

## A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP

Francisco José Vilas Bôas Neto<sup>1</sup>  
Vanessa Aparecida Fonseca Guimarães<sup>2</sup>

### Resumo

O trabalho pretende demonstrar a incompatibilidade do Artigo 385 do Código de Processo Penal (CPP) com a legislação brasileira. Para tanto, será necessária uma análise do sistema processual adotado no Brasil, uma vez que o citado Artigo autoriza que o juiz a condene um acusado, mesmo quando há um pedido de absolvição pelo Ministério Público. Para comprovar a (in)aplicabilidade do art. 385 do Código de Processo Penal também será necessária uma análise principiológica, já que os princípios constitucionais inerentes ao sistema processual acusatório são de suma importância. Outro fator importante é comprovar qual sistema processual penal de fato é adotado em nossa legislação. Diante destas considerações a hipótese será de que o sistema processual adotado é o denominado acusatório. Para promover a discussão acerca da aplicação ou não do art.385 CPP, será também necessário observar as funções do Ministério Público, principalmente ao poder de acusação.

**Palavras-chave:** Sistema acusatório. Juiz Acusador. Imparcialidade.

### Abstract

This work will demonstrate the incompatibility of Article 385 of the CPP with Brazilian law. To this end, an analysis of the procedural system adopted in Brazil will be necessary because the said Article to authorize the judge to condemn, even when the prosecutor asks absolution, is going against the idea of Criminal Procedure of the adversarial system. To prove the inapplicability of art. 385 of the Code of Criminal procedure will also be required to undertake a principled analysis, so the constitutional principles inherent in the adversarial court system will also be treated. Another important factor is to prove criminal justice system which is adopted in our country legislation, before it will be confirmed through an analysis of the doctrine of the law and the criminal justice system adopted is the accusatory. To promote discussion about the non-applicability of art.385 CPP will also be required to observe the function of public prosecution, especially regarding the mister to acknowledge. Anyway, as will shortly be reasoned, the court can not, in light of constitutional principles inherent in the criminal proceedings, as well as respecting the procedural system adopted in Brazil, the same order that prosecutors ask for absolution.

**Keywords:** Adversarial system. Judge Decision. Incompatibility.

---

1 Mestre em Filosofia pela Faculdade Jesuíta; pós-graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes; graduado em Direito pela PUC Minas; Coordenador Subseccional da Escola Superior de Advocacia; Professor Universitário e Advogado Criminalista.

2 Graduada em Direito pela J. Andrade; graduada em Química pela Universidade de Itaúna; Diretora Escolar e Professora da rede Estadual de Educação.

## **1. INTRODUÇÃO**

O trabalho a seguir tem por objeto analisar se a aplicação do art. 385 do Código de Processo Penal pelo juiz estaria em conformidade com alguns princípios inerentes ao sistema processual adotado pela legislação brasileira.

Para maior parte da doutrina processualista, o sistema processual penal adotado no Brasil é o chamado sistema acusatório, no qual as funções entre acusador e julgador seriam exercidas por “órgãos” estatais distintos.

Por outro lado, apesar da adoção do sistema acusatório, o magistrado brasileiro valendo-se do Artigo 385 do CPP poderá condenar o acusado mesmo quando o Ministério Público pugna pela absolvição. Esta faculdade do Juiz em optar pela condenação do acusado, a priori, estaria em desacordo com o que preceitua o sistema do acusatório.

Na constatação da conformidade ou não do art. 385 com os princípios que regem o processo penal, será analisada a função exclusiva do Ministério Público em promover a ação penal pública.

Inicialmente, entretanto, são apresentados os tipos de sistemas processuais e a justificativa do modelo adotado pela legislação brasileira.

## **2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

Dependendo da formação histórica/cultural dos países, teremos diferentes sistemas processuais. Porém, os modelos de sistemas com maior utilização são o acusatório, o misto e o inquisitivo.

Antes de adentrar no sistema processual penal recepcionado em nosso país, é preciso fazer uma distinção entre os três sistemas processuais citados.

### **2.1. Sistema Processual Penal Inquisitivo**

O sistema inquisitivo cuja etimologia vem do latim “inquisitīvus” é relativo à inquisição, inquirição ou indagação. (DICIONÁRIO PRIBERAM, 2013).

Nesse trabalho o termo faz referência a um sistema processual penal que pode ser entendido como um sistema no qual “o juiz atua também na fase de investigação; o processo

se inicia com a notitia criminis, seguindo a investigação, acusação e julgamento” (PACELLI, 2012, p. 10).

De acordo com o ilustre doutrinador acima referenciado, o sistema inquisitivo apresenta-se como um sistema no qual o juiz ao mesmo tempo em que é o órgão que decide, é também órgão investigador. As funções de acusar, defender e julgar ficam a cargo da mesma pessoa, ou seja, há uma concentração de poder nas mãos de uma única autoridade.

É de bom tom lembrar que no Brasil quem realiza a função de investigação, em regra, é a Polícia Judiciária (Polícia Civil ou Polícia Federal). O Ministério Público também pode acumular esse mister quando a investigação assim o exigir. É importante ressaltar que tal sistema processual penal tem como características a forma escrita e sigilosa.

De acordo com o sistema inquisitivo o réu é considerado apenas objeto da apuração, cuja finalidade era extrair a sua confissão ou culpa, sendo irrelevante a necessidade de garantia da ampla defesa ou do contraditório.

Tal sistema processual identifica-se com o autoritarismo ou o absolutismo, quando os direitos e garantias do indivíduo não são respeitados.

## **2.2. Sistema Processual Penal Acusatório**

Outro sistema processual existente é o acusatório que vislumbra a impossibilidade do órgão julgador ser ao mesmo tempo investigador e acusador.

Sobre a questão em comento:

[...] no sistema acusatório além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação. (PACELLI, 2012, p. 10).

Enquanto no sistema inquisitivo é permitida a atuação do juiz-acusador, no sistema acusatório só é permitida a atuação do juiz enquanto órgão jurisdicional, ou seja, apenas com a finalidade de analisar a acusação e, se for o caso, condenar. Além disso, torna-se visível o momento no qual tem início a ação penal. Como regra da legislação brasileira, a ação penal tem início com o recebimento da peça acusatória pelo magistrado.

No sistema processual acusatório o responsável pela fase investigatória é a Polícia Judiciária, que tem o controle externo da sua atividade policial exercido pelo Ministério

Público (art. 129, VII, CR/88). O Ministério Público por sua vez é o responsável por propor a ação ou pugnar pelo arquivamento do caso.

De acordo com Capez (2009, p. 40), o sistema processual acusatório possibilita o contraditório e o direito a ampla defesa. Nele o juiz não participa da fase de colheita de provas tendo apenas a função de julgar, garantindo assim que não seja influenciado de tal forma que possa comprometer o julgamento imparcial do conflito.

O grande diferencial do sistema acusatório é o princípio do contraditório, conceituado como a dialética das partes consistente na construção participada das decisões.

Tal sistema traz em seu cerne as atribuições específicas de cada sujeito da relação processual, garantindo que sejam respeitados os princípios da imparcialidade e do juiz natural. Também é garantido o respeito ao tratamento paritário entre as partes, que para ser alcançado, não autoriza que o juiz atue em substituição ao Ministério Público. Assim, “os esclarecimentos do juiz limitam-se às provas trazidas pelas partes”. (PACELLI, 2012, p.10).

Com tal sistema processual é possível chegar a uma solução justa, pois ao acusado é garantida a igualdade de condições, quando seus direitos são respeitados e ele não é considerado culpado até que se tenha uma sentença condenatória transitada em julgado.

No sistema acusatório o juiz não é o condutor da prova, mantendo assim, sua imparcialidade.

### **2.3. Sistema Processual Penal Misto**

O sistema processual misto, em uma análise mais simples, engloba tanto o inquisitivo quanto o acusatório. É o mesmo que dizer que em sua primeira fase apresenta-se de forma inquisitiva e em uma segunda fase de forma acusatória. Sobre a questão Nestor Távora ensina:

O sistema Misto tem raízes na Revolução Francesa. Caracteriza-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do Juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes [...] assim temos: Investigação Preliminar, a cargo da polícia judiciária; instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor e julgamento [...] sobre o crivo do contraditório e ampla defesa. (TÁVORA, 2009, p. 34).

Na primeira fase, tem-se a preliminar e a instrução preparatória na qual o juiz atua na investigação e na acusação. Na segunda fase, ele decide após dar ao réu o direito de defesa.

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor em 1942 havia o entendimento de que o sistema misto era o adotado em nosso país. Após a Constituição de 1988 houve uma alteração de entendimento, uma vez que no Texto Constitucional estão expressas as funções de cada órgão que participa do processo. A Constituição deixa claro que o sistema adotado em nosso país é o sistema acusatório.

Assim afirma Nestor Távora sobre a questão:

O Sistema Acusatório é o sistema adotado no Brasil. Tem por características fundamentais: separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferida a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado (TÁVORA, 2009, p. 34).

### **3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO ADOTADO NO BRASIL**

O sistema processual penal adotado no Brasil é o acusatório. Dentro do sistema, o órgão acusador é o Ministério Público e o órgão ao qual é atribuída a decisão é o Juiz: “não vemos como não se reconhecer, ou não vemos porque abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional”. (PACELLI, 2012, p. 15).

De acordo com Lima:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, Art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (ne procedat judex ex officio) e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público. (LIMA, 2013, p. 05).

Diante do sobredito não há como confundir qual tipo de sistema processual penal é adotado no Brasil.

Por outro lado, uma corrente minoritária de doutrinadores sustenta que o sistema processual adotado no Brasil é o misto, isso porque consideram que nosso sistema tem feições acusatórias e inquisitoriais.

Sobre o tema, Pacelli preleciona:

Alguns alegam que a existência do inquérito policial na fase pré-processual, já seria por si só, indicativa de um sistema misto; outros, com mais propriedade, apontam determinados poderes atribuídos aos Juízes no Código de Processo Penal. (PACELLI, 2012, p. 13).

O problema assentado na dúvida entre sistema acusatório e sistema misto, é facilmente resolvido tendo como argumento a definição de sistema processual, que de forma simples é definido como “o exame do processo, isto é da atuação do Juiz no curso do processo”. (PACELLI, 2012, p. 13).

Determinados doutrinadores consideram o inquérito policial (que é utilizado como meio de investigação sem a ampla defesa e o contraditório) como parte integrante do processo. É errônea tal afirmação, justamente porque o inquérito policial não pode ser considerado propriamente como processo, pois no inquérito não são vislumbradas as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório. Sequer há a presença atuante, como ocorre no processo, de um Juiz, do Ministério Público ou de um Defensor. Tanto é verdade, que para um decreto condenatório a lei exige que as provas sejam repetidas em juízo sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa, conforme art. 155 do CPP. Assim “[...] não se pode aceitar condenações fundadas em provas produzidas unicamente na fase de investigação. A violação ao contraditório e a ampla defesa seria manifesta” (PACELLI, 2012, p. 15).

Diante do demonstrado deve-se afastar qualquer tendência a considerar o sistema processual penal brasileiro como um sistema misto:

Todavia, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção e da não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. (LIMA, 2013, p. 5).

Por tais razões elencadas, resta claro que o sistema processual adotado pela legislação brasileira é o acusatório. O inquérito policial é um procedimento pré-processual de natureza

inquisitiva que tem por finalidade a investigação de fatos. É possível afirmar que o inquérito é inquisitivo, mas que ele não se confunde com o processo que é acusatório.

### 3.1. Princípios Processuais

Dentro do Sistema Processual Acusatório, vislumbra-se uma série de importantes princípios constitucionais. Tais princípios devem ser tratados com enorme atenção, devido a sua amplitude e alcance no que se refere a garantias individuais.

Assim, começa-se pelo Princípio Constitucional da Garantia da Tutela Jurisdicional, elencado no Art. 5º, XXXV da CR/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 2012, p. 9). Esse princípio implica no direito que todos têm de buscar o judiciário quando assim necessitar.

Não obstante, o Princípio da Garantia do Devido Processo Legal, descrito no Art. 5º, LIV, CF garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 2012, p. 10). Este é um princípio elementar do nosso ordenamento jurídico, no qual todos têm direito a responder um processo com todas as suas garantias, principalmente relacionado à ampla defesa, como se verifica no art. 5º, LV CF que prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 2012, p. 10).

A Constituição Federal garante a todos o acesso à justiça, conforme elencado em seu Art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”. (BRASIL, 2012, p. 11). Mesmo que o acusado não tenha condições financeiras de arcar com um advogado, ele não será desprovido de um defensor, pois o Estado lhe proporcionará um defensor público ou dativo.

É importante salientar a importância da presença de um juiz legalmente instituído que julgará de forma imparcial e independente, de acordo com os mandamentos do Princípio do Juiz Natural trazidos pelo art. 5º, XXXVII que descreve que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. (BRASIL, 2012, p. 9), que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (CR/88 LIII)”. (BRASIL, 2012, p. 10).

Diante do Estado juiz todos são iguais como impõe o art. 5º, *caput*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2012, p. 7).

Tal disposição apresenta-se como o Princípio da Garantia do Tratamento Paritário entre as Partes.

É importante frisar que dentro do processo, vige a presunção de inocência<sup>(3)</sup>, como descrito no art.5º, LVII, CF que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2012, p. 10). Mesmo assim, quando sobrevier sentença condenatória, ela será precedida de fundamentação, além de, em regra, todos os atos serem públicos, como posto pelo art. 93 IX, CF:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 2012, p. 38)

### **3.2. Previsão normativa e constitucional**

A Constituição é a lei maior em nosso ordenamento jurídico. Portanto, o legislador deve observar a Carta Magna antes da elaboração do texto das demais normas, garantindo assim a supremacia de nossa Constituição. Assim, já assinalamos em outra oportunidade:

Na análise de compatibilidade entre uma norma infraconstitucional face a constituição, deve-se escolher o sentido da norma que esteja em consonância com o padrão constitucional, descartando-se os demais sentidos inconstitucionais (VILAS BOAS NETO, 2013, p. 21).

Tal supremacia deve ser alcançada, a fim de que exista limites em relação ao poder do Estado, garantindo assim que os direitos e garantias individuais sejam preservados. O jurisfilósofo Hans Kelsen em seus ensinamentos afirmava a existência de uma norma fundamental, que implicaria na transformação do poder em direito, sendo que por meio dela, as demais seguiriam uma ordem normativa, passando a ter validade a partir da observância de

---

3 O Supremo Tribunal Federal julgou em outubro de 2016 as ADC 43 e 44 e por maioria de 6 votos a 5 disse que é possível a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que tenha sido julgada a apelação.



tal norma fundamental. Para ele o direito deveria prevalecer sobre o poder. Esta seria uma maneira de garantir a democracia, afastando assim, o autoritarismo. Para Kelsen, a norma fundamental era superior às demais e estas tornavam-se válidas se estivessem de acordo com aquela. Pode-se notar que a Constituição é a norma fundamental que organiza as demais normas, garantindo que o ordenamento jurídico tenha uma coesão.

Sobre a essência da majoração da norma constitucional:

Princípio da Supremacia da Constituição [...] afirmação da posição hierárquica da Constituição nas fontes do Direito [...] molde a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade nos casos em que a legislação ordinária conflita com a norma constitucional (VILAS BOAS NETO, 2013, p. 19).

O Código de Processo Penal, por ser uma lei anterior a nossa Constituição, teve suas normas recepcionadas pela ela. É importante ressaltar que todas as normas do nosso ordenamento jurídico devem adequar-se à Constituição, principalmente em se tratando de direitos fundamentais do homem, que estão expressos na Carta Magna. Assim, ensina:

De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988. (LIMA, 2013, p. 06).

É fundamental observar que em nossa Carta Magna estão expressamente descritas as funções de cada órgão. Em seu artigo 5º, XXXV, a CR/88 traz claramente que o responsável por dirimir os conflitos existentes será o Poder Judiciário. Este terá o poder jurisdicional, ou seja, será o único órgão que poderá julgar. No mesmo artigo, no inciso LV é dado ao réu o direito do contraditório e ampla defesa. No artigo 129, I, CF, fica claro a função privativa do Ministério Público de acusar. É importante lembrar que o próprio Código de Processo Penal, em seu Artigo 257, I, CPP, ressalta a função privativa do Ministério Público de promover a ação penal pública.

A Carta Magna traz em seu bojo as funções de acusar, defender e julgar, bem definidas, distinguindo a cada parte a sua respectiva função. Isso demonstra nitidamente que o nosso sistema processual penal adotado é o Sistema Acusatório, levando em consideração que

em caso de lei confrontante com a norma Constitucional, esta prevalecerá em razão do princípio da supremacia.

Além de tais definições, fica claramente expresso em nossa Constituição os princípios norteadores do Sistema Acusatório, que asseguram as garantias e direitos fundamentais do indivíduo. Portanto, o Código de Processo Penal Brasileiro, assim como as demais normas, para que tenham validade, devem estar em consonância com a Constituição: “[...] todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”. (SILVA, 2002, p. 46).

### **3.3. O Ministério Público como titular da ação penal**

Para tratar da inaplicabilidade do Art. 385 do Código de Processo Penal, não poderia deixar de tratar da titularidade do Ministério Público como órgão encarregado de promover a ação penal.

A nossa Carta Magna em seu Art. 129, I atribui o mister de promoção da ação penal ao Ministério Público: “A nova Constituição da República atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a propositura da ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada”. (CAPEZ, 2009, p. 114).

É importante esclarecer que há uma exceção à regra, ou seja, o Art. 5º, LIX traz a única exceção da não titularidade do Ministério Público na ação penal, *in verbis*: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (BRASIL, 2012, p. 10).

Ao Ministério Público também é aplicado o princípio da obrigatoriedade, que obriga o promotor a promover a ação penal.

No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o princípio da legalidade ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social (CAPEZ, 2009, p.115).

Outro princípio salutar inerente à atuação do Ministério Público é o Princípio da Indisponibilidade, segundo o qual ao Ministério Público não cabe a desistência quando oferecida a ação penal. Nessa perspectiva, o Art. 42 do Código de Processo Penal prevê: “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal” (BRASIL, 2012, p.558).

### 3.4. Divisão de funções entre Ministério Público e Estado-juiz

Dentro do Sistema processual adotado no Brasil, observa-se uma separação do órgão encarregado de acusar em relação ao órgão encarregado de decidir. Assim, o órgão encarregado de acusar é o Ministério Público e o encarregado de decidir é o Juiz. O Art. 129, I da Constituição Federal, exalta a função privativa da promoção da ação penal pública que é atribuída ao Ministério Público, *in verbis*: art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: I – Promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei”. (BRASIL, 2012, p. 48).

Ainda sobre o Ministério Público, Tourinho Filho ilustra:

O Ministério Público, diz o art.127 da CF, é a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 388).

O conceito trazido pelo doutrinador Tourinho Filho (2009) abrange tanto o Ministério Público da União, quanto o dos Estados. Compreende o Ministério Público da União: O Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

O Estado-juiz por sua vez, é dotado de algumas garantias, como por exemplo, a garantia da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de seu subsídio devendo obedecer também a alguns princípios como o princípio da investidura, onde só será investido na função de juiz, aquele que atender todos os preceitos legais (aprovação em concurso público de provas e títulos, etc.). Há também o princípio da indeclinabilidade ou da inafastabilidade, que dispõe como previsto no Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 2012, p. 09).

Outro princípio inerente ao juiz é o princípio da indelegabilidade, segundo o qual o magistrado não pode delegar sua jurisdição a outro órgão, pois se assim o fizesse, violaria o princípio da inafastabilidade. O princípio do juiz natural também é requisito, como dispõe a Constituição Federal no art. 5º, LIII, CF/88 que prevê que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. (BRASIL, 2012, p. 10).

Outro princípio importante a ser ressaltado é o princípio da inércia, pois o juiz deverá ser provocado para agir.

Tourinho Filho contribui assim dizendo:

Era preciso [...] que a composição, a solução do litígio, se fizesse de maneira pacífica e justa e ficasse a cargo de um terceiro. Era preciso, antes de mais nada, que se se trata de um terceiro forte demais, de modo a tornar sua decisão respeitada e obedecida por todos, principalmente pelos litigantes [...] Somente o Estado podia ser esse terceiro. Então o Estado avocou a tarefa de administrar a justiça [...] Daí se infere que, detendo ele o monopólio da administração da justiça, surgiu-lhe o dever de garanti-la [...] o Estado, por meio do juiz, [...] dita a resolução do conflito com força obrigatória. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 38).

Enfim, tanto o Estado-juiz, quanto o Ministério Público são órgãos necessários à instrução processual e à própria garantia da promoção jurisdicional. Frisa-se ainda que entre esses órgãos não há hierarquia e nem subordinação.

### **3.5. Artigo 385 do CPP como exceção a regra**

Diante do já comprovado Sistema Processual adotado no Brasil, ou seja, o Sistema Acusatório, fica o dever de comprovar também que o artigo 385 do Código de Processo Penal se mostra inaplicável tendo em vista que ele não coaduna com o sistema adotado pela legislação pátria.

O artigo supramencionado traz a seguinte 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. (BRASIL, 2012, p. 582).

O citado artigo, para uma melhor análise, será dividido em duas partes. Dessa maneira, começa-se o estudo pela primeira: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição”.

Ora, o sistema adotado no Brasil é o Acusatório e tem como característica mais marcante a divisão clara entre o órgão que acusa para o outro que julga:

O Sistema Acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação de defesa em igualdade de posições, e a ambas se sobrepondo um Juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui há uma separação das funções de acusar defender e Julgar (LIMA, 2013, p. 4).

Como pode o órgão destinado a julgar, que em tese deve ser dotado de imparcialidade, condenar mesmo que a absolvição tenha sido pedida pelo órgão encarregado de acusar?

Neste caso a parcialidade do Juiz fica bastante evidente, pois imagina-se que de um logicamente a defesa propõe a absolvição e do outro a acusação propõe também a absolvição. Não caberia, diante do salutar princípio da imparcialidade do juiz, além do enquadramento ao Sistema do Acusatório, outra sentença senão a absolutória. Porém a primeira parte do Artigo 385 do CPP dispõe da possibilidade/faculdade do juiz em condenar.

Outra disparidade anômala que o artigo 385 do CPP traz em seu bojo, está descrita na sua segunda parte: “bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada” (BRASIL, 2012, p.1298).

É um tanto extravagante pelo juiz o reconhecimento de agravantes sem a alegação de nenhuma das partes, pois para que seja possível a aplicação de agravantes e atenuantes na sentença, elas devem surgir dos debates das partes. Caso contrário não poderiam ser aplicadas.

#### **4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Como o presente trabalho trata da não aplicabilidade do art. 385 do Código de Processo Penal, é de suma importância trazer à análise, as formas de controle de constitucionalidade presentes em nosso ordenamento jurídico, a saber, o controle concentrado e o difuso. Isto se faz necessário porque uma das formas da não aplicabilidade do disposto no artigo 385 CPP é exercer o filtro constitucional.

O controle de constitucionalidade difuso se apresenta diante do caso concreto, no qual o indivíduo que se vê prejudicado ingressa com ação no primeiro grau de jurisdição, perante um juiz, tendo como preliminar de mérito a própria inconstitucionalidade da norma. Caso o juiz entenda que a norma realmente é inconstitucional, o efeito de tal decisão será apenas entre as partes do processo.

Já no controle de constitucionalidade concentrado, a análise da inconstitucionalidade não se limita a um caso concreto, abrangendo todas as situações que possam surgir em decorrência da norma. Procede-se à verificação de compatibilidade com a Constituição da norma como um todo. Compete ao STF o controle da adequação do ordenamento jurídico à Constituição Federal, que pode ocorrer por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental (ADPF) ou pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Nesse sentido as cortes tem tido entendimentos não uniformes sobre a questão da não aplicabilidade do art. 385 CPP. Vejamos:

Data de publicação: 26/04/2013

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 241 DO ECA. CONDENAÇÃO PAUTADA EM ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE, NA PRESENTE VIA RECURSAL. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO PARQUET. NÃO VINCULAÇÃO DOMAGISTRADO. DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ART. 385 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O simples reexame de provas é inviável na via do recurso especial (Súmula 7/STJ). 2. O pedido de absolvição do denunciante não vincula o julgador, que tem liberdade de decidir de acordo com seu livre convencimento. 3. Agravo regimental improvido. (STJ, 2012).

Data de publicação: 03/04/2012 Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TESE DE INOCÊNCIA QUANTO À PRÁTICA DOS DELITOS. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO PELO JUIZ E PELO TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP. 1. O exame da tese de falta de provas, com vistas à absolvição do Paciente, consubstanciada na sua inocência quanto ao delito pelo qual foi condenado em primeira e segunda instâncias, demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreitada writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria. 2. O fato de o Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, nas alegações finais e nas contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, por força do princípio do livre convencimento motivado, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal. 3. Ordem denegada. (STJ, 2011).

Data de publicação: 19/07/2013 Ementa: APELAÇÃO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. CREDIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 226, II, CPP. FATO NÃO DESCRITO NA PEÇA ACUSATÓRIA. INCABÍVEL A APLICAÇÃO DO ART. 385 DO CPP. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072 /90. MANTIDA A PRISÃO PREVENTIVA. I. Comprovadas a existência do fato e a autoria, impõe-se a condenação. Caso dos autos em que o acusado

adentrou o quarto da vítima enquanto ela dormia, tapou-lhe boca, tirou sua roupa e praticou o estupro. Palavra da vítima, corroborada por depoimento judicial da genitora e auto de exame de corpo de delito (fl. 33). II. Descabe a aplicação do major ante prevista no inciso II do art. 226 do Código Penal, porquanto o fato de o acusado ser irmão da vítima não foi mencionado na peça acusatória. Ademais, o reconhecimento pelo magistrado, de ofício, previsto no art. 385 do Código de Processo Penal, só pode ser utilizado em relação às atenuantes. III. A natureza hedionda do crime de estupro não tem força suficiente para determinar o cumprimento de pena em regime inicial fechado, ante a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da lei nº 8.072 /90. Precedentes do STJ e do STF. II. Caso dos autos em que ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ou outro fato que justifique a fixação de regime mais gravoso que o previsto em lei para a pena a qual foi condenado - 08 (oito) anos de reclusão. IV. O réu deve seguir em custódia preventiva, considerando que respondeu a todo o processo preso e sobreveio aos autos sentença condenatória, ora mantida, além do montante da pena imposta e a gravidade dos fatos narrados nos autos. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70052560760, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 19/06/2013) (TJ, 2013).

## 5. CONCLUSÃO

Diante dos fundamentos levantados neste trabalho, conclui-se que a aplicabilidade do art. 385 do CPP não está em conformidade com a legislação pátria, pois esse artigo vem em confronto com o sistema processual penal brasileiro. Além disso, é extremamente descabido atribuir ao Juiz uma função que privativamente pertence ao Ministério Público, pois quando o Juiz, a luz do Art. 385 do CPP, condena, mesmo que o “parquet” peça a absolvição, ele estará invadindo uma competência exclusiva do promotor, a saber, a função de acusar.

O Juiz deve pautar sua conduta pela imparcialidade, devendo simplesmente conduzir o processo para que no final, diante de todos os fatos e provas, possa decidir o conflito. O Sistema Processual adotado no Brasil é o Sistema Acusatório, assim, as funções de acusar e decidir são exercidas por órgãos diferentes (Ministério Público acusa – Juiz decide). Desta maneira, o art. 385 CPP não se identifica com esse sistema e muito menos com o princípio da imparcialidade do Juiz, não devendo ser aplicado no processo penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo** nº1358590. Santa Catarina: STJ, 2012. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23112353/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1358590-sc-2012-0267135-2-stj/relatorio-e-voto-23112356> >. Acesso em: 05 fev. 2014.

BRASIL, **Vade Mecum Compacto**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 2293331. São Paulo, 2011. Disponível em: < . <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21558847/habeas-corpus-hc-229331-sp-2011-0310013-8-stj> >. Acesso em: 05 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70052560760, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 19/06/2013) (TJ, 2013).

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DICIONÁRIO PRIBERAM. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/inquisitivos>. Acesso em: 20 set. 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual**. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

TOURINHO. FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **Apostila de Hermenêutica Constitucional**. Betim: [S.n ], 2013.