

**LIMITES À DECISÃO NO PROCESSO PENAL: A INCONSTITUCIONALIDADE
DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DIANTE DO PEDIDO ABSOLUTÓRIO
FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO¹**

***LIMITS TO DECISION IN CRIMINAL PROCEDURE: THE
UNCONSTITUTIONALITY OF THE DAMNING SENTENCE IN VIEW OF THE
ABSOLUTORY REQUEST MADE BY THE PUBLIC PROSECUTOR***

Igor Alves Noberto Soares

Doutorando e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas. Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas. Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas. Membro das Comissões de Direitos Humanos e de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais, do Instituto de Ciências Penais e da Rede Brasileira Direito e Literatura. Professor Universitário (Especialização e Graduação). Advogado. Belo Horizonte/MG. E-mail: igor.ansoares@yahoo.com.

Isabella Miguez Achtschin

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Doctum de Teófilo Otoni. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Execução pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Estagiária de Pós-Graduação

¹ Artigo recebido em 05/06/2020 e aprovado em 24/03/2021.

da Defensoria Pública de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG.

E-mail: isabella_m_a@hotmail.com.

RESUMO: A presente pesquisa teve por objeto o enfrentamento da inconstitucionalidade da sentença penal condenatória diante da manifestação absolutória pelo Ministério Público, e, conseqüentemente, a incompatibilidade entre o art. 385 do Código de Processo Penal e a Constituição da República de 1988. Isso porque, a partir da construção jurídico-processual do Estado Democrático de Direito, vários dispositivos ainda presentes no Código de Processo Penal, fruto de sua concepção histórico-política, não coadunam com a ordem constitucional vigente. Com base no método hipotético-dedutivo, procedeu-se à revisão da jurisprudência e literatura jurídica para concluir que o art. 385 do Código de Processo Penal viola a processualidade democrática erigida na Constituição da República de 1988, sobretudo em razão da mitigação da imparcialidade do juízo, da inércia da jurisdição e da separação das funções estabelecidas aos sujeitos processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Processualidade Democrática. Sentença Penal Condenatória. Pedido Absolutório. Ministério Público.

ABSTRACT: The aim of this research was to confront the unconstitutionality of the criminal sentence in view of the absolutory manifestation by the Public Prosecutor, and, consequently, the incompatibility between article 385 of the Code of Criminal Procedure and the Republic's Constitution of 1988. This is because, from the legal-procedural construction of the Democratic State of Law, several provisions still present in the Code of Criminal Procedure, as a result of its historical-political conception, do not fit with the current constitutional order. Based on the hypothetical-deductive method, the legal literature and jurisprudence were reviewed to conclude that article 385 of the Code of Criminal Procedure violates the democratic procedural established in the Republic's Constitution of 1988, mainly because of the mitigation of the impartiality of the judgment, the inertia of the jurisdiction and the separation of the functions established to the procedural subjects.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Democratic Procedural. Damning Sentence. Absolutory Request. Public Prosecutor.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal, na contemporaneidade em crise, ainda não obteve a devida compreensão sistemática por parte da doutrina e da jurisprudência, que, ainda vinculada ao processo enquanto instituição subserviente à jurisdição estatal, titubeia ao não defender a essência da instituição como metodologia de garantia dos direitos fundamentais.

Por essa razão, enquanto não assumida a integral revogação da legislação processual penal vigente, a fim de adequá-la à processualidade democrática oriunda da Constituição da República de 1988, compete-nos enfrentar criticamente alguns institutos ainda inapropriados à ordem constitucional vigente.

A temática é antiga, mas, diante da ausência de questionamentos mais profícuos e a perdura de sua aplicabilidade, tal enfrentamento mostra-se aderido ao vencimento das bases autoritárias ainda ajustadas à persecução penal. Na democracia, não há mais espaço para discursos punitivistas, que sustentam o processo como mera disposição da jurisdição estatal, e, por isso, apartada de garantias fundamentais.

O presente trabalho tratará da inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de o magistrado proferir decisão condenatória mesmo diante do pedido absolutório apresentado pelo Ministério Público. Tal permissão, ainda que juridicamente possível, não encontra guarida na base principiológica erigida a partir da Constituição da República de 1998, que sustenta o projeto político do Estado Democrático de Direito.

A metodologia do presente trabalho concentrou-se em revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, de modo a satisfazer a real compreensão dos limites decisórios no Estado Democrático de Direito. Há, inclusive, estudos de casos baseados em decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, cujo critério de inclusão fora a tratativa da temática a partir da busca nos portais de casa órgão julgante.

No primeiro capítulo, foram apresentadas as conjecturas sobre os dois sistemas

processuais penais, quais sejam, acusatório e inquisitório. Nessa primeira perspectiva, demonstra-se que a Constituição da República de 1988 fora muito além do sistema acusatório, adotando, em sua base político-pragmática, a processualidade democrática.

No segundo capítulo, estão apresentadas as estruturas da sentença penal, em sua teorização, e os efeitos de sua dimensão prática na discussão da responsabilidade jurídico-penal da pessoa acusada. Na mesma oportunidade, foram discutidos os limites da função judicante na processualidade democrática, e, ainda, como o agir do agente julgador somente se legitima se observado o roteiro das demais funções pelos sujeitos processuais.

No terceiro capítulo, por fim, concluiu-se pela inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal, mesmo com pronunciamentos diversos pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista a existência, na ordem constitucional vigente, de institutos que obstam a atividade criativa do magistrado para além do postulado. Entre tais garantias, estão a imparcialidade do juízo, a inércia da jurisdição, a congruência entre a denúncia e a decisão e a separação das funções entre os sujeitos processuais.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: O QUE DEVEMOS ENTENDER DELES?

A Constituição da República de 1988, em sua gênese histórica, mostra-se importante marco para a consolidação do sistema democrático brasileiro, pois assegura, em seu texto, determinada base principiológica para a tutela dos direitos fundamentais, inclusive em seu aspecto processual. Para isso, é imprescindível que se realize releitura crítica de alguns dos dispositivos do Código de Processo Penal, consubstanciado no Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, para analisar sua compatibilidade com a processualidade democrática erigida na Constituição da República de 1988.

O Direito Processual Penal, nas preliminares considerações de José Frederico Marques, "é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares".² Ou seja, uma estrutura pensada

² MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed. São Paulo: Millenium, 2003, p. 16.

no exercício do monopólio estatal não somente vislumbrada como pressuposto da imposição da sanção penal e do *jus puniendi* do Estado, mas como verdadeira garantia procedimental para a busca da responsabilidade jurídico-penal da pessoa acusada.

É necessário ir além desse conceito. A persecução penal se legitima enquanto espaço de defesa dos direitos e garantias fundamentais da pessoa acusada e da vítima (bem como dos seus substitutos processuais), com a possibilidade de se atingir a responsabilidade jurídico-penal por meio de uma decisão.

Com razão, estão afastados quaisquer juízos que submetam a persecução penal ao jugo do Estado e às razões políticas dos órgãos de acusação. Não há legitimidade pressuposta para a aplicação da sanção penal, mas o necessário debate quanto à extensão das questões fáticas do caso concreto, que, por constituírem objeto da decisão judicial, podem importar na absolvição ou na condenação da pessoa acusada.

A Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, ao erigir o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, afastou toda e qualquer possibilidade de arbítrio no exercício das funções estatais, seja por meio de um modelo constitucional de processo, também discutido a partir da Teoria do Processo Constitucional, ou por meio da participação popular no controle dos atos do Estado.

Nessa toada, os direitos e garantias fundamentais de natureza processual formam aquilo que Flaviane de Magalhães Barros designou por modelo constitucional de processo, ou seja, um modelo “constituído de uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo”.³ Quer dizer, a ordem constitucional erigida a partir da redemocratização do Brasil trouxe ao Direito Processual Penal e às práticas jurisdicionais nova metodologia a partir do devido processo, da qual se extraem direitos e garantias processuais aplicáveis a qualquer processo, que também pode ser nomeada de *processualidade democrática*.

Para além da retrógrada discussão sobre os sistemas processuais penais no decorrer da História, é necessário demarcar as possíveis construções sistêmicas adotadas no Brasil com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, fruto da Constituição da República de 1988.

³ BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e n. 11.900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 15.

2.1.SISTEMA ACUSATÓRIO E SISTEMA INQUISITÓRIO: QUAL A OPÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

Não é pretensão traçar linha do tempo, como se os institutos processuais fossem lineares ou percebidos em linha evolutiva, mas demonstrar como os sistemas processuais podem ser entendidos à luz da Constituição da República de 1988 e, por conseguinte, dos institutos dispostos no Código de Processo Penal.

Kai Ambos organiza o sistema acusatório a partir de características democráticas e igualmente progressistas, contrariamente ao sistema inquisitório, este com percepções autoritárias e demasiadamente conservadoras quanto aos pronunciamentos decisórios. Nesse sentido, o sistema acusatório caracteriza-se basicamente pela existência do contraditório, além de notória distinção entre o agente acusador e o agente julgador, aliada à percepção do acusado enquanto sujeito de direitos e à gestão participada sobre a prova.⁴

Por sua vez, o sistema inquisitório representa a confusão entre as funções de acusar e julgar, motivo pelo qual a gestão da prova é exclusiva daquele que julga, o que coloca a pessoa acusada como meio de prova e objeto do processo, e cuja culpa é presumida, resultando em um sistema marcado pela inexistência de garantias processuais.

Para Luigi Ferrajoli, o sistema inquisitório torna legítima a figura de um julgador ativo, destacada a intensa atividade probatória e sua desarmonia em relação aos demais sujeitos processuais.⁵ Ou seja, o agente julgador pode atuar para além das postulações procedimentais, inclusive desconsiderando as manifestações da Defesa, o que permitiria tratar como regra as excepcionalidades de um modelo baseado na mitigação ou até mesmo na inexistência de garantias processuais.

Em que pese sua origem antes mesmo da Inquisição, o sistema inquisitório baseou-se em evidente irracionalidade na gestão da prova, erigida na pressuposta repercussão do

⁴ AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso Penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

fato em julgamento e no interesse público na demanda. Por isso, a verdade real fora uma das maiores propagandas desse sistema, já que a confissão se configurava na *rainha das provas*, ou seja, bastava a confissão para que o procedimento fosse encerrado, com a deliberada condenação da pessoa acusada.

Por isso, Michele Taruffo identifica a existência dos *ordálios* e dos *juízos de Deus* como meio de se averiguar a verdade dos fatos. Sua origem remonta à Índia e, entre suas características, destaca-se a adoção de determinadas técnicas procedimentais para se atingir a certeza quanto ao julgamento. Conforme a lógica desses juízos, Deus, ao intervir no procedimento, assegurava ou não a culpa da pessoa acusada. Dessa forma, por via dos duelos e dos meios de prova irracionais, vários deles com o uso direto de água, ferro incandescente, fogo e óleo, ao acusado era imposta uma série de desafios para aferir sua responsabilidade jurídico-penal.⁶

Os ordálios e os juízos de Deus não surgem com a Igreja Católica, que, desde o IV Concílio de Latrão (1215), proibira a participação direta dos clérigos nos rituais típicos da ministração de tais técnicas. Como construção histórica, remonta à Índia a gênese desses procedimentos, os quais, após as invasões bárbaras, foram usados como modelo por toda a Europa. Por óbvio, não é equivocado afirmar sobre a utilização de tais procedimentos também na Idade Média, nos atos da Inquisição, mas a percepção de sua origem, na Antiguidade Clássica, é nota que deve ser considerada.

Nesse ponto, é preciso ressaltar a influência do *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808, que no período pós-Revolução Francesa determinaria novo procedimento à persecução penal. A contar da compreensão da nova inquisitorialidade, os mais diversos diplomas legislativos sofreram a influência de um sistema que se constitui na conexão entre os modelos acusatório e inquisitório, inclusive no Brasil.⁷

O sistema acusatório, por sua vez, tem sua origem fundada no direito grego, que permitia a participação de populares de forma direta no exercício das funções de acusar e julgar. É certo que, ao longo da história, tal modelo igualmente mostrou-se aplicável em

⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

⁷ COLAO, Floriana. Processo Penale e pubblica opinione dall'età liberale al regime fascista. In: GARLATI, Lorenada (org.). **L'Inconscio Inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

momentos diversos, mas com propostas similares e adequadas aos direitos dos sujeitos acusados. Tem-se que o sistema acusatório é um sistema definido, essencialmente, pela existência de procedimentos limitados por garantias processuais, em todos os seus atos, amalgamados por funcionalidades distintas entre o órgão acusador e o decisor.⁸

Conforme destaca Aury Lopes Júnior, o sistema processual acusatório, desde a Roma Antiga, pode ser entendido a partir das seguintes características: o órgão julgador atua passivamente naquilo que se refere à iniciativa postulatória e à gestão das partes, adota-se uma sistemática que leve em consideração a impossibilidade de ações de ofício baseadas na denúncia anônima (*ne procedat iudex ex officio*), existe acusação escrita, os procedimentos são baseados na oralidade e os julgamentos, públicos.⁹

Na Roma Antiga, o sistema processual acusatório que vigia se mostrou insuficiente para as novas necessidades sociais do Império, gerando insatisfação da população, que via a ação sendo utilizada como meio de vingança privada. Essa insatisfação culminou em uma maior atuação processual por parte dos magistrados, que passaram a ter para si a função da acusação, antes destinada ao povo, reunindo em uma só pessoa as atribuições de julgar e acusar.

No decorrer da História, não foi possível entender tais sistemas isoladamente, pois algumas práticas se confundiam, persistiram no decorrer do tempo e não são lineares. Por isso, Ettore Dezza demonstra a impossibilidade de entender os sistemas acusatório e inquisitório como estanques ou puros e conclui pela identidade da persecução penal a partir de um quadro híbrido em relação aos sistemas, em aspecto normativo-pragmático.¹⁰

É necessário entender que o sistema acusatório é adotado, na contemporaneidade, nos países democraticamente sustentáveis. Não há compatibilidade entre a democracia e o sistema inquisitório, motivo pelo qual os procedimentos democráticos são eminentemente acusatórios. Na mesma percepção, não é possível sustentar institutos autoritários na

⁸ AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acustorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso Penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁰ DEZZA, Ettore. Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (org.). **Diritti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana**: material dall'incontro di Studio Ferrara. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

processualidade democrática, que, mais a demais, é fruto de reformas pontuais não ajustadas sistemicamente com a ordem constitucional vigente.

Quanto ao ordenamento jurídico pátrio, sustenta-se que, com a promulgação da Constituição da República de 1988 e o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, o Brasil adotou o sistema acusatório. Por outro lado, é necessário entender tal sistema para além da simples atividade jurisdicional e, por isso, a ordem constitucional vigente desde 1988 trouxe ao Brasil a chamada processualidade democrática.

Nesse entendimento, não há mais a possibilidade de persistirem pronunciamentos decisórios isolados, como se a garantia do contraditório, definida a partir de sua concepção enquanto influência e não-surpresa, fosse mera regularidade formal.¹¹ Com a processualidade democrática e o controle popular dos atos estatais, as decisões judiciais restam afastadas de qualquer solipsismo, e por isso, entendidas não como ato isolado do julgador, mas como uma produção comparticipada com as partes.¹²

Por isso, Flaviane de Magalhães Barros elucida o entendimento de que a “opção constitucional pelo princípio acusatório não pode ser desconsiderada pelo legislador ordinário”, aliado à base também constitucional “de princípios processuais que sustentam a noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, próprios do paradigma do Estado Democrático de Direito”.¹³

Entretanto, o vigente Código de Processo Penal foi elaborado em momento político-constitucional diverso da processualidade democrática, pois consubstanciado no Decreto-Lei n.º 3.689, 3 de outubro de 1941. Antes disso, Getúlio Vargas usou do falacioso argumento de proteção da Nação contra os supostos perigos advindos da infiltração comunista, e, em 10 de novembro de 1937, aproveitando do descontentamento das Forças Armadas, dirige-se ao povo brasileiro, pelas ondas da Rádio Nacional, e declara instalado o Estado Novo. Na oportunidade, outorgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil.¹⁴

A partir da ordem constitucional instaurada por Getúlio Vargas, uma das medidas

¹¹ SOARES, Igor Alves Noberto. **O Tribunal do Júri em sua compreensão processualmente democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2009.

¹³ BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e n. 11.900/09**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

¹⁴ D'ARAÚJO, Maria Celina Soares. **A Era Vargas**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1997.

mais totalitárias fora o fechamento do Congresso Nacional, o qual, mais adiante, seria reaberto para satisfazer às vontades do Estado-Executivo. Ora, como pensar na perduração, até a contemporaneidade, de um Código de Processo Penal erigido em 1941, em ordem constitucional diversa, inclusive em prejuízo ao devido processo legislativo?

A inspiração do Código de Processo Penal, de 1941, adveio do *Codice di Procedura Penale*, de 1930. Tal legislação, que vigeu por toda a história do fascismo italiano, fora criada por Alfredo Rocco (daí a expressão *Codice Rocco*), que, mais a demais, sustentaria procedimentos eminentemente inquisitórios.

O Código de Processo Penal de 1941, embora interpretado à luz da processualidade democrática vigente com a Constituição da República de 1988, ainda guarda em seu texto legal dispositivos incompatíveis com as premissas constitucionais, transparecendo evidente conluio com o malfadado sistema inquisitivo.

Para além do objeto da presente pesquisa, há outros exemplos de evidente descompasso dos institutos do Código de Processo Penal com a constitucionalidade democrática. Entre tais imprecisões, inclusive questionada em sede de pesquisa científica publicada, está a possibilidade de produção da prova pelo agente julgador, consoante art. 156, inciso II, do Código de Processo Penal, diante da dúvida do magistrado.¹⁵

Esses e outros dispositivos evidenciam um retrocesso no que diz respeito ao Estado Democrático de Direito e revelam a necessidade de readequação normativa para atender à ordem constitucional vigente. Por meio dessa inserção, estão protegidas as garantias do devido processo, da imparcialidade, da ampla defesa, do contraditório e de outras regras que, embora previstas na Constituição da República de 1988, são muitas vezes mitigadas pela legislação infraconstitucional, que não acompanhou a constitucionalização do processo.

3. O INSTITUTO DA SENTENÇA PENAL A PARTIR DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

¹⁵ SOARES, Igor Alves Noberto; GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. A iniciativa probatória do juiz no Processo Penal: contraposições e limitações a partir do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, ano 10, volume 17, n. 2, jul./dez. de 2016.

Em que pesem as suas inconsistências sistêmicas com a ordem constitucional, o Código de Processo Penal, de 1941, ainda vige e lança sua força pragmática nos procedimentos percebidos na persecução penal. Contudo, na análise do caso concreto e no controle de constitucionalidade, é necessário questionar se os institutos, como postos, encontram correspondência na processualidade democrática.

3.1.A FUNÇÃO JUDICANTE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição da República de 1988, ao erigir o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, trouxe, em si, a amplitude argumentativa da processualidade democrática, que afastaria a possibilidade de qualquer posicionamento isolado, sem a aplicação das garantias constitucionais.

Nessa toada, um dos atributos mais significativos desse paradigma é a separação das funções do Estado. A partir das conjecturas de Montesquieu sobre a chamada separação dos poderes, tem-se que o exercício das funções sob a tutela exclusiva do soberano acarretaria os regimes totalitários, pois concentrariam no próprio Estado a vontade política vigente em cada espaço-tempo.

É importante dedicar algumas considerações sobre a separação das funções do Estado. Em primeiro ponto, a expressão *poderes* deve ser lida com cuidado, pois o poder é de titularidade do povo, consoante art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988. O povo, entendido como o sujeito constitucional, reconhecido na condição de protagonista de todas as ações do Estado, autoriza o exercício das funções pelos agentes estatais, trazendo legitimidade aos seus pronunciamentos.¹⁶

Logo, o Estado detém funções ou atividades-dever, as quais, em sua organização preambular, são limitadas pela ordem constitucional vigente. Por isso, Simone Goyard-Fabre sustenta que Montesquieu, ao definir a noção da separação das funções estatais, não pretendeu vê-las estanques e impassíveis de controle entre si, daí porque o sistema de freios e contrapesos vislumbra-se legítimo na democracia.¹⁷

¹⁶ DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Assim sendo, a separação das funções estatais impede o abuso do exercício do poder pelos agentes do Estado, a fim de estancar qualquer ruptura com a ordem democrática vigente. Nessa perspectiva, no corte epistemológico do Estado-Judiciário, cuja função se estende ao controle dos atos judiciais, as garantias processuais de natureza fundamental impedem o exercício descomedido dos atos judicantes.

Na Teoria Geral do Processo, as discussões sobre o significado da jurisdição atingem o cerne de um trabalho teorizado. Para Rosemiro Pereira Leal, a jurisdição surge do instituto da arbitragem, que, aliado à figura do pretor romano, serviu como instrumento de aplicação e criação da norma para o caso concreto.¹⁸ Isso significa dizer, em aspecto histórico, que a jurisdição surge enquanto estrutura do poder econômico-político, vinculada ao espaço-tempo, e, em certa medida, dedicada à imposição da decisão a partir da força do pretor-árbitro.

O pretor, então, representava a força política do soberano, o que afastava a possibilidade de uma decisão compartilhada com os demais sujeitos envolvidos no procedimento. Nas democracias contemporâneas, a jurisdição serve ao processo para instrumentalizar, nos procedimentos, as regras definidas nas normas processuais para a satisfação dos conflitos e do caso penal.

A partir da processualidade democrática, a jurisdição abandona o seu caráter interventivo e independente das garantias fundamentais para revestir-se na essencialidade do procedimento. Por isso, a jurisdição, mais que uma atividade-dever do Estado, é um direito fundamental do povo, direito que, ajustado ao devido processo constitucional, legitima-se para além da mera formalidade ou da imposição da força estatal.

Por isso, somente há processo quando os atos procedimentais se vinculam à processualidade democrática, afastada a falaciosa instrumentalidade do processo à jurisdição estatal para revestir-se como metodologia de garantia de direitos fundamentais. Diante disso, todo pronunciamento decisório tem legitimidade se observada a base constitucional dos comandos normativos da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, por exemplo, amalgamados à regra da presunção de inocência e do dever de fundamentar e publicizar as

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 12ª ed. Forense: São Paulo, 2014.

decisões.¹⁹

3.2.PROCEDIMENTO E SENTENÇA PENAL: LIMITAÇÕES A PARTIR DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Em matéria penal, a jurisdição encontra a devida limitação pela garantia do devido processo, a qual sustentará a base principiológica percebida nos procedimentos processuais penais. Há, por isso, duas limitações endoprocedimentais: a primeira, quanto ao exercício das funções pelos sujeitos processuais, e, a segunda, no tocante ao pronunciamento decisório que encerra o procedimento.

Os sujeitos processuais, nas considerações de Aroldo Plínio Gonçalves, são todos aqueles que, por ação, intervêm na tramitação procedimental com o fim de atingir a sentença, segundo o que é estabelecido na norma processual.²⁰ São os sujeitos processuais, nessa toada, os agentes incumbidos de realizar os atos procedimentais, que, da petição inicial (denúncia) até a sentença, formarão o procedimento e a decisão que lhes afetará.

Na compreensão de Francesco Carnelutti, aos sujeitos processuais competiria o ordenamento de certas atividades no curso do procedimento, com o ensejo de viabilizar o seu desenvolvimento e a partir da observância do seu lugar de ação e de fala.²¹ De fato, os sujeitos processuais agem com fins determinados, e, por isso, não há procedimento válido se impedida a manifestação dos sujeitos processuais a partir dos seus interesses, o que também anularia a própria decisão.

Aliás, o próprio Francesco Carnelutti denunciaria as mazelas do sistema penal, a partir de uma desvantagem linguística entre os sujeitos processuais. Entre as questões abordadas pelo autor, é a evidente a existência de sujeitos parciais, quais sejam, o órgão de acusação e a Defesa, praticamente inseridos em um duelo diante do magistrado, que não devia fazer-se parte e constitui fruto de um sistema de constantes privilégios, a fim de

¹⁹ Para entender a compreensão contemporânea sobre a processualidade democrática, no contexto do Processo Penal, ver MARQUES, Leonardo Marinho Marques. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 2, n. 1, 2016.

²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

²¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America – E.J.E.A, 1959.

decidir.²²

Em teorização pragmática, Nicola Fini sustenta os três ofícios percebidos nos procedimentais processuais penais, a partir de seus sujeitos, quais sejam: acusar, defender e julgar, cada qual com sua função inconfundível. Se ao acusador incumbe sustentar a acusação a partir da produção probatória acerca do caso, ao defensor é constituída a prerrogativa da defesa técnica, sustentada pela oposição às teses acusatórias. O julgador, assim, examinará as teses, as valorará em comparticipação com os demais sujeitos processuais e decidirá de maneira imparcial a partir da legislação e da realidade fática aplicáveis ao caso concreto.²³

É necessário, contudo, reescrever a leitura dos sujeitos processuais na processualidade democrática avançada para além do discurso da Teoria da Relação Jurídica, que colocou o julgador como sujeito acima dos demais. Segundo Rosemiro Pereira Leal, a decisão não se vincula como “instrumento de uma sábia jurisdição provedora de direitos”, muito menos ao “exercício da vontade última e superior de uma razão prática (do bem e do mal) sensibilizada pelo juiz”.²⁴

Isso significa dizer que, a partir da processualidade democrática, a decisão do magistrado não é isolada em si mesma, mas fruto da comparticipação procedimental que leva aos demais sujeitos processuais a prerrogativa de construir a decisão que lhes afetará. Por isso, o contraditório, enquanto garantia de influência e não surpresa, ajustará os atos processuais e sua importância para o procedimento.

A sentença, nessa toada, recebe destacado significado. Para Ovídio Araújo Baptista Silva, “sentença é o ato pelo qual o juiz diz o direito, pondo fim ao procedimento, ou pelo menos encerrando a controvérsia a respeito de uma das ações cumuladas”.²⁵ Por derradeiro, a sentença é ato do magistrado, que, investido na função judicante por meio de concurso público de provas e títulos ou pelo quinto constitucional, decidirá conforme a produção compartilhada da prova e do próprio procedimento.

²² CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Trad. de Isabela Cristina Sierra. Sorocaba: Minelli, 2009.

²³ FINI, Nicola. Apunti di diritto comparato sul processo accusatorio e sul inquisitorio. In: *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*. v. IV. Giuffrè, 1965.

²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 169.

²⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20.

Contudo, é justamente a partir do arranjo sistêmico oriundo do processo na construção do Estado Democrático de Direito que, ao decidir, o agente julgador ver-se-á limitado em sua própria função. Enquanto sujeito processual imparcial, ao magistrado é vedado agir como sujeito ativo, como se sua função estivesse amparada em sentimentos percolados do procedimento em contraditório.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal e sua incompatibilidade com a processualidade democrática será entendida a partir desse ponto. Contudo, antes mesmo de discutir o instituto, será indispensável perquirir a relação entre a legislação processual e o modelo político-jurídico percebido com o Código de Processo Penal, que, conforme visto, mostra inadequações ao paradigma jurídico-constitucional de Estado Democrático de Direito.

4.1.A ORIGEM DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL E A MATÉRIA ATINENTE À DECISÃO CONDENATÓRIA

Em retrospectiva histórica, o Brasil foi colônia de Portugal entre 1500 e 1815, quando elevado à Reino Unido de Portugal e Algarves, tornando-se independente a partir de 1882, período em que a Coroa Portuguesa aplicava sua ordem jurídica em nosso país, tendo como base as Ordenações do Reino. Essas Ordenações constituíam-se como “compilações jurídicas organizadas pelos monarcas da época (século XV, XVI e XVII), com o intuito de reunir em um só corpo legislativo as diversas leis extravagantes e outras fontes do direito”,²⁶ a fim de aplicar a legislação atinente ao caso concreto.

As Ordenações receberam o nome dos monarcas e, basicamente, foram organizadas em três compêndios: as Ordenações Afonsinas, de 1447, de autoria do Rei Afonso IV, as

²⁶ ANDRÉ, André Luiz Pedro. As ordenações e o Direito Privado brasileiro. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos**, v. 3, p. 1-19, 2007, p. 2.

Ordenações Manuelinas, de 1521, editadas pelo Rei Manuel, e as Ordenações Filipinas, publicadas a partir de 1603, no reinado de Filipe II. Essas normas eram aplicadas com algumas restrições durante o período do Brasil Colônia, que se justificavam pela necessidade de adaptação à sociedade para melhor atenderem à realidade brasileira. Não por menos, várias das disposições das Ordenações Filipinas foram aplicadas o início do século XX, quando revogadas pelo Código Civil de 1916.

O Direito Português refletiu inúmeras marcas em nosso atual Código de Processo Penal, especialmente no que diz respeito à divisão de funções desempenhadas pelas partes do processo. Segundo Rogério Schietti Machado Cruz, as Ordenações organizaram a Justiça Criminal nos territórios a partir das Capitanias Hereditárias, e assim, os próprios donatários possuíam também poderes jurisdicionais, que eram transmitidos também aos capitães e ao Ouvidor, inclusive com competência para a aplicação da pena de morte aos escravos, gentios, cristãos e homens livres.²⁷

Os poderes conferidos aos donatários e a prática escravagista se transformaram em grandes benefícios aos possuidores de terra, que se apropriavam do espaço jurisdicional e tinham evidentes privilégios perante a Coroa. A inexistência de garantias processuais, aliada à precária fiscalização quanto ao exercício da função judicante, acabaria por criar sistemática excludente em relação aos julgamentos e às condenações.

A burocracia e as relações pessoais deram origem a uma cultura jurídica calcada em “relações de parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno”,²⁸ e, em matéria criminal, o controle do diferente seria a melhor forma de impedir qualquer ameaça de ruptura com a ordem estabelecida.

Com o advento das Ordenações Filipinas, é unânime concluir que a sistemática do Direito Processual, no Brasil Colônia, baseava-se em procedimentos de intensa proteção aos grupos político-econômicos sustentados pela Coroa. É válido destacar que, no título CXXXVI das Ordenações, era determinado aos julgadores que não aplicassem pena ao seu arbítrio, afastando, inclusive, a imposição de determinadas penas aos membros do Estado e a serviço das Capitanias.

²⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um Processo Penal democrático. In: **Revista Direito em Ação**, Brasília, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014.

²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 66.

Em salto histórico, o Código Criminal do Império, de 1830, substituiu as Ordenações Filipinas em matéria criminal e processual. Posteriormente, o diploma foi complementado pelo Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832. As normas deixaram de espelhar-se nas leis portuguesas e tiveram sua principal influência advinda do *Code d’Instruction Criminelle*, de 1808. A conhecida legislação francesa, originada da vontade de Napoleão Bonaparte e de forte inspiração iluminista (pós-Revolução Francesa), entre outras propostas, seria a gênese do atual sistema misto ou reformado, com uma fase de investigação (inquisitória) e outra de processo (acusatória).

Ainda nessa perspectiva, o Código de Processo Criminal, de 1832, consubstanciou-se como legislação liberal, que, na esteira do sistema reformado, adotaria práticas inquisitoriais típicas da legislação francesa.²⁹ Segundo Evaristo de Moraes, a legislação adotada no Brasil Império romperia com os suplícios inseridos nas Ordenações, e, mais a demais, abarcaria a aplicação da pena privativa de liberdade como a base das condenações.³⁰

Embora tenha alcançado alguma evolução com a adoção do encarceramento e o abandono de algumas penas de caráter extremamente cruéis, o Código Criminal do Império ainda previa a pena de morte, os trabalhos forçados, a prisão perpétua e outras penas degradantes.

Outra característica prevista na lei do império era a ausência de prescrição da pena, o que permitia sua aplicação *ad perpetuam*. A jurisdição deixou de ser ensejo punitivo aplicado somente aos escravos e passou a ser direcionada também à população livre. Apartada da vontade do julgador, houve a escoreita previsão, no texto normativo, dos crimes e das sanções a eles cominadas.

A organização judiciária era distinta da atuação, com destaque para a existência dos Juízes Municipais e dos procedimentos baseados em dois júris (participação popular), quais sejam: o *jury de accusação* e o *jury de sentença*. Por isso, os procedimentos criminais seguiam, em suma, certa sistemática introdutória do atual procedimento no Tribunal do Júri,

²⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um Processo Penal democrático. In: **Revista Direito em Ação**, Brasília, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014.

³⁰ MORAES, Evaristo de. **Prisões e instituições penitenciárias no Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Conselheiro Candido de Oliveira, 1923.

com a existência de um corpo de jurados que discutia a procedência da acusação e outro que seguia com o julgamento do fato.

Segundo José Frederico Marques, “aos juízes de paz cabia julgar as contravenções às posturas municipais e os crimes a que não fosse imposta a pena de multa até cem mil-réis, prisão, degredo, ou desterro até seis meses. Os demais crimes eram de competência dos conselhos de jurados”.³¹ Não havia, nessa toada, disposição clara sobre os limites da decisão, ou seja, se dotada de correspondência entre a manifestação das partes e o agir decisório.

Algumas reformas do Código de Processo Criminal do Império foram percebidas, com destaque para aquela realizada por meio da Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841. Nessa oportunidade, houve o enfraquecimento dos poderes do Juiz de Paz e dos Juízes Municipais, que, ao lado dos promotores públicos, seriam diretamente indicados e nomeados pelos titulares do poder temporal.³² Até o atual Código de Processo Penal, não é possível afirmar a autorização de o magistrado proferir decisão condenatória, mesmo diante de pedido absolutório formulado pelo órgão acusador, seja no Império ou na República.

O momento político que promoveu, no Brasil, a transição do Império para a República seria também indispensável para entender como a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, projetaria nova sistemática processual ao ordenamento jurídico pátrio. Tanto é que, em matéria legislativa, os Estados tinham competência para legislar sobre o Direito Processual e, por exemplo, o Estado de São Paulo contou com Código de Processo Civil e Comercial, datado de 23 de fevereiro de 1930.

É válido entender que, em cada ruptura com a ordem estabelecida, é historicamente percebida a convocação do Poder Constituinte Originário, em sua caracterização, como forma de legitimar tal ato. Na transição da Colônia para o Império, a Constituição Política do Império do *Brazil*, de 1824, fora a marca da renovada estrutura político-econômica vigente. O mesmo ocorre, por exemplo, quando o Golpe Militar de 1964, ao romper com a ordem democrática, encontra guarida totalitária com a outorga da Constituição da República de 1967, substancialmente modificada com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

³¹ MARQUES, José Frederico. **A instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 39.

³² SOARES, Igor Alves Noberto. **O Tribunal do Júri em sua compreensão processualmente democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

4.2.A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL A PARTIR DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

Em apontamento inicial, retratamos como alguns dos institutos previstos no Código de Processo Penal são descompassados e não encontram guarida na processualidade democrática. Um deles, decerto, é o previsto no art. 385 daquele Código, que, apartado de leitura crítica, é reiteradamente repetido nas decisões proferidas pelo Estado-Judiciário.

Na literalidade, é a redação:

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.

Há, nessa leitura, alguns apontamentos necessários, que relacionam o previsto no art. 385 do Código de Processo Penal à necessária correlação entre o postulado e a decisão, aprofundada discussão acerca do contraditório, da inércia do juízo, da separação das funções e na escoreita garantia da imparcialidade.

O princípio da correlação preleciona que o conteúdo da sentença deve guardar estrita relação com o fato narrado na denúncia ou queixa. Trata-se de garantia à pessoa acusada de que ela não será condenada sem que tenha prévio e integral conhecimento dos fatos que lhe são imputados, de forma pormenorizada, permitindo que se defenda da acusação que lhe é imputada.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, o princípio da correlação, também nomeado de princípio da congruência da condenação, tem por objetivo a correspondência entre o objeto da Ação Penal e, mais a demais, envolve-se com a inércia da jurisdição, que, provocada, age.³³

Não há legitimidade decisória, em matéria criminal, fora da provocação do Estado-Judiciário. E isso também se vislumbra em sede da decisão, o que nos leva a concluir, em primeiro ponto, que o magistrado não pode condenar a pessoa acusada por fato não postulado em sede de denúncia. No mesmo sentido, o princípio da correlação impede a prolação de decisões condenatórias sem o vislumbre no fato processual ou não provado.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O mesmo se aplica, por exemplo, aos criticados institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*, respectivamente inseridos no art. 383 e no art. 384 do Código de Processo Civil, que promovem decisão apartada do que é vislumbrado em sede de denúncia, em clara ofensa à processualidade democrática.

No caso da *emendatio libelli*, os fatos continuarão os mesmos, consoante narrado na denúncia, sendo diversa apenas a tipificação legal aplicada pelo julgador em sua decisão. Nessa toada, em que pese a ciência da conduta imputada à pessoa acusada e o exercício da ampla defesa em momento anterior, há nítida ofensa ao contraditório, pois a manifestação quanto ao fato jurídico resta prejudicada.

Diante da *mutatio libelli*, por sua vez, embora a narrativa fática seja alterada, é dada ao réu a oportunidade de se manifestar sobre eventual aditamento da denúncia realizado pelo Ministério Público. Há, nessa toada, clara ofensa às garantias da ampla defesa e do contraditório, bem como à inércia do juízo e à regra da congruência.

A sentença condenatória diante do pedido absolutório formulado pelo Ministério Público, na Ação Penal Pública, é descomedida e não encontra guarida na Constituição da República de 1988. Isso porque, mais uma vez, a titularidade da Ação Penal, pelo Ministério Público, atrai para o órgão a manifestação nos atos procedimentais, ainda que limitada à função, e, por tudo isso, a denúncia é o instituto limitador da atuação jurisdicional em matéria penal.

Nesse sentido, sustentou Júlio Fabrini Mirabete³⁴:

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

Ainda nessa perspectiva, Nereu Giacomolli entende o princípio da correlação a partir da imparcialidade, que, igualmente, impede o agente julgador de agir para além do objeto do caso penal, sem se envolver com os seus termos. O princípio da imparcialidade é a garantia de que o agente julgador não utilizará dos juízos de valor extraprocedimentais (de caráter pessoal) para decidir, sejam em relação ao fato ou à pessoa acusada, exigindo a

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 164.

direção da atividade judicante apartada de interesses alheios aos ditames legais.³⁵

A garantia da imparcialidade é prevista no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição da República de 1988, que também veda a perdura de juízo ou tribunal de exceção, e, ainda, assegura o distanciamento do magistrado do objeto da Ação Penal a partir das regras de impedimento e suspeição (ver o disposto no art. 252 e no art. 254, ambos do Código de Processo Penal).

Para Aury Lopes Júnior, o dispositivo inserido no art. 385 do Código de Processo Penal “representa uma clara violação do Princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, pelo exercício da pretensão acusatória”.³⁶

Isso porque, no sistema acusatório, as funções de julgar e acusar foram distribuídas a sujeitos processuais distintos. Ao Ministério Público fora atribuído o *jus accusationis*, ou seja, é esse o órgão legitimado para o exercício da Ação Penal Pública, de forma que, opinando pela absolvição do acusado, o próprio órgão lança mão da sua função procedimental, que não pode ser suprida pela vontade do magistrado.

No tocante ao contraditório, ainda mais importante é reconhecer que, na processualidade democrática, a decisão do magistrado deve ser fruto de participação conjunta entre sujeitos processuais. Ou seja, todos aqueles que atuam no procedimento, com o fim de alcançar o mérito da Ação Penal, contribuem para a prolação da decisão que lhes afetará, não se admitindo posicionamentos isolados do agente julgador, baseados exclusivamente em sua convicção acerca da culpabilidade do réu.

O contraditório, nessa toada, deve ser entendido como o instituto que garantirá a efetiva participação dos sujeitos processuais na prolação da decisão, pela nota da comparticipação, pois, “no processo em sua compreensão democrática, o discurso de aplicação do Direito jamais se vinculará ao agir solitário do Estado-Juiz”.³⁷

O procedimento deve ser estruturado dialeticamente, respeitando a processualidade democrática e o sistema acusatório acolhidos na Constituição da República de 1988. O

³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 749.

³⁷ SOARES, Igor Alves Noberto. **O Tribunal do Júri em sua compreensão processualmente democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 96.

agente julgador não é mais o titular da Ação Penal Pública, nele não mais se reúnem todas as funções processuais. O acusado deixa de ser objeto da persecução criminal e, em razão dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, passa a atuar ativamente no processo como construtor da decisão que lhe afetará.

Uma das garantias mais salutares do devido processo constitucional é o contraditório, no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, que garante o direito de participação do réu na ação penal. Por tudo isso, Nereu Giacomolli, sustenta basicamente que “garantia do contraditório propicia às partes o exercício processual dialético e participativo, após o conhecimento das proposições, alegações, provas, matéria fática, teses jurídicas, contribuindo e influenciando na construção do processo e do *decisum* de forma democrática”.³⁸

Nessa toada, a base metodológica do contraditório proporciona a reação da pessoa acusada quanto ao conteúdo da acusação promovida pelo órgão acusador. Para além disso, o contraditório é meio de afastar a pressuposta *verdade real*, que, em total distorção à processualidade democrática, acaba por criar sistemática de *vale tudo* para se atingirem os anseios de uma verdade inatingível.

Não por menos, o exercício da judicatura pelo agente julgador somente se vislumbra a partir de provocação da parte interessada, como preceitua a regra da inércia da jurisdição, justamente para afastar movimentos estranhos ao que fora produzido, dialeticamente, no procedimento.

Portanto, manifestada pelo Ministério Público a ideia de inocência do acusado, após longo período de produção de provas e instrução criminal, não pode o magistrado suprir a função acusatória do órgão acusador, proferindo uma decisão condenatória isolada e desvinculada dos autos.

Primeiro, porque a condenação depende de uma manifestação acusatória, que só pode ser exercida pelo Ministério Público. Em segundo ponto, porque, ainda que diante da ausência de acusação pelo órgão acusador, o Estado-Juiz não possui capacidade para exercer supletivamente essa função, sob pena de violar o sistema processual adotado

³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 150.

constitucionalmente. E, ainda, porque nenhuma decisão pode ser fundamentada na convicção pessoal do julgador, em evidente violação ao princípio da imparcialidade e da inércia da jurisdição.

Entender de forma diversa seria possibilitar que o agente julgador reunisse entre suas atribuições os deveres de acusar e julgar, ressuscitando as figuras do juiz inquisidor ou do pretor-árbitro típicas do sistema inquisitório, devidamente refutadas na ordem vigente desde a promulgação da Constituição da República de 1988.

Outra questão refere-se ao sistema de apreciação do resultado probatório, que, mais a demais, é entendido como a consequência da produção da prova. A prova, por si só, não possui valor procedimental, mas deve ser submetida a um juízo axiológico que permite entender como cada produto probatório é aplicado ao caso concreto.

Segundo Marcelo Batlouni Mendroni, a valoração da prova é composta por “três aspectos indissociáveis: subjetivo (quem valora), objetivo (o que é valorado) e o método de valoração (como se valora)”, apresentada como técnica “para se escapar das armadilhas filosóficas mais profundas”, que tenderiam criar determinado juízo irracional sobre a atividade valorativa.³⁹

Um dos sistemas de valoração do resultado probatório, na contemporaneidade, que permite sua valorização apartada dos demais sujeitos processuais é o livre convencimento motivado, assumido pela legislação processual penal no art. 155 do Código de Processo Penal. Segundo João de Castro Mendes, o sistema do livre convencimento tem como nota a valoração do resultado probatório vinculado “apenas e unicamente da consciência do juiz, o qual poderia decidir pela impressão recolhida através do processo, ainda que essa impressão não fosse, nem para ele próprio, racionalizável”.⁴⁰

Assim, os motivos da decisão poderiam vir de aspectos isolados, sem a garantia de participação das partes. Em leitura atual, a expressão *livre convencimento* tem limitação na garantia do contraditório e na própria processualidade democrática, mas, enquanto afastado de interpretação constitucionalizada, não pode assegurar que a manifestação das partes implique na influência decisória.

³⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. São Paulo: Altas, 2010, p. 6 e 7.

⁴⁰ MENDES, João de Castro. **O conceito de prova em Processo Civil**. Lisboa: Ática, 1961, p. 306.

O pronunciamento decisório, a partir disso, também não pode se sustentar na produção da prova como elemento destinado à técnica de formação da convicção do julgador sobre a (in)existência de fatos. Não por menos, por constituir-se justamente como técnica processual, da qual se presume um resultado democraticamente útil, “deve destinar-se à construção de um procedimento que se erija com uma estrutura normativa que possibilite a obtenção de uma decisão racional” e permeada pela indiscutível aplicação das garantias constitucionais.⁴¹

Nesses termos, conclui-se pela inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal, pois não é possível permitir ao magistrado usar da decisão para contrariar a manifestação dos sujeitos processuais no curso do procedimento, seja pela comparticipação das partes ou pela limitação de sua atividade pela base de garantias advinda da processualidade democrática.

4.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Os órgãos jurisdicionais, consoante autorização normativa, proferem decisões distintas no tocante à inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal, o que não impede a conjectura sobre a incidência da jurisprudência na análise dos casos concretos.

Isso significa dizer que, diante do caso concreto, a decisão judicial deve se atentar para a hermenêutica constitucionalmente adequada, que considere a efetividade dos direitos e garantias individuais, a vedação ao retrocesso social e a base principiológica, de natureza processual.

Atualmente, a jurisprudência dominante entende pela constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal, porquanto recebido pela Constituição da República de 1988. Discorda-se desse posicionamento, mas vale trazer os julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

No primeiro acórdão destacado, o Superior Tribunal de Justiça manifestou pela ausência de vínculo entre a decisão e a manifestação do Ministério Público, ajustando o

⁴¹ THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 49.

provimento judicial ao livre convencimento do agente julgador.

(...) O pedido de absolvição do denunciante não vincula o julgador, que tem liberdade de decidir de acordo com seu livre convencimento. Agravo regimental improvido (Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 229331/SP 2011/0310013-8, sob relatoria da Ministra Laurita Vaz, da Quinta Turma, publicado no DJe em 3 de abril de 2012).

Na segunda decisão, repete-se o entendimento de que a decisão condenatória, para além da manifestação absolutória pelo Ministério Público, decorre da recepção, pela Constituição da República de 1988, quanto aos termos do art. 385 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido,

Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. O art. 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes desta Corte (Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1612551/RJ, sob relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma, publicado no DJE em 10 de fevereiro de 2017).

Nos termos expostos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende pela possibilidade de reconhecimento de agravantes mesmo que não manifestadas em sede de denúncia. Ou seja, outro exemplo de inobservância ao princípio da correlação, que, na processualidade democrática, não se legitima senão em benefício da pessoa acusada, jamais em seu prejuízo procedimental.

Em relação ao art. 61, II, "h", do Código Penal, resguardada a minha ressalva pessoal, sigo o entendimento majoritário da Turma sobre a matéria: "não ofende o princípio da correlação a condenação por agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia. Inteligência dos arts. 385 e 387, I, do Código de Processo Penal (Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1.373.120/MG, sob relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, da Sexta Turma, publicado no DJe em 14 de maio de 2019).

O Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática, repetindo jurisprudência dominante da Corte, manifestou pela possibilidade da decisão condenatória mesmo diante do pedido absolutório formulado pelo Ministério Público, sob o argumento de desvinculação, do magistrado, ao pedido do órgão acusador.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o juiz não está vinculado ao pedido de impronúncia ou absolvição formulado pela acusação em alegações finais. Precedentes. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento (Supremo Tribunal Federal.

Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 924290, sob relatoria do Ministro Roberto Barroso, da Primeira Turma, publicado no DJe em 11 de março de 2016).

Em sentido oposto, a história da construção jurisprudencial, inclusive das Cortes Superiores, já decidiu pela inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal, que contrariaria a processualidade democrática advinda do sistema acusatório.

Há julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em que, na análise do caso concreto, decidiu-se pela incompatibilidade sistêmica da decisão condenatória diante de pedido absolutório pelo Ministério Público. Isso porque, em assim sendo, há latente agressão ao sistema acusatório, à garantia da imparcialidade e à separação das funções procedimentais.

Em razão disso,

Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador. Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais, está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito n.º 1.0024.05.702576-9/001, sob relatoria do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, da 5ª Câmara Criminal, publicado no DJe em 27 de outubro de 2009).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, igualmente, tem inovado na questão, entendendo pela impossibilidade de aplicação do art. 385 do Código de Processo Penal, por manifesta violação ao sistema acusatório.

O sistema processual adotado por nossa Constituição, em obediência ao Estado Democrático de Direito é o acusatório, fundado que está, dentre outras, nas garantias constitucionais concernentes ao contraditório, à ampla defesa, o devido processo legal e a isonomia entre as partes. Inconstitucionalidade do disposto no art. 385 do CPP ao permitir que o Juiz desborde de sua função de julgador para, adentrando no papel exercido pelo Ministério Público, lance mão de condenação quando a acusação postula a absolvição, pois assim estará, ao mesmo tempo, violando o contraditório e a isonomia processual (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal n.º 71005529557RS, sob relatoria de Luiz Antônio Alves Capra, da Turma Recursal Criminal, publicado no DJe em 28 de março de 2016).

Muito embora o entendimento majoritário seja pela constitucionalidade e recepção do art. 385 do Código de Processo Penal, não é possível deixar de reconhecer o surgimento de um entendimento, ainda que minoritário, pela inconstitucionalidade da referida norma

processual penal, nos limites determinados nesse trabalho.

5. CONCLUSÃO

Em razão da análise realizada, entregue à refutação crítica, apresentam-se as seguintes conclusões:

1. No decurso da história, dois sistemas processuais tomaram o centro das atividades jurisdicionais, quais sejam, acusatório e inquisitório, cada qual com suas características destinadas ao aproveitamento dos atos processuais. No sistema acusatório, o acusado é sujeito de direitos, e por isso, há a separação das funções estatais, de modo a permitir a gestão compartilhada do produto probatório. No sistema inquisitório, por sua vez, o acusado é objeto do procedimento, e, por assim o ser, não possui garantias processuais bens definidas, sobretudo pela confusão entre os órgãos de acusação e de julgamento.

2. Com a promulgação da Constituição da República de 1988, a processualidade democrática é a nota mais basilar do ordenamento jurídico. Para além do sistema acusatório, a ordem constitucional vigente, assentada no projeto político do Estado Democrático de Direito, trouxe a processualidade democrática enquanto instituto para se afastar o arbítrio e o solipsismo judicial.

3. A decisão judicial, nessa toada, deve ser fruto da comparticipação dos sujeitos processuais, e, no Processo Penal, limitada pelo princípio da congruência. Ainda que existentes institutos como a *mutatio libelli* e a *emendatio libelli*, a presente pesquisa teve por objeto questionar a adequação do art. 385 do Código de Processo Penal à processualidade democrática.

4. Por meio das garantias processuais da imparcialidade do juízo, inércia da jurisdição e da separação das funções estatais, imbuídas pela imposição do princípio da congruência, a decisão condenatória está limitada ao que manifestam as partes, que, diante do interesse processual, constroem a decisão que lhes afetará. Nessa toada, não se permite atividade criativa por parte do magistrado, que, vinculado ao pedido, deve julgar com base no postulado, sob pena de sobrepujar a ordem constitucional vigente e sua sistemática procedimental.

5. Por meio da análise jurisprudencial e da literatura jurídica, concluiu-se que o art.

385 do Código de Processo Penal é flagrantemente inconstitucional e não obteve recepção pela Constituição da República de 1988. Ao optar pela processualidade democrática, o sistema político-jurídico ajustado a partir de então refuta a intromissão da função judicante na função de acusar, e, diante disso, o pedido absolutório formulado pelo Ministério Público vincula o julgador, que deverá absolver a pessoa acusada das imputações que lhe recaem na denúncia.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso Penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- ANDRÉ, André Luiz Pedro. As ordenações e o Direito Privado brasileiro. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos**, v. 3, p. 1-19, 2007.
- BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. **Promulga do Código de Processo Criminal de primeira instância**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.
- BRASIL. Decreto Lei.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 3 mar. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 229331/SP 2011/0310013-8, sob relatoria da Ministra Laurita Vaz, da Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, publicado em 3 de abril de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 924290, sob relatoria do Ministro Roberto Barroso, da Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, publicado em 11 de março de 2016.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1612551/RJ, sob relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, publicado em 10 de fevereiro de 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1.373.120/MG, sob relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, da Sexta Turma.; **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, publicado em 14 de maio de 2019.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e n. 11.900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America – E.J.E.A, 1959.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Trad. de Isabela Cristina Sierra. Sorocaba: Minelli, 2009.
- COLAO, Floriana. Processo Penale e pubblica opinione dall'età liberale al regime fascista. In: GARLATI, Lorenada (org.). **L'Inconscio Inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um Processo Penal democrático. In: **Revista Direito em Ação**, Brasília, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014.
- D'ARAÚJO, Maria Celina Soares. **A era Vargas**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1997.
- DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DEZZA, Ettore. Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele (org.). **Diritti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana**: material dall'incontro di Studio Ferrara. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

- FINI, Nicola. Apunti di diritto comparato sul processo accusatorio e sul inquisitorio. In: AA. VV. *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*. v. IV. Giuffrè, 1965.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarence. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 12ª ed. Forense: São Paulo, 2014.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito n.º 1.0024.05.702576-9/001, sob relatoria do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, da 5ª Câmara Criminal. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, publicado em 27 de outubro de 2009.
- MARQUES, José Frederico. **A instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed. São Paulo: Millenium, 2003.
- MARQUES, Leonardo Marinho Marques. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 2, n. 1, 2016.
- MENDES, João de Castro. **O conceito de prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961.

- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Evaristo de. **Prisões e instituições penitenciárias no Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Conselheiro Candido de Oliveira, 1923.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2009.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal n.º 71005529557RS, sob relatoria de Luiz Antônio Alves Capra, da Turma Recursal Criminal. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, publicado em 28 de março de 2016.
- SOARES, Igor Alves Noberto. **O Tribunal do Júri em sua compreensão processualmente democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SOARES, Igor Alves Noberto; GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. A iniciativa probatória do juiz no Processo Penal: contraposições e limitações a partir do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, ano 10, volume 17, n. 2, jul./dez. de 2016.
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.
- THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.