionado e o sistema acusatório previsto nessa Carta Magna não foi realizado até os dias atuais. Entretanto, tribunais de 2ª instância têm realizado essa análise por meio do controle de constitucionalidade difuso.

Há ainda doutrinadores, como Ronaldo Batista Pinto (2021) e Afrânio Silva Jardim (2021), que entendem da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ou seja, afirmam que o juiz pode condenar mesmo com o pedido de absolvição do Ministério Público sob o argumento do livre convencimento motivado, o princípio da indisponibilidade da ação pública prevista no art. 42 do Código de Processo Penal, bem como

²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, AGRg no REsp 1.612.551/RJ, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 02/02/2017;

²⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe;

²⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, REsp nº 2.022.413/PA, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/02/2023.

²⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, REsp nº 2.022.413/PA, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/02/2023.

que as alegações finais são apenas um parecer, pois a pretensão punitiva estatal já foi exercida na denúncia (NOVAES, 2021).

No entanto, essa argumentação para a condenação não tem amparo, porque “ainda que o princípio do livre convencimento motivado autorizasse o julgamento condenatório em tal circunstância. Este princípio não se sobrepõe ao princípio acusatório segundo o qual as funções de acusar e julgar são distintas” (ARAS, 2018).

Acrescenta-se ainda, que o princípio da obrigatoriedade que é um dos argumentos para o descumprimento do sistema acusatório, nem sequer é um princípio previsto na Carta Magna e sobre o tema em discussão, Elmir Duclerc (2008, p. 128) afirma que os artigos 28, 42 e 385 não têm amparo na Constituição Federal, nem nos Tratados Internacionais, o que torna duvidosa a natureza desse princípio.

No mais, o princípio da indisponibilidade que decorre do princípio da obrigatoriedade, que tem como fundamento o art. 42 do Código de Processo Penal, determina que o *Parquet* não pode desistir da ação penal, porém abandonar a persecução penal é completamente diferente de concluir pela improcedência da pretensão punitiva após a instrução probatória.

Assim, o entendimento dos tribunais superiores e da doutrina majoritária viola o sistema acusatório definido pela Carta Magna de 1988, pois ao pedir a absolvição nas alegações finais, o Ministério Público retira a sua pretensão acusatória e consequentemente, ao condenar, o órgão julgador assume a função de acusador. Há ofensa a três pontos fundamentais de que “a sentença deve mostrar-se congruente com o pedido, que a sentença não pode versar sobre o que não se pediu, e que a sentença não pode ser proferida fora dos limites do pedido” (TUPINAMBÁ, 2021).

Desse modo, entre a condenação e a pretensão formulada é necessário haver um liame. Com isso, deve-se entender que a pretensão acusatória não se exaure com o oferecimento da denúncia, pois na inicial acusatória o Ministério Público só tem acesso a indícios mínimos, portanto é só nas alegações finais que o órgão acusador tem acesso a todas as provas, diferentemente do que acontece no momento da apresentação da pretensão acusatória.

Além disso, o processo penal rege-se pelo princípio do *ne procedat judex ex officio*, ou seja, apesar do Estado ter o interesse de apurar a realidade dos fatos, o processo deve observar a imparcialidade do juiz para que os demais princípios constitucionais sejam

preservados. O julgador também necessita de provocação, não podendo agir sem ser retirado da inércia (GOMES, 2021).

A denúncia é o momento em que o titular da ação penal pública retira o Juiz da inércia e para provocar o órgão julgador, o Ministério Público de forma preliminar com base em indícios mínimos de autoria e materialidade, ou seja, sem muito embasamento, formula a sua pretensão acusatória.

Após a instrução processual, quando houve o exercício do contraditório e da ampla defesa, o titular da ação penal pública com maiores fundamentos em suas alegações finais possui argumentos legítimos para requerer a condenação ou a absolvição do acusado.

Vale destacar ainda, que no caso de o Ministério Público requerer a absolvição do acusado em alegações finais, o contraditório fica impossibilitado de ser exercido, pois não é levantada a tese pelo titular da ação para que seja objeto de debate. Assim, a eventual condenação vai gerar uma violação a paridade de armas, tendo em vista a ausência de elementos concretos para serem rebatidos pela defesa, com o intuito de conduzir o julgador à decisão desejada.

A ausência de pedido de condenação nas alegações finais é equivalente a ausência da própria acusação, pois o Ministério Público retira a sua intenção de condenação, logo desaparece a pretensão acusatória.

Assim, como somente o *Parquet*, por força constitucional, possui a titularidade da pretensão acusatória, não pode o julgador substituir o papel do titular da ação, por violação ao princípio da imparcialidade e ainda impossibilitar a realização de uma defesa eficiente nas alegações finais. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2021) afirma que “se o acusador deixar de exercer a pretensão acusatória (pedindo a absolvição na manifestação final), cai por terra a possibilidade de o Estado-Juiz atuar o poder punitivo, sob pena de grave retrocesso a um sistema inquisitório”.

Resta claro que atualmente a interpretação da Carta Magna tem sido realizada sob à luz da norma infraconstitucional e não da forma adequada, que é a interpretação da lei com base na Constituição Federal de 1988.

No entanto, alguns tribunais, de forma isolada, têm aplicado o princípio do sistema processual acusatório quando o Ministério Público pede a absolvição e, conseqüentemente, não tem violado o princípio da imparcialidade do juiz³⁰.

³⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL: 00032525820108190033 RJ, Relator: DES. SERGIO DE SOUZA VERANI, Data de Julgamento: 04/10/2012, QUINTA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 19/12/2012;

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Quinta Câmara Criminal, entende que ao pedir a absolvição o Ministério Público retira a pretensão acusatória e caso o órgão julgador decida pela condenação terá violado o princípio da separação das competências, o princípio do contraditório e o princípio do juiz imparcial, em razão do fundamento de não ser “possível imaginar que o oferecimento da denúncia esgota e pereniza a pretensão acusatória. O pedido de absolvição em alegações finais [...] impõe a absolvição pelo julgador, vez que equivale à retirada da acusação”³¹.

O acórdão do julgado anteriormente mencionado afirma ainda que “a ‘autorização’ não se sustenta diante do sistema acusatório acolhido inequivocamente pela Constituição da República de 1988”³² e para explicar o motivo desse posicionamento, destaca que “o juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está a cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador”.

Na mesma linha dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Rio de Janeiro³³, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo como base a Constituição Federal para interpretação das demais normas infraconstitucionais, afirma que “o magistrado não pode levar adiante a pretensão punitiva já abandonada pelo seu autor”³⁴ em observância ao princípio acusatório, uma vez que o pedido de absolvição pelo Ministério Público equivale à uma abdicação da acusação³⁵.

Por sua vez, Aury Lopes (2021) menciona que o pedido de absolvição é igual ao não exercício da pretensão acusatória, assim o órgão acusador está deixando de proceder contra alguém, de modo que o órgão julgador não pode condenar, porque vai exercer o poder punitivo sem a necessária invocação.

No mesmo sentido, Néviton Guedes (2021) destaca que diante do pedido de absolvição do Ministério Público, o Juiz que respeita o sistema constitucional e as garantias

³¹ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito nº 1.0024.05.702576-9/001, Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/10/2009, publicação da súmula em 27/10/2009;

³² BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito nº 1.0024.05.702576-9/001, Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/10/2009, publicação da súmula em 27/10/2009;

³³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 00032525820108190033, Relator: Des. Sergio de Souza Verani, julgamento em 04/10/2012, QUINTA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação em 19/12/2012;

³⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70022113773, Quinta Câmara Criminal, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 19/12/2007;

³⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70026746511, Sexta Câmara Criminal, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 07/05/2009;

processuais, não cogitará “sequer a remota possibilidade de o Estado impor-lhes restrições em seus direitos fundamentais com base em aspectos que não foram, com antecedência, passíveis de manifestação de sua defesa técnica”.

Com a análise dos precedentes explanados e da doutrina é perceptível que há divergência entre os julgadores que entendem pela possibilidade de aplicação ou não do art. 385 do Código de Processo Penal, da mesma forma existe essa discordância entre doutrinadores. Por esse motivo, como as decisões que entendem pela impossibilidade de aplicação são em minoria, o dispositivo com caráter inquisitório tem sido aplicado corriqueiramente aos casos, mesmo sendo o sistema processual acusatório puro o definido pela Constituição Federal de 1988.

Assim, o poder punitivo no processo penal que necessita de uma pretensão acusatória, porque ele cuida dos bens jurídicos mais importantes, tem feito com que o órgão julgador saia da inércia sem a efetiva provocação e agindo de ofício, violando os princípios previstos na Carta Magna, inclusive o do juiz imparcial, o do sistema acusatória, da separação dos poderes, dentre outros já mencionados no decorrer desse trabalho.

Diante de todos os argumentos e entendimentos apresentados após a pesquisa, fica límpido que não houve recepção do art. 385 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988, porém ainda há a aplicação do referido dispositivo.

Ao longo do texto, identificou-se que o modelo processual adotado pela Carta Magna foi o acusatório e o artigo mencionado no parágrafo anterior, nada mais é do que resquício do sistema processual inquisitorial. Elemento que deve ser rechaçado, tendo em vista as garantias constitucionais positivadas na Constituição Cidadã de 1988. Um documento concebido no anseio da democracia e da liberdade, combatendo o ranço da ditadura militar que vigorava à época.

Por fim, retoma-se, nesse sentido, a vontade do povo, titular do poder constituinte de 1988, onde o órgão julgador deve ser mormente um garantidor das normas e princípios constitucionais e não assumir a função do titular da ação penal. Esta competência deve ser exercida pelo Ministério Público, órgão que teve destaque no texto constitucional atual para exercer essa competência.

CONCLUSÃO

Com base nessa Constituição Federal de 1988, o trabalho propôs analisar se o art. 385 do Código de Processo Penal, o qual tem essência inquisitiva, foi recepcionado pela atual Carta Magna, cuja base de formação está sedimentada nos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, tais quais, as garantias e direitos fundamentais.

Ao avançar no estudo proposto foi necessário analisar os sistemas processuais inquisitório e o acusatório, os quais, atualmente, estão presentes no processo penal brasileiro, onde convivem paralelamente, mesmo com suas enormes diferenças, uma vez que há grandes dificuldades na implementação de um sistema acusatório puro.

Esse sistema acusatório puro foi definido pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 129, portanto, deve ser seguido durante a persecução penal. A norma infraconstitucional penal deve se adequar a esse sistema, pois ele “emerge não apenas da distinção entre órgãos de acusação e de julgamento, mas essencialmente, das distintas funções a eles delineadas constitucionalmente” (SILVA, 2010, p. 69).

Nessa linha, ao analisar o art. 385 do Código de Processo Penal é perceptível que esse dispositivo tem essência puramente inquisitorial, o qual dispõe que uma sentença condenatória possa ser válida ainda que a acusação não mais exista.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor**. 2013. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em: 17fev. 2019.

ARRUDA, Wesley Rodrigues. **Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto,51623.html>>. Acesso em: 3mar. 2019.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos; e limites constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 7, p. 39-40 (Coleção Temas Fundamentais de Direito).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2008.

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

GIACOMOLLI, José Nereu. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a resistência às reformas. **Revistas Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio “ne procedat judex ex officio”**. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915970/principio-ne-procedat-judex-ex-officio>>. Acesso em: 28jul. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 27.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. **Em Alegações Finais, o Ministério Público não “pede”, mas simplesmente “opina” sobre o julgamento do pedido formulado na denúncia**. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/leitura/em-alegacoes-finais-o-ministerio-publico-nao-pede-mas-simplesmente-opina-sobre-o-julgamento-do-pedido-formulado-na-denuncia-por-afranio-silva-jardim-1508758463>>. Acesso em 18ago. 2021.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal Brasileiro. Acusatório, misto ou inquisitório?**, Porto Alegre: Civitas. V. 10, n. 2.

LOPES JUNIOR, Aury. **Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>>. Acesso em: 15jul. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **E por que, então o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>>. Acesso em: 20ago. 2021.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>>. Acesso em: 3ago. 2021.

SILVA NETO, Luis Gonzaga. **Sistemas processuais: inquisitório, acusatório e misto**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42684/sistemas-processuais-inquisitorio-acusatorio-e-misto>>. Acesso em: 03ago. 2021.

NOVAES, G. Couto. **Se o Ministério Público pugna pela absolvição do réu em alegações finais, pode o juiz prolatar sentença penal condenatória?**. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/leitura/se-o-ministerio-publico-pugna-pela-absolvicao-do-reu-em-alegacoes-finais-pode-o-juiz-prolatar-sentenca-penal-condenatoria-por-g-couto-de-novaes>>. Acesso em: 29ago. 2021.

GUEDES, Néviton. **O direito do réu de não ser surpreendido pela acusação e o artigo 385 do CPP**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-set-10/direito-nao-surpreendido-acusacao-artigo-385-cpp>>. Acesso em: 16jul. 2021.

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

PASSOS, Fábio Presoti. **A participação do investigado na instrução preliminar como manifestação dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

PINTO, Ronaldo Batista. **Juiz Pode condenar Réu mesmo que MP desista da Denúncia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-fev06/juiz_condenar_reu_mesmo_mp_desista_denuncia>. Acesso em: 18ago. 2021.

ROMEO, Adriana. **Câmara do Deputados – Os avanços trazidos pelo texto promulgado em 1988**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/15-ANOS-DA-CONSTITUICAO/320587-OS-AVANCOS-TRAZIDOS-PELO-TEXTO-PROMULGADO-E-1988.html>>. Acesso em: 07jul. 2021.

SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

TUPINAMBÁ, Renata Moura, ROSA, Karine Azevedo Egypto. **A invalidade do art. 385, do Código de Processo Penal, frente à Constituição da República de 1988**. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4230/a-invalidade-art-385-codigo-processo-penal-frente-constituicao-republica-1988/>>. Acesso em: 29jul. 2021.

ZAPATER, Maíra. **O Código de Processo Penal de 1941: tudo o que você disser poderá ser usado contra você**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/06/17/o-codigo-de-processo-penal-de-1941-tudo-o-que-voce-disser-podera-ser-usado-contra-voce/>>. Acesso em: 10jul. 2021.