

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO ADOTADO PELA CF/88

Thiago Góes de Oliveira¹
Prof. Fábio Moreira Ramiro²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar se há invalidade ou não do artigo 385 do CPP frente ao sistema acusatório amparado pela Carta Magna. No sistema processual penal brasileiro, na ação penal pública, por imposição de política criminal, vige a indisponibilidade da atuação do Ministério Público, o que faz suscitar divergências quanta a vinculação do pedido de absolvição requerido pelo *parquet* ao magistrado no momento de proferir a sentença. Por outro lado, também persiste o entendimento de que o Ministério Público, ao sustentar a inocência do réu, o faz em razão de ser o titular da ação penal, dispondo sobremaneira da pretensão acusatória, condição que vincularia o julgador em sua decisão. Para o desenvolvimento do tema versado, inicialmente se fez necessário o estudo sobre os aspectos do sistema acusatório, analisando os seus princípios balizadores. Após, foi realizado ainda o estudo das tarefas dentro de um processo penal nos delitos de iniciativa pública, o de acusar e julgar, exercido por dois órgãos diferentes, como também delineando qual seria o objeto do processo penal e sua relação com o princípio da indisponibilidade.

Palavras-chave: Sistema acusatório. Constituição Federal. Ministério Público. Juiz. Absolvição. Sentença. Objeto do processo penal.

ABSTRACT: This present work has as main goal to demonstrate if there is or not invalidity about CPP's article 385 according to the accusatory system adopted by Carta Magna. In the brazilian penal procedure system, in the public penal action, by imposition of criminal policy, there is a unavailability of public prosecutor's office attuation, what make evoke divergences about the connection of absolution request required by *parquet* to the magister at the moment of veredict's utterance. Otherwise, also persists the understanding that the prosecutor's office , when sustains the defendant's innocence, does it by the reason of being the penal action titular, having total domain about de accusatory pretension, condittion that would vinculate the judge in your decision. For the versed topic development, at first, is necessary the study about accusatory system's aspects, analyzing its basing principles. After, was accomplished the tasks' study inside of the penal proceedings in the crimes of public initiative, accuse and judge, by two different institutions, like also outlining which would be the object of the penal's proceeding and your relationship with the unailvalibity principal.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador. E-mail: thiago_goesbr@hotmail.com

² Professor da Universidade Católica do Salvador.

Keywords: Accusatory system. Federal Constitution. Prosecutor's office. Judge. Absolution. Veridict.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. O SISTEMA ACUSATÓRIO DA CARTA MAGNA E SEUS PRINCÍPIOS INFORMADORES. 1.1 Princípio da Imparcialidade do Juiz 1.2 Princípio da Igualdade das Partes 1.3 Princípio do Contraditório 1.4 Princípio da Congruência 2. A ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: DIVISÃO DOS PODERES DO ÓRGÃO ACUSADOR E JULGADOR 3. O OBJETO DO PROCESSO PENAL X A INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. 3.1 Violação ao princípio da congruência 4.CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, busca-se demonstrar a invalidade do artigo 385³ do CPP conforme o sistema processual penal adotado pela Carta Magna, qual seja o sistema acusatório.

Assim, o presente estudo visa estabelecer as delimitações dos direitos de acusar e punir nos delitos de ação penal pública, realizada pelo Estado por meio de dois órgãos diferentes: o Ministério Público e o Julgador.

Diante da insegurança jurídica vivida nos últimos anos, imprescindível a satisfação de uma criteriosa análise acerca dos direitos e garantias fundamentais propostos pelo Estado Democrático de Direito, verificando se o mencionado artigo encontra respaldo na lei constitucional.

Destarte, como se trata de matéria de grande relevância jurídica e social, pois o direito penal estabelece a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado, faz-se necessário a construção desta pesquisa científica.

O modelo do sistema acusatório constitucional possui distinção clara entre a tarefa de acusar e julgar e, por isso, é aconselhável que em nenhum momento da fase processual, pode o magistrado ter poderes anteriormente ligados ao órgão acusador.

³ 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.

Nesse caso, se discute a possibilidade do juiz desconsiderar o pedido de absolvição requerido pelo *parquet*, proferindo sentença condenatória a partir do seu livre convencimento motivado.

Por outro lado, como vige a indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público no ordenamento jurídico processual, existem divergências na doutrina quanto à vinculação do sobredito pedido ao juiz no momento de proferir sua decisão, o que pelo entendimento de alguns autores caracterizaria desistência da ação penal.

Assim, pretende-se ainda fixar com o presente trabalho qual seria o objeto do processo penal, esclarecer a necessidade da pretensão acusatória (pelo MP) para o nascimento do poder punitivo estatal, observando os ditames do sistema acusatório perfilhado pela CF/88.

No mais, busca-se analisar se o artigo 385 do CPP viola variados princípios do processo penal, instituídos pelo sistema acusatório, quais sejam o da imparcialidade do juiz, igualdade das partes, o contraditório e o da congruência, pondo-se relevante abordagem sobre a estrutura dialética do processo.

O método de pesquisa utilizado no presente artigo foi baseado numa análise doutrinária, colhendo ensinamentos em livros, manuais, artigos do âmbito jurídico, bem como nos dispositivos referentes aos assuntos constantes na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, condicionando o enfrentamento das informações coletadas com a matéria versada pelo autor.

No primeiro capítulo do desenvolvimento, foi analisado o próprio sistema acusatório adotado pela CF/88, individualizando os princípios que dele se extraem.

No segundo capítulo do desenvolvimento, elaborou-se a análise da separação das tarefas entre os sujeitos processuais, delimitando o poder de cada órgão presente no processo penal, de acordo com o sistema acusatório, levando-se em consideração o estudo daqueles artigos que contrariam este modelo instituído.

No terceiro capítulo do desenvolvimento, foi proposta uma confrontação entre o objeto do processo penal com a indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública, abarcando uma análise na Carta Magna e o sistema perfilhado, bem como nos artigos processuais que seriam contrários ao texto constitucional, conceituando as pretensões jurídicas existentes no processo penal.

Foram, assim, apresentados entendimentos favoráveis e contrários à possibilidade do Julgador de desvincular-se do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público no momento de proferir a sentença condenatória.

1. SISTEMA ACUSATÓRIO DA CARTA MAGNA E SEUS PRINCÍPIOS INFORMADORES

Prefacialmente, antes de aprofundar sobre a ideia do sistema acusatório tratado na Constituição Federal, é de suma importância ter conhecimento de que a doutrina majoritária vislumbra um sistema de natureza mista, extraída a partir da estrutura dialética do processo no *códex* processual vigente.

Assim assinala Eugênio Pacelli:

A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais. 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 como a justificativa da conceituação antes mencionada (2013, p.13).

Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima exemplifica da seguinte forma:

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade (2016, p.41).

Na maioria da opinião dos juristas pátrios, a questão de haver uma fase preparatória de caráter inquisitivo (investigação preliminar pela autoridade policial), sem a necessidade de efetivação do contraditório e ampla defesa e, posteriormente, com a fase processual de “predominância” acusatória, tendo em regra a separação das funções de acusar, defender e julgar, caracterizaria a existência do sistema misto no processo penal brasileiro.

Não obstante, há ainda pensamento diverso, embora minoritário, indagando que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório. Malgrado uma grande parcela de autores se refira que o sistema brasileiro é misto, conclui-se que a fase processual não é acusatória, mas, sim, neoinquisitória,

convencionando que o princípio informador é o inquisitivo, na medida em que a iniciativa probatória está no poder judicante (LOPES JUNIOR, 2018, p. 47).

Nesta linha teórica acima esposada, a caracterização do modelo de sistema processual não se manifesta devido à presença de duas fases distintas (inquisitiva e acusatória), mas, tão somente, pela análise da postura do magistrado conduzindo o processo e, por isso, caso o julgador se aproxime da iniciativa e gestão das provas, a consequência será a imparcialidade de julgar deste.

Com efeito, Aury Lopes Júnior aponta que:

Para esta estrutura dialética (*actum trium personarum*), a posição do juiz é crucial para o (des)equilíbrio de todo o sistema de administração da justiça (e do processo, por elementar). Se a imparcialidade é o Princípio Supremo, deve ser compreendido que somente um processo penal acusatório que mantenha o juiz afastado da iniciativa probatória, cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial (2017, p. 140).

Em síntese, permitido a ciência do leitor do raciocínio doutrinário, malgrado conste no atual texto do Código de Processo Penal, faz-se necessário proceder a uma filtragem constitucional dos dispositivos que contrariem o sistema acusatório, pois são integralmente inconstitucionais, tendo sido derivados dentro de um contexto autoritário (inspirado no modelo fascista italiano), portanto, contrárias à dignidade da pessoa humana.

“Esta divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores corre o risco torná-la uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto”. (FERRAJOLI, 2010, p. 785)

Além do mais, em tempos de insegurança jurídica, quando garantias fundamentais estabelecidas na CF/88 são suprimidas pelo próprio poder jurisdicional, vide julgamento do HC 126.292/SP no STF, não se pode considerar o processo penal a partir de uma visão específica da lei ordinária, mas, sim, de forma incondicional sobre os valores democráticos da Carta Magna, a qual se alinha mais ao sistema acusatório.

Segundo Geraldo Prado, a Carta Magna incondicionalmente deve ser o parâmetro para democratizar o processo penal brasileiro, tendo em vista a sua dimensão de zelar a manutenção (ou restrição) de uma garantia fundamental (a liberdade):

Nesse caso, indissolúvel a premissa de que a Constituição da República define a estrutura democrática sobre a qual há que existir e se desenvolver

o processo penal, forçado que está – pois modelo pré-constituição de 1988 – a adaptar-se e conformar-se a esse paradigma (1999, p. 51).

Adverte, também, no mesmo sentido, Aury Lopes Junior:

O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941 (2017, p. 33/34).

O sistema acusatório caracteriza-se pela formação do *actum trium personarum*, ou seja, a presença de partes distintas na fase processual, quais sejam a função de acusar, defender e julgar, igualando-se as condições entre acusação e defesa, mantendo-se de antemão o juiz como um terceiro imparcial e equidistante às partes.

Para tanto, verifica-se que para respeitar o sistema processual indicado, é fundamental facultar a iniciativa probatória às partes, afastando-se sobremaneira a participação do magistrado na investigação preliminar/instrutória, preservando o princípio supremo do processo penal: a imparcialidade do julgador.

No procedimento de caráter acusatório, a oralidade predomina na sua estrutura, além de possuir plena publicidade nos atos processuais, ou melhor, de sua maior parte. Deve-se atentar, também, pela efetivação do contraditório e a ampla defesa, mostrando-se o Estado-juiz como um terceiro imparcial, adequando o método de apreciação das provas ao do livre convencimento motivado - condicionando o magistrado, no caso concreto, a eleger a prova mais robusta e que menos irrefutável se mostre, obliterando-se sobre o sistema de tarifação da carga probatória.

Nesta senda, para conciliar decisões justas e evitar arbitrariedades na interpretação da lei, é importante que haja a possibilidade de impugnar as decisões, exercendo o duplo grau de jurisdição, reexaminando e readequando às sentenças nulas de acordo com as normas vigentes.

Neste viés intelectual, assenta o jurista italiano Luigi Ferrajoli da seguinte maneira:

Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção (2010, p. 519/520).

O sistema acusatório configura-se como um norteador do moderno processo penal, conforme se observa da presente pirâmide social e política do Estado. No momento da prolação da sentença, não há dúvidas de que o referido sistema protege a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz, efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana ao acusado estatuído na Constituição Federal, elevando-o como parte do processo penal e não mais como um mero objeto (LOPES JUNIOR, 2017, p. 146).

Acrescente-se, por oportuno, que, o julgador possui função relevante dentro do processo: a de garantidor da aplicabilidade dos direitos fundamentais do acusado estatuídos na Carta Magna. O poder jurisdicional controla os excessos praticados pelo Ministério Público na ação penal pública, evitando as acusações infundadas, potencializando, assim, a eficácia do sistema de garantias constitucionais.

Neste sentido, impende assinalar que, considerando a posição de garantidor atribuído ao magistrado, por decorrência lógica, este não deve promover condutas violadoras do sistema acusatório e, por isso, de forma inexorável, deve garantir a sua imparcialidade, ignorando os dispositivos processuais substancialmente inconstitucionais.

“No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais”. (LIMA, 2016, p. 40)

A Constituição não prevê expressamente (mas implicitamente) a adoção ao sistema acusatório, porém, em razão de específicos artigos e os diversos princípios constitucionais contidos, é que se denota a opção do legislador ao referido sistema.

Desta forma assevera Renato Brasileiro de Lima:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, 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 iudex 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 (2016, p. 40).

Nesta mesma senda intelectual, Geraldo Prado sintetiza com precisão a estrutura dialética de um processo que segue as premissas do sistema acusatório conforme a CF/88:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade no processo, pelo menos como regra para as infrações penais de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que filiou-se, sem dizer, ao sistema acusatório (1999, p. 171).

Ver-se-á, então, que, de qualquer ângulo de interpretação, abstraindo os ensinamentos expostos no texto constitucional e, conciliando os preceitos garantistas consubstanciados da valorização democrática impulsionada pela lei maior, chega-se a conclusão ao modelo acusatório perfilhado.

A CF/88 explicitamente garantiu a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público no artigo 129, inciso I⁴, e, depois de instaurada a ação penal, o processo resta estabelecido, assegurando ao acusado a observância da aplicação das garantias e direitos fundamentais que lhe são inerentes pelo juiz.

Dito isto, impossível pensar no sistema acusatório sem a efetiva adequação do contraditório e da ampla defesa, sem a separação dos sujeitos processuais, preservando a dignidade da pessoa do acusado ao um devido processo legal, e, como um dos mais importantes, sem garantir a imparcialidade do juiz, expurgando a figura do juiz-inquisidor no cenário processual.

Conforme se pode perceber, todas as características supramencionadas estão asseguradas na Carta Magna, estando pontuadas a partir das explanações do princípio acusatório que deveria reger o processo penal brasileiro.

1.1 Princípio da Imparcialidade do Juiz

Um dos princípios mais importantes derivado do sistema acusatório – a imparcialidade do julgador –, representa a condição essencial para o

⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

desenvolvimento de um processo justo, além da delimitação específica das funções entre os entes processuais, não ocorrendo confusões nas atribuições de cada sujeito durante as fases do processo.

Para Aury Lopes Júnior, a simples separação entre o acusador e julgador para estabelecer o sistema acusatório revela-se reducionista e, assim, o mencionado autor considera outros requisitos:

É isso que precisa ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para constituição do sistema acusatório no modelo constitucional contemporâneo. É um erro separar conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade (2018, p. 64).

Desta forma, e não há razão para ser diferente, é que se impõe a proibição do juiz à iniciativa probatória, extirpando a figura do juiz-ator/instrutor, característica do sistema inquisitório.

É importante que o julgador esteja alheio aos interesses das partes na causa, ou seja, que permaneça equidistante às partes, exercitando um posicionamento para além dos seus interesses, a fim de ter o suporte necessário para valorar o conjunto probatório produzido.

Nessa esteira, ensina Geraldo Prado com técnica singular:

A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório, de sorte a avaliar imparcialmente, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia ou queixa, se há justa causa para ação penal, isto é, se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade do acusado (1999, p. 153).

Por certo, faz-se necessário que o magistrado desvincule qualquer interesse na causa (seja público ou institucional), porquanto somente dessa maneira viabilizará a sua imparcialidade. Nesse caso, imprescindível afastar-se do interesse acusatório, olvidando-se de exercer dupla função no processo – acusador e julgador –, característica esta marcante no sistema inquisitório e, mesmo que equivocadamente, no procedimento misto (FERRAJOLI, 2010, p. 536).

A respeito da atuação do magistrado, Vladimir Aras nos ensina que:

Já a imparcialidade do juiz tem natureza objetiva e subjetiva, o que afasta o julgador do papel de catalizador ou de propulsor da pretensão punitiva. Mesmo que subjetivamente se convença da responsabilidade criminal do acusado, o juiz estará objetivamente vinculado ao dever de isenção, que deriva do seu papel de terceiro desinteressado (inclusive no tocante à condição da ação “interesse de agir”) (2013, p. 03).

Neste sentido, nos casos em que o Ministério Público for titular da ação penal, e, ao postular a absolvição do réu, o julgador, ao proferir a sentença condenatória, na hipótese de entender diametralmente oposto ao pedido do *dominus litis*, estará violando o princípio da imparcialidade, porquanto exercerá simultaneamente as funções de acusador e julgador, salientando que não há mais a pretensão acusatória anteriormente perseguida quando do oferecimento da denúncia pelo MP.

O óbice para o magistrado não poder se desvincular ao pedido de absolvição do *parquet* decorre justamente do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois no momento em que o órgão acusador requer a absolvição do réu, sequer existe mais a invocação acusatória – necessária para a aplicação do poder punitivo estatal (*nullum iudicium sine accusatione*) –, e, sem ela, o juiz agirá de ofício caso condene o acusado.

“Quando o juiz de direito discorda da posição ministerial sobre a absolvição, torna-se parcial e assume automaticamente a figura de acusador, que não é admissível no direito acusatório moderno”. (MAIA NETO, 2008, p. 463)

1.2 Princípio da Igualdade das Partes

O princípio ora em análise dimana do princípio do devido processo legal disposto no artigo 5º, LIV⁵ da CF/88, além do *caput* e inciso I do mesmo artigo (direito à igualdade), e tem como finalidade equiparar as condições conferidas às partes (acusação e defesa), buscando um combate leal entre os interesses sobrepostos.

Nesta senda, o jurista italiano Luigi Ferrajoli explica:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações (2010, p. 565).

⁵Art. 5º 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:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

É imperioso ter igualdade no tratamento dado aos sujeitos do processo, a capacidade de produção da prova deve manter-se em equidade de condições, possibilitando à defesa, parte mais desfavorecida na relação processual, o acesso a meios processuais equivalentes ao que o Ministério Público possui na ação penal pública, incidindo de duas maneiras a igualdade: a formal e a material.

Malgrado na prática forense o princípio da paridade das armas ser violado de forma constante, não só em razão da quantidade elevada de órgãos e instituições que se encontram do lado acusatório no inquérito policial e na fase processual, bem como a possibilidade do julgador produzir a prova de ofício se imiscuindo na posição de acusador, a igualdade das partes é um pressuposto lógico para a justa solução do caso penal e efetivação do sistema acusatório.

Assim sendo, para a realização da justiça no caso penal, antes de tudo e durante todas as fases do procedimento, se faz imprescindível o tratamento igualitário entre as partes, dando a devida atenção aos direitos individuais do acusado, por ser o sujeito mais indefeso perante o poder do Estado.

Neste diapasão, quando o magistrado desconsidera o pedido absolutório do *dominus littis* e profere sentença condenatória, aquele juiz sem sombras de dúvidas age de ofício para, de uma só vez, se invocar na figura de acusador-julgador, desequilibrando dessa maneira a paridade de armas no processo.

1.3 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório está garantido no art. 5º, inciso LV⁶, da Constituição Federal que dispõe “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Na clássica lição do autor Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1973, *apud* LIMA, 2016, p.49), sempre se compreendeu o princípio do contraditório como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.

⁶Art. 5º [...]

LV - 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;

Nesta diretiva, o exercício do contraditório é sinalizado pela confrontação das provas e atos praticados no curso do processo, possuindo, portanto, dois elementos essenciais: direito à informação e direito à participação.

Compreende-se, então, que, devido a sua importância no processo penal, caso haja inobservância do princípio em comento, com força de gerar prejuízo ao acusado, implicará categoricamente em nulidade absoluta do ato viciado.

Para Fernando Costa Tourinho Filho, o acusado deve dispor integralmente do direito à defesa e ao contraditório, condição primordial para sustentar uma sentença condenatória:

Aliás, em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação a quem se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando assim possa ser condenado sem ser ouvido (2012, p. 72/73).

Das lições de Tourinho Filho acima expendidas, depreende-se que caso não haja a efetivação do contraditório, o magistrado restará impedido de condenar o acusado, tendo em vista a violação ao direito de defesa deste e, relacionando ao tema sob análise, quando o *dominus lictis* requer a absolvição do réu nas alegações finais, inexistente nesse momento a pretensão acusatória – objeto do processo penal –, não havendo matéria vasta para o efetivo exercício do contraditório, portanto, surgirá total impedimento do julgador em proferir decisão condenatória.

Desta feita, assevera-se que não há possibilidades de subtrair do acusado o direito de debate dos interesses antagônicos do processo, sobretudo quando a Constituição Federal adota o sistema acusatório, desqualificando assim a sentença condenatória que violar o princípio do contraditório.

O contraditório contém duas percepções interligadas, culminando no direito à informação como um propulsor para o direito à reação (igualdade de tratamento e oportunidades) e, para o julgamento de mérito conforme o ordenamento jurídico, essencial à produção da totalidade dos atos procedimentais vigentes, tendo inequivocamente a participação das partes (LOPES JUNIOR, 2018, p. 39).

Nesta diretriz, caminha Luigi Ferrajoli, sublinhando que a defesa é instrumento crucial no sistema acusatório, com finalidade de refutar as provas e contraprovas, impondo o contraditório como exercício controlador às hipóteses antagônicas existentes no processo penal:

A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do

método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas (2010, p.564).

Salienta-se, então, que, as provas que não foram objeto de contraditório serão desconsideradas pelo magistrado na sua decisão, sobrelevando-se esse entendimento quando o órgão acusador pugnar pela absolvição do réu nas alegações finais, ao passo que fulminará o efetivo exercício do contraditório garantido ao acusado, sendo nula a sentença condenatória proferida neste caso.

2. A ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: DIVISÃO DOS PODERES DO ÓRGÃO ACUSADOR E JULGADOR

No sistema acusatório, vislumbra-se uma característica marcante que o diferencia do sistema inquisitório – a separação dos poderes constituintes do processo aos sujeitos integrantes –, conferindo detalhadamente o campo de atuação de cada órgão: acusação, juiz e réu.

Neste evoluir argumentativo, os sujeitos processuais possuem atividades delimitadas e, durante o processo penal, veda-se a ampliação dos poderes, como, por exemplo, a atividade instrutória por parte do magistrado, ou seja, atuando também como acusador.

Nesta diretiva, aduz Luigi Ferrajoli que:

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente, é a separação entre juiz e acusação. [...] ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado (2010, p.522).

Uma parte majoritária dos doutrinadores possui entendimento de que a separação das tarefas entre acusação e juiz é ponto determinante para distinguir os sistemas, sendo este um relevante aspecto do sistema acusatório. Entretanto, o mencionado requisito, por si só, não deve ser considerado como o único critério, quando na verdade há uma estrutura procedimental que diferencia os sistemas: como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades (LOPES JUNIOR, 2017, p. 161).

E o sobredito autor, Aury Lopes Júnior, prossegue sintetizando uma das importantes características do sistema acusatório, qual seja a separação das atividades de acusar e julgar, destacando, no entanto, que este requisito não pode ser considerado o único para adoção do mencionado sistema:

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e, depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora (...) (2017, p. 162).

Assim sendo, a Carta Magna expressamente prevê de forma privativa a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público (artigo 129, inciso I, CF/88), instituindo-o como órgão acusador para a exclusiva iniciativa probatória, objetivando assim a pretensão acusatória e, ao fim da instrução processual, se obtido sucesso quanto ao ônus da prova, pugnará pela condenação do acusado.

O ônus probatório é atribuído ao Ministério Público na ação penal pública, possuindo o poder acusatório com a disponibilidade de diversos meios de provas, a fim de proceder em face do réu, cabendo à defesa o ônus probatório defensivo, caso seja necessário conforme a instrução processual de cada situação.

Segundo Vladimir Aras, o juiz necessita manter a sua imparcialidade afastando-se sobremaneira da função de acusação:

No modelo acusatório, a separação entre as figuras do promotor e do julgador exerce uma dupla função de garantia, de modo que um cidadão não seja acusado senão pelo seu promotor natural e julgado por um juiz imparcial. Não cabe ao juiz assumir o papel de acusador em qualquer das etapas do procedimento, sob pena de afastar-se da missão que lhe reservam a Constituição (art. 5º, incisos XXXVII e LIII) e os tratados, especialmente o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14) e o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º) (2013, p.1).

Nesta senda intelectual, além de ter sido mencionado alhures, a iniciativa probatória pelo julgador afeta substancialmente a sua imparcialidade decisória, somente podendo se manifestar quando for devidamente provocado, portanto, entende-se que a tarefa do magistrado no processo penal é de observar as garantias constitucionais outorgadas ao réu; e julgar conforme o seu convencimento diante das provas carreadas aos autos.

Não obstante, o julgador deve manter distanciamento em relação às partes em causa, sendo incumbido de assegurar o devido processo legal, garantindo a paridade de armas com a elevação da parte passiva, pois para a viabilização do

princípio da isonomia processual no modelo acusatório, faz-se necessário tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

A obsessão pela ultrapassada verdade real não assegura ao juiz a qualificação de órgão acusador, atraindo para si poderes investigatórios com a finalidade de, a qualquer custo, obter uma suposta comprovação da autoria e materialidade do fato, levando-o ao processo uma prova totalmente arbitrária, violando unilateralmente o princípio constitucional da presunção de inocência.

Como bem assevera Aury Lopes Júnior, atualmente a verdade real mostra-se ultrapassada no plano do processo penal brasileiro, ainda quando a própria lei constitucional propõe o sistema acusatório:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor) (2018, p. 372).

Dessa forma, convém sublinhar que a atuação das partes (acusador e o réu), no processo penal, deve se caracterizar pela tarefa de convencer o julgador a partir das provas produzidas sob o manto do contraditório, observando as regras do devido processo legal, amoldando-se, por derradeiro, ao sistema acusatório de ser.

“No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão/poder de revelar uma verdade” (LOPES JUNIOR, 2018, p. 376).

3. O OBJETO DO PROCESSO PENAL X A INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA.

Pormenorizada a discussão acerca da adoção do sistema acusatório pela Carta Magna de 1988, consubstanciando indagações conquanto a leitura do Código de Processo Penal vigente a uma interpretação sistemática da lei constitucional, cuja qual propõe uma adequação ao sistema acusatório democrático, por meio de um sistema de garantias e normas preestabelecidas, é que se infere a impossibilidade (ou não) do juiz, na ação penal pública, proferir sentença condenatória, quando o MP requerer a absolvição do acusado.

Neste capítulo, é de suma importância tratar sobre dois temas correspondentes e, que, ao final, influencia na inconstitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, demonstrando a superioridade argumentativo-jurídica da *quaestio juris* do objeto do processo penal em relação à indisponibilidade da ação penal pública.

Pois bem, vige no processo penal brasileiro, mais precisamente no artigo 42⁷ do CPP, uma das regras da ação penal de iniciativa pública, qual seja a indisponibilidade, propondo que uma vez iniciado o processo, o Ministério Público fica impedido de desistir dele, ou seja, não teria o condão de dispor da ação penal.

O princípio da indisponibilidade da ação penal pública ora sob comento, seria consequência lógica do princípio da obrigatoriedade, pois o entendimento é que se o MP é obrigado a oferecer denúncia sempre que visualizar as condições da ação (*fumus comissi delicti* e *justa causa*), também estaria vedado a dispor ou desistir do processo em curso.

Por tais razões, uma parcela significativa da doutrina pátria alinha-se no sentido oposto à vinculação do magistrado ao pleito ministerial de absolvição nas ações penais públicas, compreendendo que a citada atuação do MP viola o princípio em análise, pois este órgão estaria senão dispondo da ação penal em curso.

Leciona no mesmo sentido Guilherme de Souza Nucci:

Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos primas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (2014, p. 613/614)

Segundo Fábio Bergamin Capela, além de compactuar com a sobredita manifestação elencada, o referido autor exterioriza a tese de que o *parquet* acumularia a função de acusador-julgador, caso o pedido absolutório formulado nas alegações finais vinculasse o poder jurisdicional:

Portanto, se, contrariamente ao disposto no estatuto adjetivo, o pedido de absolvição do *parquet* vinculasse a atividade jurisdicional, o recurso do Ministério Público pleiteando a absolvição também vincularia o Tribunal. E, imagine quão absurdo seria o caso de, ocorrendo sucessão entre membros do Ministério Público, o primeiro atuando até o ato das alegações finais requestando a condenação e o segundo, assumindo a causa depois da sentença condenatória, formulasse outra *opinio delicti* e entendesse que era caso de absolvição, pedindo-a, tempestivamente, via recursal ao juízo *ad*

⁷ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

quem. De nada adiantaria a referida sentença condenatória do juízo *a quo*, porquanto em decorrência da alteração de entendimento da instituição do Ministério Público, a absolvição seria decidida por esta e não pelo Judiciário, uma vez que o recurso vincularia o Tribunal (2007, p. 78).

Para Eugênio Pacelli, malgrado o seu posicionamento garantista, mormente quando perfilha entendimento para a necessidade de uma leitura constitucional sobre o ultrapassado Código de Processo Penal de 1941, culmina por resguardar a disposição do artigo 385 do CPP, opinando pela sua constitucionalidade por proteger os direitos fundamentais do acusado:

[...] Eis que aqui regra expressa quanto à não exclusividade da imposição de resposta penal em mãos do autor da ação, no horizonte de um Direito Penal de *ultima ratio*, destinado à proteção de direitos fundamentais. A opção de nossa legislação foi a adoção do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade, segundo o qual o Ministério Público deve agir movido pela objetividade (critérios da Lei). Pudesse ele retirar a acusação – se manifestando pela absolvição – não se conteria o juízo de discricionariedade, com violação ao modelo escolhido (da obrigatoriedade da ação) (2013, p. 14).

“Por questão de política criminal, o modelo brasileiro adota o princípio da legalidade e indisponibilidade (agora mitigados nos crimes de menor potencial ofensivo) e não oportunidade” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 257).

De outro ângulo de vista, ao compreender o objeto do processo penal, concluindo ser a pretensão acusatória, sendo o MP o titular da referida pretensão, é pressuposto lógico ter o pleno domínio do exercício deste direito, tendo em vista a sua titularidade e, por causa do princípio da indisponibilidade, surgem limites à atuação e persecução penal do *parquet*.

Nesta concepção doutrinária, nos ensina Cândido Furtado Maia Neto:

Quando o Ministério Público delibera pela absolvição, significa o mesmo que “retirar a acusação”, em outros termos, o mesmo que a desistência penal da ação penal, por ilegitimidade de causa, carência de pressupostos processuais e falta de interesse estatal para continuar com a *persecutio criminis*. Tranca-se a ação penal, porque o órgão ministerial não pretende mais exercitar o *ius persecuendi* e o *ius puniendi*. Assim por razões de justiça, lógica, coerência, racionalidade e correta aplicação da lei, resta ao Poder Judiciário encerrar a ação penal, em nome dos princípios da imparcialidade e do *no iudex ex officio*.

Nesta hipótese, não se aplica o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, mas sim os princípios *nulla culpa sine iudicio* e *nullum iudicium sine accusatione*, visto que o Ministério Público é o *dominus litis* e titular exclusivo da *persecutio criminis*. (2008, p. 453/454)

A pretensão acusatória é o direito potestativo do titular da ação penal pública (Ministério Público) em proceder contra alguém, quando há existência de lesão ao

bem jurídico, ou seja, ocorrência de um fato penalmente relevante – *fumus commissi delicti* -, lastreada por deflagrantes provas mínimas (*justa causa*).

Assim sendo, para existir processo penal, deve, *ab initio*, existir pretensão acusatória formulada perante o órgão jurisdicional, imputando a prática de um fato delituoso a alguém, com objetivo de submetê-lo a um processo e, após, a uma pena, portanto, *conditio sine qua non* para o desenvolvimento processual penal.

Ademais, é sabido que o processo penal é regido pelo princípio da necessidade para obtenção da pena, assinalando assim Gómez Orbaneja (t. I, *apud* LOPES JUNIOR, 2017, p. 62) “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e atuar a pena”.

Neste caso, observa-se um trinômio necessário para o surgimento do poder de punir do Estado-juiz, evidenciado da seguinte maneira: com a formulação da pretensão acusatória pelo seu titular, o devido processo penal e, ao final deste, mantendo-se a procedência acusatória, nasce a pretensão punitiva após o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida pelo órgão julgador.

Leciona nessa posição Aury Lopes Júnior:

No processo penal, o Ministério Público (ou querelante) exerce uma pretensão acusatória, isto é, o poder de proceder contra alguém (*ius ut procedatur*), cabendo ao juiz, acolhendo a acusação, exercer o poder de punir. São, portanto, dois poderes distintos: o de acusar e o de punir. Somente se criam as condições de possibilidade de punição por parte do juiz quando o acusador tiver êxito na prova da acusação. O poder de punir é condicionado ao exercício da acusação, até por imposição do sistema acusatório anteriormente analisado (2018, p. 50).

Expondo considerações acerca da inconstitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, Paulo Rangel determina que:

Há o exercício da ação penal e o MP dele não pode desistir, mas não há mais acusação: a imputação de infração penal. O MP desistiu da pretensão acusatória do crime descrito na denúncia e não da ação penal. Não podemos confundir ação com processo. A ação deflagra a jurisdição e instaura o processo, porém se esgota quando a jurisdição é impulsionada. Agora, daqui pra frente, o que temos é o processo, não mais a ação. Aquela (pretensão acusatória) é que é o objeto do processo penal e aqui é que tudo se resume: objeto do processo (2013, p.65).

Por sem dúvida, quando o MP pugna pela absolvição do acusado nas alegações finais, extingue-se a invocação acusatória ministerial formulada anteriormente através da denúncia (declaração petítória) e, conseqüentemente, o objeto do processo penal, igualizando-se, por conseguinte, à invocação da tese defensiva absolutória.

É incontestável, portanto, que no caso acima asseverado, o juiz, ao se sobrepor ao pleito do Ministério Público condenando o réu, age oportunamente de ofício em razão da inexistência da procedência acusatória, atuando como um mero acusador-julgador para proferir o édito condenatório, típico do sistema inquisitório medieval. Em resumo, adotado o sistema acusatório, é necessário compreender que, contrariamente ao que dita o rito inquisitivo, aquele tem por princípio vedar atuações de ofício do julgador e proibir prestações jurisdicionais que não corresponde com o pedido feito pela acusação.

Nesta linha de raciocínio, pontua Aury Lopes Júnior:

Contudo, o poder de punir é do juiz, [...], e esse poder está condicionado (pelo princípio da necessidade) ao exercício integral e procedente da acusação. Ao juiz somente se abre a possibilidade de exercer o poder punitivo quando exercido com integralidade e procedência o *ius ut procedatur* (2018, p. 51).

Sobreleve-se, outrossim, que, o axioma garantista de Luigi Ferrajoli –*nullum iudicium sine accusatione* – derivado do modelo teórico acusatório, condiciona que para obtenção da tutela jurisdicional condenatória, o titular da pretensão acusatória terá que exercitar o seu ônus ao longo do processo, de forma incondicional e integral, requestando nas alegações finais a condenação do réu.

Sublinhe-se, a propósito do tema, que, o Ministério Público possui funções relacionadas à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, artigo 127, caput⁸), e, por essa razão, a sua atuação no processo penal, principalmente nos casos de pedido de absolvição, deve permanecer em consonância com o conjunto fático-probatório dos autos, recriminando os atos que visem interesses particulares contrários ao interesse constitucional democrático.

Ver-se-á, então, que, de qualquer ângulo de interpretação, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade foram impostos por ocasião de política criminal do Estado, mas que com o advento dos artigos 76⁹ e 89¹⁰ da Lei Federal nº

⁸ Art. 127. O Ministério Público é 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.

⁹ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

¹⁰ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a

9.099/95, os referidos princípios estão sendo relativizados nas infrações de menor potencial ofensivo, prevalecendo ainda nos delitos graves o interesse público estatal à persecução penal obrigatória e indisponível pelo MP.

Por sinal, o presente trabalho não visa rechaçar o princípio da indisponibilidade da ação penal pública do ordenamento jurídico vigente, mas tão somente demonstrar a ilogicidade quando se analisa o objeto do processo penal (pretensão acusatória).

Noutro giro, em que pese a integridade do Ministério Público perante a sociedade, é crucial instituir meios fiscalizatórios frente à atuação do Promotor de Justiça no processo penal, mas, com a devida vênia, este poder de fiscalização necessariamente deverá advir do próprio órgão ministerial, do indiciado/réu ou do ofendido, sendo desnecessário conferir este expediente ao poder jurisdicional, porquanto essencial manter a sua imparcialidade.

Assim proclama Geraldo Prado:

[...] a ação do integrante de uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, como é o caso do Ministério Público (artigo 127, caput, da Constituição da República), está erguida sobre princípios de legalidade e moralidade, próprios à toda atividade estatal, presumindo-se que atue o Promotor de Justiça de conformidade com tais máximas. O controle interno do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em uma segunda etapa, por órgão colegiado do próprio Ministério Público, a nosso juízo, desde que permeado pela intervenção do ofendido e do indiciado, satisfaz plenamente à aspiração de exame da legalidade da atuação do representante do *parquet*, sendo absolutamente desnecessária e, até mesmo, indesejável, a intervenção judicial para assinalar ao órgão de acusação pública, como hoje ocorre, que deve acusar, ainda que a decisão definitiva esteja nas mãos do Procurador-Geral de Justiça (1999, p. 156)

Com efeito, ainda que o mencionado autor carioca esteja comentando sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal, como já visto alhures, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública é decorrência lógica deste, tendo aplicação igualitária para o controle interno.

Por fim, utilizando-se de interpretação análoga, há magistrados que aplicam o artigo 28¹¹ do CPP quando não concordam com o promotor natural da causa, delegando ao procurador-geral a faculdade de revisar o pedido absolutório.

quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

¹¹ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia,

Entretanto, insta salientar que a sobredita interpretação, configura-se em interpretação *in malam partem*, tendo em vista que a não vinculação ao pleito absolutório postulado pelo MP, além de prejudicar o acusado, fere a garantia da presunção de inocência, e, como bem assinala o jurista Rômulo Moreira, também é vedada a interpretação prejudicial ao réu no direito processual penal:

É bem verdade que a lei processual penal admite, na sua interpretação, a aplicação analógica, conforme se extrai dos termos do art. 3º. do Código de Processo Penal.

[...]

Trata-se de método interpretativo de aplicação inaceitável em Processo Penal, quando *in partem peiorem* ("contra o réu", em relação ao qual, aliás, presume-se a inocência). Em Direito Processual Penal só se aplica a analogia para beneficiar o réu, nunca o contrário! (2015, p. 1/3).

3.1 Violação ao princípio da congruência

No que tange ao princípio da correlação entre acusação e sentença (ou da congruência), observa-se que o objeto do processo penal – a pretensão acusatória – delimita a imputação formulada pelo acusador e, conseqüentemente, limita o poder decisório do órgão jurisdicional, tendo em vista que a sentença necessita coincidir com o objeto da invocação acusatória.

Pois bem, ultrapassada essa primeira análise, há de se atentar, ainda, que o sobredito princípio vincula-se com o princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*), pois no momento que o juiz analisa os liames do objeto do processo penal, modificando-o substancialmente, está proferindo senão uma sentença incongruente, como também agindo sem que haja um pedido.

Neste sentido, corresponde a lição de Gustavo Henrique Badaró (2001, *apud* LOPES JUNIOR, 2018, p. 893), “do *ne procedat iudex ex officio* deriva que o juiz não pode prover sem que haja um pedido e, como consequência, daí decorre outro princípio: o juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido”.

Destaca-se, por oportuno, a linha de pensamento de Aury Lopes Junior:

[...] a garantia da imparcialidade encontra condições de possibilidade de eficácia no sistema acusatório, mas, para tanto, é necessário que o juiz se abstenha de ampliar ou restringir a pretensão acusatória (modificação do objeto), julgando-a nos seus limites [...] (2018, p. 893).

No mais, o magistrado, ao modificar a pretensão acusatória, estaria, igualmente, violando outros princípios derivados do sistema acusatório-constitucional, entre eles o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, considerando o artigo 385 do Código de Processo Penal e, recordando-se que o modelo constitucional é acusatório, conclui-se que o juiz ao desconsiderar o pedido de absolvição formulado pelo *dominus litis*, proferindo sentença condenatória, estará violando o princípio da congruência por decidir diversamente do que foi pedido e, como não há mais pretensão acusatória, agirá de ofício condenando o réu, afetando a sua imparcialidade e fulminando toda a estrutura do sistema acusatório.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto neste trabalho, feita uma análise do texto da Constituição Federal, observando os seus princípios fundantes que regem o devido processo legal, pode-se concluir que a Carta Cidadã adotou o sistema acusatório.

Assim sendo, pelas razões expendidas, os direitos e garantias individuais, enquanto preceituações de assento constitucional, não podem ser desprezadas, sob qualquer pretexto, ou seja, é essencial que o atual Código de Processo Penal se enquadre na leitura democrática da lei maior.

Para tanto, como restou exposto deve-se respeitar as funções delimitadas de cada sujeito processual, observando sempre o princípio supremo do processo penal: a imparcialidade do juiz.

É preciso entender que o sistema acusatório-constitucional determina a democratização na sua estrutura procedimental, com a participação dos sujeitos processuais, oportunizando o direito ao contraditório e a ampla defesa, e, sobretudo, assegurando as garantias fundamentais do acusado para realização do devido processo penal.

Assim sendo, prosseguindo à adequação do que se considera ser o objeto do processo penal, qual seja a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, demonstrando a ocorrência de um delito, com o escopo de ao final obter o poder punitivo estatal pelo juiz, concluiu-se que o Ministério Público, como titular exclusivo

da pretensão acusatória na ação penal pública, ao postular pela absolvição, não estaria dispondo da ação, mas, sim, do mencionado objeto.

Destarte, constatou-se que o julgador quando diverge substancialmente ou modifica o objeto do processo penal, violará o princípio da congruência e, conseqüentemente, agirá de ofício para condenar o acusado, uma vez que extinta a pretensão acusatória, desde o momento que o *parquet* se alinhou à tese defensiva de absolvição por ausência de provas carreadas aos autos.

Dessa forma, após uma minuciosa análise sobre o sistema acusatório e seus princípios balizadores; as funções dos sujeitos processuais; e o objeto do processo penal, restou amplamente constatado a impossibilidade do magistrado, na ação penal pública, contrariar o pedido absolutório, proferindo sentença condenatória, afrontando, neste caso, a estrutura democrática de processo penal da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **O artigo 385 do CPP e o Juiz inquisidor**. Mar./2013. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em: 15/08/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html> Acesso em: 20/08/2018.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 20/08/2018.

BRASIL. Lei Nº 9099 de 26 de setembro de 1995. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em: 20/08/2018.

CAPELA, Fábio Bergamin. **Uma visita ao Código de Processo Penal, art. 385**. Revista Judiciária do Paraná, Nov./2007. Disponível em: <<http://www.amapar.com.br/images/stories/RevJudiciaria50Anos.pdf>>. Acesso em: 21 de nov. de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et AL. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed - São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Absolvição Criminal Pelo Ministério Público. **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: editora Jus Podivm, 2008.

MOREIRA, Rômulo. **A analogia não pode ser usada em situações que podem prejudicar o réu**. Nov./2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-28/romulo-moreira-analogia-nao-usada-prejudica-reu>>. Acesso em: 19/11/2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**. 34^a. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

RELATÓRIO ANTIPLÁGIO

TCC- Thiago.docx (30/11/2018):

Documentos candidatos

- conteudojuridico.com... [2,9%]
- ambito-juridico.com... [2,55%]
- oialexsandro.jusbras... [2,37%]
- jus.com.br/artigos/2... [2,03%]
- jus.com.br/artigos/5... [1,27%]
- artigos.netsaber.com... [0,37%]
- stf.jus.br/portal/ju... [0,32%]
- enciclopedia-juridic... [0,07%]
- pensamientopenal.com... [0,03%]
- ar.vlex.com/tags/ne... [0,03%]

Arquivo de entrada: TCC- Thiago.docx (7568 termos)

Arquivo encontrado	Total de termos	Termos comuns	Similaridade (%)
conteudojuridico.com...	Visualizar 5608	372	2,9
ambito-juridico.com...	Visualizar 1614	229	2,55
oialexsandro.jusbras...	Visualizar 2793	240	2,37
jus.com.br/artigos/2...	Visualizar 2600	203	2,03
jus.com.br/artigos/5...	Visualizar 1711	117	1,27
artigos.netsaber.com...	Visualizar 637	31	0,37
stf.jus.br/portal/ju...	Visualizar 547	26	0,32
enciclopedia-juridic...	Visualizar 94	6	0,07
pensamientopenal.com...	Visualizar 377	3	0,03
ar.vlex.com/tags/ne...	Visualizar 1524	3	0,03

