

INCOMPATIBILIDADE DO ART. 385 DO CPP COM A ESTRUTURA ACUSATÓRIA TRAZIDA PELA LEI Nº 13.964/2019

Mateus de França Freitas¹
Jônathas Guedes Santos²
Gabriel de Castro Borges Reis³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apontar a ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 385 do CPP, o qual permite que o juiz condene mesmo quando a acusação (neste ato, Ministério Público) pede a absolvição. Dessa maneira, há um claro retrocesso ao sistema inquisitorial, pois possibilita a atuação do juiz de ofício à medida que condena sem pedido. Isso se consuma numa flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade, porquanto, haja vista as garantias que o texto constitucional traz e, o advento do art. 3º-A do CPP, nota-se a estrutura acusatória do Processo Penal. Destarte, tal dispositivo deve ser declarado inconstitucional pela ADPF 1122, para que se caminhe a uma verdadeira democratização do Processo Penal. Para demonstrar essa visão, fora adotada a análise qualitativa, abalizadas em pesquisas bibliográficas e exame de legislação. Consistira, o método, na reunião e análise do pensamento de diversos autores que estudam e discorrem sobre o tema.

Palavras-chave: Incompatibilidade. Art. 385 do CPP. Princípio Acusatório. Processo Penal.

INTRODUÇÃO

O processo penal, na expressão de Lopes Jr., perfaz numa “instrumentalidade constitucional” (Lopes Jr., 2024, p. 13), visto que proporciona, dentro dele (processo), a efetivação das garantias do réu dispostas constitucionalmente, que transformam-se em proteção a ele face a uma instituição – empreendimento que surge num determinado momento, mas torna-se autônomo e autossuficiente, o qual supõe-se ser o Estado (item 2.2) – maior e mais forte que lhe será opositora. Mas, além disso, também serve à concretização do Direito Penal, pois somente se concebe a aplicação de sanção penal através de um processo (Princípio da Necessidade).

À vista disso, é pacífico a concepção de que punir é necessário, civilizatório (Lopes Jr., 2024). Partindo dessa premissa, é necessário constituir os moldes de como punir, dado que, vivendo em um Estado que prima pela democracia e estabelece direitos e garantias aos cidadãos, não é mais aceito um “penar a qualquer custo”, no sentido de se usar o processo penal para validar

¹ Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: mateusdefrancafreitas@gmail.com.

² Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: jonathasguedes604@gmail.com.

³ Professor orientador, mestre pelo programa de Pós-Graduação interdisciplinar de Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás (PPIGDH/UFG). E-mail: gcborgesreis@hotmail.com.

ideias pré-concebidas negativamente em face do réu, suprimindo-lhe qualquer direito, proteção, garantia, salvaguarda, remetendo-se a um contexto medieval.

Nesse sentido, sendo o Processo Penal um organismo cuja função é dar eficácia aos direitos fundamentais (Lopes Jr., 2024) e assim, permitir a aplicação de uma pena, é preciso respeitar suas regras, seus institutos, para que seu desfecho – que pode ser uma condenação – seja legítimo. A obediência às “regras do jogo” – na clássica expressão de Aury Lopes Jr. – (Lopes Jr., 2024, p.97) se desdobra como um pressuposto de validade do resultado do processo (absolvição ou condenação) ao passo que enquadram-se, também, como um termômetro destinado a aferir a natureza democrática (ou autoritária) de uma nação (Goldschmidt *apud* Lopes Jr., 2024).

Cabe salientar também, que a submissão às diretrizes processuais não dá ensejo à impunidade como, muitas vezes, prega o senso comum, ao contrário, faz como que seja possível (se for o caso) a punição, mas apenas a balizam sob um aspecto processual civilizatório, humano, democrático.

No entanto, em que pese ser democrática a Constituição brasileira; embora traga em seu rol, direitos fundamentais; apesar de a Lei 13.964/19 inserir a estrutura acusatória ao Processo Penal (através do art. 3º-A), ainda observa-se as raízes inquisitórias do Código de Processo Penal (CPP), permitindo, em várias situações que o juiz aja de ofício, convertendo-se, portanto, em parte do processo, e não se contendo na posição que deveria ter, qual seja a de, tão-somente, sujeito do processo.

Logo, mostra-se necessário o abandono dessa natureza (inquisitorial) e a consequente declaração de dispositivos que permitem essa ação (*ex officio*), em inconstitucionais.

1. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO PENAL E DE SEU OBJETO

A construção do processo penal passa, sem dúvida, pela análise dos sistemas processuais penais. Tais institutos, têm o condão de formar a maneira como será conduzido o processo, o tratamento do réu e, principalmente, a relação e a função dos sujeitos e partes do processo.

Nesse sentido, de acordo com a ideologia predominante, a estrutura processual penal passara por mudanças ao longo dos séculos. Conforme assinala Aury Lopes Jr. (2023), o sistema acusatório prevaleceu, aproximadamente até o século XII, sendo substituído, gradualmente, pelo sistema inquisitório, que vigorou até ao final do século XVIII, pois, os movimentos de caráter

político, social e ideológico, fizeram com que o modelo acusatório ganhasse espaço novamente, visto que estava mais alinhado aos princípios surgidos com os tais movimentos.

Além disso, cabe salientar também, a importância de se definir qual seria o fim do processo penal, para que ele serve, qual o sentido de se haver um processo, o que ele busca, ou seja, qual o seu objeto.

1.1 SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO

O Sistema Processual Inquisitório remonta a um modelo histórico que evoluiu ao longo dos séculos. Antes do século XII, o sistema acusatório era predominante, exigindo a presença de um acusador legítimo nos processos. Entre os séculos XII e XIV, o modelo acusatório deu lugar gradualmente ao inquisitório.

Inicialmente, o sistema se baseava na valoração legal das provas, onde a sentença não era definitiva e a prisão do acusado durante o processo era comum.

No século XIII, foi estabelecido o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, visando reprimir heresias e tudo que contradissesse os Mandamentos da Igreja Católica. O processo evoluiu para investigações conduzidas por comissões mistas.

O caráter inquisitório centraliza as funções nas mãos do juiz, que não apenas busca provas, mas também as produz e decide com base nelas, eliminando a imparcialidade.

Autores como Jacinto Coutinho (*apud* Lopes Jr, 2023) e outros apontam para a natureza problemática desse sistema, destacando a confusão entre juiz e acusador, resultando em julgamentos preconceituosos e comprometendo a imparcialidade.

A Inquisição aboliu a acusação e a publicidade, permitindo ao juiz-inquisidor atuar em sigilo, registrando as declarações das testemunhas sem revelar suas identidades ao réu.

Esse sistema prevaleceu até o final do século XVIII e início do XIX, sendo gradativamente substituído pelos ideais da Revolução Francesa, que valorizavam o homem e iniciaram a transição para um sistema misto, perdurando até os dias atuais.

Em resumo, o sistema inquisitório perdeu credibilidade, principalmente pela crença equivocada de que uma mesma pessoa poderia desempenhar funções tão diversas quanto investigar, acusar, defender e julgar.

Suas principais características incluem a gestão probatória pelo juiz, a ausência de separação entre acusação e julgamento, a atuação do juiz de ofício, a falta de imparcialidade, a inexistência de contraditório pleno e a desigualdade de oportunidades entre as partes.

1.1.1 Contexto Histórico do Código de Processo Penal

Este sistema inquisitorial, quando da análise do CPP – promulgado no ano de 1941 pelo então presidente Getúlio Vargas, durante o período conhecido como Estado Novo – nota-se que o revestiu, haja vista o contexto histórico de sua promulgação. Este código fora totalmente inspirado pelo regime autoritário de Getúlio Vargas, em consonância com a constituição de 1937, que ficou conhecida como “polaca”, pois era guiada pelo fascismo italiano e polonês (Silveira, 2015).

O Brasil no ano de 1941 estava passando por uma série de transformações políticas e sociais. Getúlio Vargas, que havia chegado ao poder em 1930, consolidou seu domínio através do Estado Novo, um regime autoritário que governou o país até 1945. Durante esse período, Vargas implementou uma série de reformas políticas e econômicas (Silveira, 2015).

Em seu governo, suspendeu a Constituição Republicana, fechou as Casas Legislativas, além de nomear interventores para comandar os entes estaduais. No “Estado Novo”, Vargas colocou em prática seu autoritarismo e imperava no país a intolerância à oposição política. O período era marcado pelo totalitarismo e esse modo de governo recebia o apoio das elites industriais, banqueiros e grandes comerciantes (Giacomolli, 2015).

Nesse contexto, para sustentar um governo assim, a população deveria ser controlada e a oposição neutralizada, e uma das formas de se efetuar esse controle era usar o sistema criminal. Então, à vista disso, sucumbia-se qualquer direito ou garantia fundamental, respeito à dignidade humana, Estado de Direito, democracia; aliás, tais institutos eram vistos como obra demoníaca (Giacomolli, 2015). Em meio a essa situação de mudança e clamor por reformas, o governo de Vargas promulgou em 03 de outubro de 1941 um marco histórico: o novo Código de Processo Penal (CPP). Este entrou em vigor em 01 de janeiro de 1942, substituindo o antigo código de processo criminal (Silveira, 2015).

Desse modo, sendo a ideologia fascista que imperava à época, esta não cria na paz, mas deitava suas bases na guerra, tendo reflexo disso no Processo Penal que era usado para combater o acusado, que representava a figura de um inimigo do Estado, da sociedade. O resultado disso fora a construção de um processo penal inquisitorial, servindo a um anseio estatal de repelir do convívio social o imputado, que era tido como seu adversário, numa funcionalidade repressora, punitiva, autoritária, suprimindo qualquer espécie de direito do acusado (Giacomolli, 2015).

Esta natureza inquisitorial do CPP é notável quando da análise de alguns dispositivos deste Diploma Legal. Influenciado pela ideia da busca da verdade real – muito sedutora no meio

processual, porém incompatível com o âmbito penal –, o CPP autoriza em muitas hipóteses a ação de ofício do juiz, como a requisição de ofício de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP) e decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP). Também o art. 156 do CPP possibilita a determinação da produção de provas, já o art. 383 permite que o magistrado dê uma qualificação diversa da proposta pela acusação, ainda que o acusado não tenha se defendido (Giacomoli, 2015). Ainda no CPP, tem-se a previsão contida no art. 385 que outorga ao juiz a faculdade de condenar mesmo quando a acusação pleitear a absolvição.

Portanto, percebe-se o caráter inquisitivo do CPP e sua dissonância com a atual Constituição, que, pelas garantias que carrega, assume um perfil acusatório no Processo Penal.

1.2 SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO

A partir de determinadas revoluções de caráter ideológico, o processo penal fora ganhando nova face, saindo de um modelo inquisitorial e partindo a uma roupagem acusatória. Isso se deu, haja vista o advento de movimentos, como a Revolução Francesa (1789-1799), que reivindicava a observância de direitos (já existentes) os quais por um momento foram suprimidos no período medieval.

Assim, conforme os novos ideais da referida revolução, estes tiveram reflexos no processo penal que passara a tratar o réu não mais como um objeto do processo, mas como um sujeito de direitos e garantias.

Diferentemente, do sistema inquisitorial, o acusatório traz uma outra perspectiva da figura do juiz que, segundo Aury Lopes Jr, sua posição, na estrutura processual, é fundante (Lopes Jr., 2023). Ainda, nesse sentido, o autor acrescenta: “Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador” (Lopes Jr, 2023, p. 21).

A gestão da prova sendo de iniciativa das partes, um juiz não mais ator, mas espectador, a separação de funções, permite a possibilidade de efetivação da imparcialidade (Lopes Jr., 2023). Consoante lição de Lopes Jr (2023, p. 21), na configuração do “sistema processual”, e conseqüente construção do processo penal, deve-se “atentar para a garantia da ‘imparcialidade do julgador’, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo à luz da Constituição”.

No momento em que este sistema assegura a imparcialidade do julgador, isto leva a uma segurança ao processo penal, pois a imparcialidade do juiz é o princípio central do processo. Desse modo, pode-se inferir que o sistema processual acusatório é caracterizado pela cristalina

distinção entre as figuras do julgador e das partes; iniciativa nas mãos das partes; juiz espectador (não mais atuante no processo, mas como um terceiro imparcial, alheio à produção probatória); igualdade de oportunidades no processo; assegurado contraditório e ampla defesa; ausência de tarifa probatória, tendo como consequência o livre convencimento motivado do órgão jurisdicional na prolação da sentença, duplo grau de jurisdição e possibilidade de impugnação das decisões (Lopes Jr, 2023).

1.2.1 Objeto do Processo Penal: Pretensão Punitiva ou Pretensão Acusatória?

Sendo adotado então o sistema acusatório como estruturador do processo penal, há de repensar qual seja o objeto deste, pois, na era inquisitorial, fora o réu, desprovido de qualquer garantia. No entanto, com a estrutura acusatória, o réu é sujeito de garantias, não servindo mais a um aparelhamento que o pretende segregar da sociedade, pois era considerado um inimigo do Estado. Assim, não é mais objeto do processo.

Muitas vezes, a doutrina jurídica é criticada por sua tendência em confundir o fato punível com o verdadeiro objeto do processo, ignorando que a simples existência de um crime não é suficiente para iniciar os procedimentos legais. É imprescindível que haja uma formalização da acusação por meio de uma declaração específica, representando o exercício formal da pretensão acusatória. Dessa forma, o objeto do processo transcende o caso penal em si, sendo a acusação, como um todo, o foco principal, onde o caso penal é apenas um dos elementos que a compõem. (Lopes Jr., 2024).

Cônsono ensino de Karl Binding (*apud* Lopes Jr, 2023), o objeto do processo penal consiste em uma pretensão punitiva. Porém, colocá-lo desta maneira, poderá ensejar-se em aparente erro, pois assim é dado uma natureza civilista ao processo penal, como se órgão acusador, em sua função denunciante, buscasse o “saldo de uma dívida”, atuando como verdadeiro “ ‘credor’ de uma pena” (Lopes Jr, 2023). Nota-se que a natureza do processo penal e civil é amplamente diversa.

O princípio da Necessidade é quem rege o processo penal. Isso significa dizer que, para se chegar a efetivação do Direito Penal e ser, conseqüentemente, aplicado uma sanção penal a alguém, é necessário antes ter havido um processo, com todas as suas implicações e garantias. Ocorre que no âmbito cível, embora haja uma pretensão a ser buscada, essa pode ser solucionada fora da esfera processual, o que é conceituada por pretensão resistida (Carnelutti *apud* Lopes Jr., 2023).

Segundo Guasp, o “objeto do processo é a matéria sobre a qual recai o complexo de elementos que integram o processo e não confunde com a causa ou princípio, nem com o seu fim” (Guasp *apud* Lopes Jr., 2023, p. 103). Assim, entende-se que o objeto do processo penal, exercido pelo órgão acusador (nos casos das ações penais públicas, Ministério Público), é a pretensão acusatória. O *parquet*, quando da existência de indícios de prática de um crime (*fumus comissi delicti*), cumpre a tarefa de “acusar”. O poder de punir somente cabe ao juiz, quando acolher a acusação. Desse modo, aufere-se que o poder de punir é condicionado, por força do sistema acusatório (item 1.2), ao exercício da acusação (Lopes Jr., 2023).

1.3 SISTEMA PROCESSUAL MISTO

O Sistema Processual Misto, nascido com o Código Napoleônico de 1808, estabelece uma divisão do processo em duas fases: pré-processual e processual. A primeira é inquisitória, enquanto a segunda é acusatória, formando a definição geralmente atribuída ao sistema brasileiro. Porém, essa concepção tradicional do sistema misto é criticada por sua redução, já que todos os sistemas modernos são, de certa forma, mistos, e os modelos puros são referências históricas.

Além disso, a ideia de separação inicial das funções de acusar e julgar não é suficiente para caracterizar um sistema acusatório. É essencial analisar qual princípio fundamenta a estrutura predominante, se é o inquisitivo, com o juiz gerindo a prova, ou o acusatório, com as partes gerenciando-a.

A imparcialidade é o princípio supremo do processo, e a busca pela verdade factual é essencial. Isso exige que a gestão da prova seja claramente definida pelos princípios acusatório (com as partes controlando a prova) e inquisitivo (com o juiz atuando nessa função), conforme argumenta Jacinto Coutinho (*apud* Lopes Jr., 2023). Ele ressalta que não existe um princípio misto; haja vista os sistemas serem diametralmente opostos, não podem ser comportados em um único sistema.

A iniciativa probatória nas mãos das partes é crucial para preservar a imparcialidade do juiz. O contraditório, fundamental em democracias, só é plenamente viável em uma estrutura acusatória, na qual o juiz se mantém neutro, garantindo igualdade de tratamento às partes, diferentemente do viés inquisitorial que carece desse equilíbrio.

2. NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL

Questão de extrema relevância para compreender o processo penal é entender sua fenomenologia, sua essência, em outras palavras, sua natureza jurídica. A respeito do assunto, ao longo da história surgiram algumas correntes com o fim de definir qual seria a natureza jurídica do processo judicial, em especial o processo penal.

Dentre tais correntes, cabe destacar: o processo como categoria obrigacional; o processo como instituição (Guasp); o processo como relação jurídica (Bülow); o processo como situação jurídica (Goldschmidt) e, por fim, o processo como procedimento em contraditório (Fazzalari).

2.1 O PROCESSO COMO CATEGORIA OBRIGACIONAL

Nesse período, ambos os processos, tanto o civil quanto o penal, eram vistos como uma espécie de contrato ou quase-contrato.

Esse pensamento nasceu por influência das primeiras fases do Direito Romano, em que os litigantes compareciam ante ao pretor para resolução da demanda, este rito era denominado *litiscontestatio*. Ali, autor e réu, aceitavam a substituição de sua demanda pela decisão a ser proferida pelo pretor. Sem esse “aceite”, o processo não poderia iniciar-se. Por este motivo, é que então essa concepção de processo era definida como contrato ou quase-contrato (Ramos, 2018).

A crítica a esse posicionamento a respeito do processo vem pelo fato de se tratar o mesmo como uma ramificação do Direito Material, como um acordo de vontade (contrato ou quase-contrato), sendo assim uma contração de uma obrigação.

Ocorre que o processo é conduzido por um representante do Estado (juiz), com implicações, princípios e regras distintas do Direito Material. Aqui é o Estado, por via de seu representante (juiz) é quem decide a causa, sendo, portanto, uma categoria de Direito Público, e não um instrumento de vontades em que as partes podem impor e decidir as regras (cláusulas contratuais). Neste momento, é a lei quem impõe as normas, tornando assim o processo como uma categoria própria do Direito: Direito Processual; com natureza de Direito Público.

Destarte, é inconcebível esta natureza com o Processo Penal, porquanto transporta as categorias de Direito Privado (Civil), para o Direito Processual Penal, o que é incompatível (item 1.2.1), correndo o risco de se confundir qual seja o verdadeiro objeto do Processo Penal, e, podendo também carregar o conceito de lide (item 3.1) para esta seara, o que não é configurado neste espaço (Lopes Jr., 2024).

2.2 O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO

Esta corrente de pensamento, a qual teve início no século XX na França, preconizava, ser o Direito, a manifestação legal da instituição, que pode ser definida como um empreendimento que surge num certo momento, mas que torna-se autossuficiente e autônomo (Ramos, 2018).

O principal expoente dessa categoria, em especial na seara penal, fora Jaime Guasp Delgado (1913-1986). De acordo como autor, o processo é uma instituição (Ramos, 2018), assim, o processo seria, conforme Guasp: “[...] um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma ideia comum objetiva, à qual ficam vinculadas, seja essa ou não sua finalidade específica, as diversas vontades particulares dos sujeitos de quem procede aquela atividade” (Guasp *apud* Ramos, 2018, p. 4).

Cônsona lição de João Gualberto Garcez Ramos, a problemática relacionada a essa categoria é que há uma gama de conceitos que dificultam a precisão de um conceito que realmente defina esse pensamento (Ramos, 2018).

2.3 O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

O processo como relação jurídica tem como principal expoente Oskar Bülow (1837-1907), porém não fora o jurista alemão quem figura como idealizador da teoria, talvez tenha sido ele quem melhor clarificou tais ideias, entretanto, já havia outros autores que colocavam o processo dessa forma, os quais cabem citar: Hegel, Böcking e Bethman-Hollweg (Ramos, 2018).

Tal corrente preceitua que o processo se dá em uma relação jurídica, que se desenvolve entre as partes, e também, a depender do autor, como por exemplo Von Plank, essa relação é estabelecida entre partes e juiz (Von Plank *apud* Ramos, 2018). Esse vínculo é denominado de relação jurídica em virtude de gerar uma série de obrigações à ambas as partes; tem natureza pública, haja vista a existência de uma conexão entre as partes e um órgão público que possui atividade jurisdicional.

Sua grande contribuição ao processo penal fora a colocação deste como um ramo próprio, desvinculado da ideia de ser parte de uma classe do Direito Material, mas sim uma matéria distinta, sendo, então, matéria de Direito Público, por estar inserido numa relação entre os cidadãos e membros do Estado.

Cabe frisar também que, nessa corrente, desenvolve-se a ideia de pressupostos processuais, os quais derivam da premissa de ser o processo algo diverso da relação de Direito Material. Desse modo, pode-se definir quais sejam os pressupostos de validade e existência do processo (Lopes Jr, 2023).

No entanto, em que pese as notáveis e importantes contribuições, essa teoria traz a concepção de que, no processo penal, tem-se a distribuição e, conseqüente, carga probatória a ambas as partes. Ocorre que no processo penal, por força constitucional e também por constituir-se em um direito humano (art. 11 da DUDH), a presunção de inocência mostra-se imperiosa. Destarte, o ônus da prova é completo da acusação, e não há qualquer parcela a ser suportada pelo réu.

2.4. O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

Assim como ocorre na vertente do processo penal como relação jurídica, também acontece com o pensamento do processo penal como situação jurídica, o qual pode-se destacar a figura do grande jurista James Goldschmidt, que foi quem melhor apresentou tal corrente. No entanto, também não fora tal autor quem primeiro desenvolveu esta teoria, sendo este feito atribuído a Josef Kohler, em 1894, na obra “Coletânea de ensaios sobre Processo Civil” (Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess), embora fora Goldschmidt quem trouxe os detalhes dessa teoria (Ramos, 2018).

Goldschmidt fora um crítico de Bülow e da ideia que ele traz do conceito de processo como relação jurídica, em que ambas as partes são dotadas de obrigações. Para aquele autor, o processo possui um caráter dinâmico, em que seus membros fazem um percurso rumo a uma decisão que lhes seja favorável. Não compactua com a concepção de obrigações aos seus componentes além de conceber como estática a teoria vigente nos sistemas processuais contemporâneos (Lopes Jr., 2023).

A situação jurídica do processo pode ser conceituada “[..] como o conjunto de expectativas, possibilidade, ônus e dispensas de ônus processuais de uma parte” (Goldschmidt *apud* Ramos, 2018, p. 18), ou seja, nesse sentido o processo teria uma estrutura dinâmica ao possibilitar o uso de tais elementos quando da prática dos atos processuais para chegar-se a uma sentença favorável, essa conjuntura resume-se no que se chama de chances. Isto é, no processo penal há uma série de ocasiões que se desenvolvem ao longo do caminho processual e tornam-se oportunidades às partes que podem ser ou não aproveitadas por elas para alcançar um resultado

favorável, ainda que em âmbito penal o ônus probatório seja à apenas um dos lados, qual seja da acusação. A isto, denomina-se possibilidades e liberações de ônus respectivamente

Exemplificando, suponha-se que em um processo é proporcionado momento para manifestação do réu, o acusado pode utilizar a vez para dar sua versão dos fatos e tentar defender-se. No entanto, este poderá também usar seu direito ao silêncio, o qual é constitucionalmente garantido. Ocorre que ao usá-lo, não estará fazendo o que Goldschimidt chama de liberação de ônus e, assim, corre um risco, pois, por mais que o silêncio não possa ser usado em seu desfavor, ele possui um efeito, mesmo que inconsciente, na mente do julgador, haja vista o juiz ser, por óbvio, um ser humano, dotado de conceitos e convicções que são formados por elementos que chegam ou não a ele, de uma forma ou de outra, ainda que de maneira involuntária. Portanto, não valer-se das chances é dar azo a um desfecho desfavorável.

O autor compara sua forma de enxergar o processo como um estado de guerra, em que, quando os Estados estão num momento de paz, as coisas permanecem numa posição estática, direitos são garantidos e há a sensação de segurança, todavia quando a guerra estoura, leciona:

[...] tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde (Goldschimidt *apud* Lopes Jr, 2023, p. 93).

Nesse sentido, infere-se que o processo, assim como na guerra, possui um estado de incertezas, insegurança, improbabilidades; que, quando, surgem determinadas situações jurídicas, as quais podem transformar-se em oportunidades às partes (chances), estas devem ser aproveitadas para que haja a dispensa de ônus e, então, caminhem em direção a uma sentença favorável.

Essa tese, rompe com o conceito trazido por Bülow, que vislumbra o processo como tendo uma natureza estática e segura e é a que melhor revela como é o processo na prática, tendo uma relação dinâmica e sendo regido, nas palavras de Lopes Jr., pela “epistemologia da incerteza” (Lopes Jr., 2023, p. 93).

Sua contribuição também passa pelo abandono do conceito de “distribuição, para o conceito de “atribuição” (Lopes Jr., 2024). Isto significa que, no processo penal, não existe distribuição de carga probatória, mas sim “atribuição” desta, mais especificamente, atribuição da carga probatória à acusação, pois, sendo o réu revestido de presunção de inocência, cabe unicamente à acusação provar sua culpabilidade (Lopes Jr., 2024). Isso traz força ao sistema

acusatório ao passo que consolida a separação de funções no processo e consagra as garantias do réu (respeitando sua presunção de inocência).

2.5. O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

O grande teórico da doutrina “processo como procedimento em contraditório” é o italiano Elio Fazzalari (1924-2010). O jurista também se coloca como um grande crítico da teoria melhor desenvolvida por Bülow e, para muitos, sua tese é uma continuação dos estudos de Goldschmidt muito pelo que carrega o *procedere*, que pode ser definido pela união de situações jurídicas que se desenvolvem numa relação dinâmica, tendo conjunto de “posições subjetivas” e “direitos e obrigações probatórias” (Fazzalari *apud* Lopes Jr, 2023).

O pensamento de Fazzalari baseia-se, essencialmente, na ênfase que ele dá ao contraditório, sendo este um precioso instrumento na construção de um processo penal alinhado a um viés democrático. Assim, o processualista reposiciona o “núcleo imantador” para que não caiba mais, à jurisdição, o papel central no processo, mas sim, que este seja edificado sobre os pilares do contraditório entre as partes, configurando, portanto, pressuposto vital para estruturação do provimento final, qual seja a sentença. De tal modo, o elege como princípio supremo. Por conseguinte, fortifica a situação das partes, em especial do polo passivo do processo penal, ao conferir tratamento igualitário entre elas, que nasce da efetiva aplicação do contraditório (Lopes Jr, 2023).

O contraditório, entretanto, é vislumbrado na perspectiva bifásica, em que, num primeiro momento, é proporcionado o direito à informação e, num segundo instante, é dada a oportunidade de reação (*informazione, reazione*). Portanto, mesmo que muitos defendam a ideia de não haver contraditório na chamada “fase inquisitorial” do processo, nota-se a sua existência ainda que de forma parcial, porquanto, embora seja na fase de inquérito, é oferecido ao investigado o direito à informação. Por esta razão, é de suma importância a teoria deste autor, no sentido de buscar o caráter acusatório ao processo penal, vez que, tendo o contraditório papel fundamental nesta esfera, traz tratamento igualitário às partes, e, então, o réu é também sujeito possuidor de direitos e garantias (Lopes Jr., 2023).

3. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP

Conforme dito acima, o Processo Penal Brasileiro é marcado por alguns traços de natureza inquisitória, embora grande parte da doutrina o classifique como misto, sendo inquisitório na fase pré-processual e acusatório na fase processual propriamente dita. No entanto, com o advento da Lei nº 13.964/19, o cenário começou a mudar, pois essa normativa fez nascer o art. 3º-A no CPP, o qual define a estrutura acusatória do Processo Penal.

Tal composição do Processo Penal Brasileiro já era implicitamente compreendida haja vista a Carta Magna de 1988 apontar um processo penal tendo como princípios basilares o contraditório, ampla defesa, imparcialidade do órgão julgador entre outras regras do devido processo legal (Lopes Jr., 2024). Desse modo, o sistema acusatório é o que melhor se amolda ao modelo constitucional, pois tem em seu núcleo fundante a separação dos órgãos de acusação e julgador (Lopes Jr., 2024), além de prescrever o tratamento igualitário das partes e permitir o exercício efetivo do contraditório e demais garantias do réu, uma vez que os princípios constitucionais da atividade processual, não figuram somente como meras regras procedimentais, mas sim como verdadeiras garantias do acusado, porquanto, ao enfrentar um processo, tem-se todo o aparato estatal do lado contrário, desse modo, a constituição prevê tais garantias para que possa se defender dessa estrutura mais forte.

Todavia, em que pese a referida lei ter trazido essa fardagem ao processo penal, o STF, em sede de decisão liminar, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.305, suspendeu provisoriamente a eficácia de tal norma. Porém, no julgamento desta ação, o qual ocorreu em 2023, a Suprema Corte retirou a medida e definiu a aplicação do dispositivo, tornando, definitivamente, o processo penal acusatório.

No entanto, embora se tenha esse padrão, não se pode olvidar algumas marcas inquisitoriais neste âmbito, como por exemplo o já citado art. 156, que permite ao juiz determinar a produção de provas de ofício para sanar eventuais dúvidas ao final da instrução, violando assim princípios do Processo Penal, como o *ne procedat iudex ex officio* (o juiz não poderá agir de ofício, ou seja, sem provocação da parte), e o *in dubio pro reo* (em caso de dúvidas, o magistrado deve decidir favoravelmente ao réu); outro dispositivo que revela a veia inquisitória do ordenamento jurídico-penal brasileiro (e que é o ponto nevrálgico desta discussão) é o art. 385, que permite, em ações penais públicas, o juiz condenar mesmo quando o Ministério Público (titular da ação penal) pede a absolvição.

3.1. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 385 DO CPP COM A ESTRUTURA ACUSATÓRIA TRAZIDA PELA LEI Nº 13.964/2019

É notório que em crimes de ação penal pública, o Estado realiza dois distintos papéis, quais sejam o de acusar e punir, por meio de dois órgãos diferentes (Ministério Público e Poder Judiciário). Essa divisão é uma consequência da obediência ao sistema acusatório, o qual preceitua essa separação das atividades de acusar e julgar, dicotomia que transforma-se no núcleo fundante do retro sistema (Lopes Jr., 2024).

Nessa linha, o Ministério Público é titular da ação penal, nos casos de ação penal pública. Para esse tipo de ação, o Brasil adota o princípio da indisponibilidade, o que significa dizer, que o *parquet* não pode dispor da ação penal quando presentes os requisitos para sua propositura. Assim, não podendo o órgão acusador dispor da ação, sendo o seu oferecimento um dever e não uma faculdade, entende-se que a possibilidade de, ao final da instrução, o MP pedir a absolvição equivale à sua desistência, e a esse pedido está vinculada a decisão final do magistrado (Lopes Jr., 2024).

Cônsona menção feita alhures (item 1.2.1), o poder de punir realizado também pelo Estado é condicionado à petição efetuada pelo Ministério Público quando do exercício da pretensão acusatória (Lopes Jr., 2024). À vista disso, quando o juiz condena sem o devido pedido para tanto, está exercendo seu poder de punir sem a invocação imperiosa, ferindo assim o princípio regedor do sistema judiciário, qual seja o da inércia, em flagrante retrocesso ao modo inquisitorial (Lopes Jr., 2024).

Também, nota-se há a transgressão do princípio da correlação, que mandamenta que exista uma conexão entre o pedido e a decisão final, assim, o juiz condenar quando o órgão acusatório requer sua absolvição, fere tal regra que “nor-teia o espaço decisório” (Lopes Jr., 2024, p.113). Ademais, o juiz prolatar sentença condenatória ante a um pedido de absolvição, estar-se-ia diante de uma cristalina infringência à estrutura acusatória delineada no art. 3º-A do CPP, na medida em que se tem um juiz condenando *ex officio*, sem pedido. (Lopes Jr., 2024).

Tendo como base o raciocínio ora exposto (item 1.2.1), pautado na disposição constitucional (art. 5º, LV, da CRFB/88), entende-se que no processo penal não há lide (nota-se que a Constituição Federal distingue “litigantes” e “acusados”, se no processo penal houvesse lide como no civil, não faria sentido a distinção [Lopes Jr., 2024]), mas tomando como fundamento este conceito (conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida), no caso do art. 385 do CPP, a pretensão da defesa não encontra resistência pela parte contrária (MP), portanto não há motivos para o juiz decidir de modo diverso, sendo a pretensão da defesa e acusação uníssonas, se o juiz decide doutra forma, estaria ele se tornando parte no processo.

Portanto, se o MP postular pela absolvição ao final da instrução, deve o juiz decidir em conformidade com o pedido por obediência ao princípio acusatório.

3.1.1. Ministério Público “pede” ou “opina” em Alegações Finais?

Apesar deste posicionamento, é de se admitir que a redação do art. 385 do CPP traz o termo “opina”, no sentido de que, no momento das alegações finais, o Ministério Público apenas emite sua opinião acerca da absolvição.

Nessa linha, segue o pensamento do douto jurista Afrânio Jardim, que coloca que o MP não formula pedidos ao final da instrução, mas somente mera opinião sobre pedido já feito na inicial – denúncia –. Ainda defende que se a “opinião” do MP tivesse força para vincular o juízo e, este, não pudesse decidir diferente, quem absolveria o réu seria, na prática, o MP e não o juiz (Jardim, 2024).

Em que pese esta valiosa reflexão, mostra-se mais acertada a postura adotada por Jacinto Coutinho, Lênio Streck e Márcio Guedes Berti, que sustentam a ideia de que o *parquet* faz sim pedidos, pois conforme mencionado outrora, em ações penais públicas, o MP é parte, portanto, pede, requer, postula. Outrossim, dizer que se o parecer do órgão acusatório vinculasse o magistrado de modo que, assim sendo, o tornaria um poder maior, pelo contrário, ainda seguindo a linha de Coutinho, Streck e Berti, assinalar que, em virtude disso, o posicionamento do *parquet* não condicionasse o juízo e, portanto, somente opina, representa um reducionismo ao Ministério Público, porquanto não é um órgão emissor de “palpites”, mas sim, parte no processo, sendo seu papel de tal relevância que o constituinte lhe reservou as mesmas garantias da magistratura (Coutinho et al., 2024).

Quanto ao fato do professor Jardim sustar que o MP faz seu pedido no advento do oferecimento da denúncia e, em alegações finais somente opina, é importante retomar os conceitos de ação e processo, pois, no oferecimento da denúncia, a acusação pede o processamento do episódio penal, para que este seja submetido ao processo (princípio da Necessidade), haja vista a denúncia ser fundamentada em elementos de informação, visto que a prova, é produzida no processo, amparada pelo contraditório e ampla defesa. Doutro modo, seria desnecessário o processo (Coutinho et al., 2024).

Para clarear esta ideia, suponha que, na fase de instrução, as provas produzidas não demonstram que o acusado concorreu para a prática do delito. Desse modo, ainda que em sede de denúncia se tenha feito formalmente, pedido de absolvição, em alegações finais, o Ministério

público pede a absolvição ante a esta situação. Em virtude disso, o juiz deve atender ao pedido feito na denúncia (com base em dados informativos do inquérito) ou aquele feito em alegações finais (fundamentado nas provas produzidas no processo)? Assim, resta claro que o MP pede em alegações finais (Coutinho et al., 2024).

3.2. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em uma grande parcela de seu texto, o que se chama de Direitos Fundamentais. Dentre tais direitos, alguns figuram como verdadeiras garantias do réu, como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, os quais, não sendo obedecidos, violam também o devido processo legal. Assim, estabelecido o mandamento constitucional de observância a estas regras, registra-se que o sistema acusatório é o escolhido pela Carta Magna para revestir o processo penal.

Nesse sentido, a decisão final no processo penal deve ser construída com base nesses princípios, em especial o contraditório (Fazzalari *apud* Lopes Jr., 2024). Às partes é reservado o exercício do contraditório. Mas, no caso do art. 385 do CPP, quem o exerce é o juiz, pois sendo a acusação e defesa pelo mesmo desfecho, quando o julgador decide de maneira contrária, ele é quem exerce o direito reservado às partes, se tornando uma delas, num flagrante retrocesso ao sistema inquisitorial, sistema que não permite o exercício das garantias do acusado, sistema que não se alinha à Constituição.

Seguindo esse pensamento, Geraldo Prado ensina:

Isso não significa dizer que o juiz está autorizado a condenar naqueles processos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro.

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

O fundamento da nulidade é a violação do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República). (Prado, 2005, p. 190).

Destarte, aufere-se a relevância do contraditório (Fazzalari *apud* Lopes Jr, 2024), funcionando como um pressuposto de validade e, pode se colocar até, de legitimidade da sentença penal. Desse modo, não sendo respeitado tal regra, conforme aponta o autor, a sentença é nula.

O embasamento desta nulidade, seguindo a linha de Prado (2005), desponta-se na violação do contraditório, preceito trazido pela Constituição, desse modo, a aplicação do art. 385 do CPP, revela-se, cristalinamente, em uma inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

O art. 385 do CPP prova-se inconstitucional, visto que possibilita a existência de uma decisão não construída sobre as bases do contraditório, o qual, na prática, é exercido, nesse caso, pelo juiz, que é sujeito do processo, e não parte. Também não respeita a estrutura acusatória do art. 3º-A do CPP trazido pela Lei nº 13.964/19, na medida em que se tem um juiz-ator, proferindo sentença condenatória sem pedido.

Nesse sentido, é necessário que se declare tal artigo inconstitucional. Nesta lógica, fora proposta pela Associação Nacional da Advocacia Criminal (ANACRIM), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1.122 com o objetivo de que se reconheça que o dispositivo ora descrito não fora recepcionado pela CF/88. Assim, torna-se imperativo a procedência da referida ADPF e o conseqüente reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo.

Isto é fundamental para que o Processo Penal atenda verdadeiramente sua necessidade de existência, qual seja funcionar como instrumento da Constituição. O Processo Penal está a serviço da constituição. Nas palavras de Lopes Jr., revela-se numa “instrumentalidade constitucional” (Lopes Jr., 2024), na medida em que, neste espaço, é que são exercidos de fato os direitos e garantias fundamentais. É dentro do processo que são exercidos o contraditório, a ampla defesa, para que se tenha o devido processo legal.

Desse modo, manter um dispositivo que permita a autuação de ofício de um magistrado, distancia-se do objetivo constitucional ao passo que consagra um verdadeiro retrocesso ao modelo inquisitorial, tornando-se imprescindível a inaplicação do artigo no meio processual penal.

Tal medida mostra-se necessária, também, visto que o processo penal, atualmente, deve ser concebido ante a uma perspectiva constitucional, a qual possibilita o exercício das garantias processuais penais, transformando qual seja o objeto do processo penal que agora é a pretensão acusatória (item 1.2.1). Essa perspectiva se distancia da conjuntura em que o Códex Processual Penal fora promulgado, num ambiente completamente totalitário, ditatorial e que não respeitava as garantias constitucionais. Assim, percebe-se o antagonismo abissal entre os contextos e demonstra que, um dispositivo que fora promulgado em época ditatorial observando as guisas dessa situação política, não pode ser aplicado num contexto em que os direitos trazidos

pela constituição se revelam em princípios processuais dos quais não se pode abrir mão se o objetivo for caminhar a um processo penal civilizatório.

Deixar de aplicar o art. 385 do CPP é mais do que simplesmente obedecer a um mandamento do art. 3º-A, é prosseguir rumo a uma civilização do processo penal. É permitir que as vestes constitucionais o cubram e assumir de vez, na prática, a natureza que deve guiar o processo penal, qual seja a acusatória.

INCOMPATIBILITY OF ART. 385 OF THE CPP WITH THE STRUCTURE ACCUSATORY BROUGHT BY THE LAW Nº 13.964/2019

ABSTRACT

O presente artigo tem como objetivo apontar a ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 385 do CPP, o qual permite que o juiz condene mesmo quando a acusação (neste ato, Ministério Público) pede a absolvição. Dessa maneira, há um claro retrocesso ao sistema inquisitorial, pois possibilita a atuação do juiz de ofício à medida que condena sem pedido. Isso se consuma numa flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade, porquanto, haja vista as garantias que o texto constitucional traz e, o advento do art. 3º-A do CPP, nota-se a estrutura acusatória do Processo Penal. Destarte, tal dispositivo deve ser declarado inconstitucional pela ADPF 1122, para que se caminhe a uma verdadeira democratização do Processo Penal. Para demonstrar essa visão, fora adotada a análise qualitativa, abalizadas em pesquisas bibliográficas e exame de legislação. Consistira, o método, na reunião e análise do pensamento de diversos autores que estudam e discorrem sobre o tema. .

Key-words: Incompatibility. Art. 385 of the CPP. Principle Accusatory. Criminal Proceedings.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 09 mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.305. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – (CONAMP). Intimado; Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em: 09 mai. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1.122. Requerente: Associação Nacional da Advocacia Criminal (Anacrim). Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=526124&ori=1>. Acesso em: 09 mai. 2024.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; BERTI, Marcio Guedes. **Em alegações finais o MP não pede, só opina? Resposta ao professor Afrânio Silva Jardim.**

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-02/em-alegacoes-finais-o-mp-nao-pede-so-opina-resposta-ao-professor-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 05 mai. 2024.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. **Em alegações finais, o Ministério Público não “pede”, mas simplesmente “opina” sobre o julgamento do pedido formulado na denúncia – por Afrânio Silva Jardim**. Disponível em: <https://emporiiodireito.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>. Acesso em: 05 mai. 2024.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

LOPES JR., 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/#:~:text=%C3%89%20o%20juiz%20quem%20det%C3%A9m,do%20exerc%C3%ADcio%20da%20pretens%C3%A3o%20acusat%C3%B3ria>. Acesso em: 06 mai. 2024.

PRADO, Geraldo. **Sistemas Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Natureza jurídica do Processo Penal**. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/56144266/RAMOS_natureza_juridica_processo_penal-2018-libre.pdf?1521841048=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DNATUREZA_JURIDICA_DO_PROCESSO_PENAL.pdf&Expires=1714516272&Signature=OFR6h3a~8DLoL-inX3WNATu5SAixuJcVrIP030rV19JbE2Imj9oVNkhqJ902IDIVsZ7QtkdzuDmIjhX~LMSdQ-U7KxFpTS8v3yD751HSB6z-xvm00EUBDF1SVbhdNcs3WwModK7HrmDeMucFMEdnWSLCy~vPVi0K58V0HTsAqI-NS7SoOW2HlMpR7Wsxx0QqHxVIWTqaVqxLldBMj0DwVXA3gABc72AJc2yZekHHT0bsyzDRAalBW56t~4MG8YN1j7H4qXOWbrjVblIep2ZK8E0ROh6ptuTxiikUQJlixKqXVUi8IahkV5wQJdm-fGby1G34oXVoHR-EBnYxsUFCag_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 30 abr. 2024.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. **Revista Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, 2015.