

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**RESQUÍCIO INQUISITORIAL NO PROCESSO PENAL**

**BERNARDO DE ANDRADE RIBEIRO FLORIDO SOARES**

**Rio de Janeiro  
2020**

**BERNARDO DE ANDRADE RIBEIRO FLORIDO SOARES**

**RESQUÍCIO INQUISITORIAL NO PROCESSO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora.**

**Rio de Janeiro  
2020**

## CIP - Catalogação na Publicação

SB523r Soares, Bernardo de Andrade Ribeiro Florido  
Resquício Inquisitorial no Processo Penal /  
Bernardo de Andrade Ribeiro Florido Soares. --  
Rio de Janeiro, 2020. 65 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Direito Processual Penal. 2.  
Constitucionalidade. 3. Artigo 385. 4. Correlação  
entre acusação e sentença. I. da Hora, Nilo César  
Martins Pompílio, orient. II. Título.

**BERNARDO DE ANDRADE RIBEIRO FLORIDO SOARES**

**RESQUÍCIO INQUISITORIAL NO PROCESSO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora.**

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

**Rio de Janeiro  
2020**

A Flavínia de Andrade Ribeiro, minha mãe, e José Carlos Ribeiro, meu falecido avô, que me ensinaram o valor do caráter e o amor ao conhecimento.

*“Se lavasses verduras não terias de cortejar*

*Dionísios”*

Diógenes a Platão

## RESUMO

A possibilidade de condenação após demanda de absolvição em alegações finais do Ministério Público é prescrita no artigo 385 do Código de Processo Penal. A doutrina diverge sobre constitucionalidade deste dispositivo levando em consideração os princípios processuais-constitucionais. Sendo certo que a Constituição da República Federativa do Brasil irradia sua normatividade para os diplomas infraconstitucionais, buscou-se, no presente trabalho, aferir a posição dos tribunais superiores sobre a recepção deste artigo, bem como, sua constitucionalidade em face de alguns princípios que garantem o processo penal democrático. Finalmente, analisou-se os limites do direito de ação e do dever-poder de punir em seu âmbito. A metodologia elegida para o desenvolvimento das problemáticas postas consistiu na revisão da literatura acerca do tema e na análise de teorias sobre conhecimento e poder. Opondo-se o direito posto ao aplicado, propôs-se critérios considerados justos para a solução da controvérsia, tudo sem perder de vista os princípios orientadores do Direito Processual Penal.

Palavras-chave: direito processual penal; constitucionalidade; pretensão acusatória; poder de punir.

## **ABSTRACT**

The possibility of conviction after a request for acquittal in final allegations by the Public Prosecutor's Office is recommended in Article 385 of the Criminal Procedure Code. The doctrine diverges on the constitutionality of this device taking into account the procedural-constitutional principles. Being certain that the Constitution of the Federative Republic of Brazil radiates its normativity to infraconstitutional laws, this work sought to assess the position of the superior courts on the reception of this article, as well as its constitutionality in the face of some principles that guarantee the democratic criminal process. Finally, the limits of the right to action and the power-to-punish within its scope were analyzed. The methodology chosen for the development of the problems posed consisted of reviewing the literature on the topic and analyzing theories about knowledge and power. Opposing the law applied, applied criteria considered fair for the solution of the controversy, all without losing sight of the guiding principles of Criminal Procedural Law.

Key words: criminal procedural law; constitutionality; accusatory claim; power to punish.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS</b> .....	16
1.1 <b>Classificação em sistemas</b> .....	16
1.2 <b>Tratamento superficial do tema</b> .....	21
1.3 <b><i>Alea iacta est</i></b> .....	25
<b>2 PRINCÍPIOS NO ÂMAGO DO DEBATE</b> .....	30
2.1 <b>Delimitação axiológica do poder</b> .....	30
2.2 <b>Princípios em espécie</b> .....	31
2.2.1. Princípio da Jurisdicionalidade.....	31
2.2.2 Princípio da Legalidade .....	32
2.2.3 Princípio do Devido Processo Legal .....	33
2.2.4 Princípio da Ampla Defesa .....	33
2.2.5 Princípio Acusatório .....	35
2.2.6 Princípio do Contraditório .....	36
2.2.7 Princípio da Obrigatoriedade.....	38
<b>3 A CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA</b> .....	40
3.1 <b>Apontamentos sobre a correlação</b> .....	40
3.2 <b>Esquadrinhando a acusação</b> .....	42
<b>4 SENTENÇA, CÓDICE DEMOCRÁTICO</b> .....	47
4.1 <b>Verdade e poder no processo penal</b> .....	49
4.2 <b>Acusação como linguagem e sentença como conhecimento</b> .....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	57
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	61

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federativa de 1988, norma fundamental do nosso ordenamento<sup>1</sup>, estabelece em seu artigo primeiro o Estado Democrático de Direito<sup>2</sup>, dando destaque à dignidade da pessoa humana e, para tanto, desenvolve no decorrer do seu texto normas que visam garantir um processo penal coerente com seu espírito<sup>3</sup>.

A Constituição jurídica, entretanto, nem sempre condiz com a Constituição real na ideia de alguns autores<sup>4</sup>, o que dirá ter plenamente respeitada sua influência seletiva em todo o ordenamento jurídico.

Se hoje, por um complexo de motivos, vemos os direitos humanos serem esvaziados e o Estado concentrar forças na repressão da desordem<sup>5</sup>, faz-se imperioso meditações críticas sobre o Processo Penal, para investigar e denunciar os déficits, se houver algum, frente à Constituição.

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Capítulo V.

<sup>2</sup> “Toma-se bem claro, perquiridas as origens do Estado de direito, que este visava a estabelecer o império da justiça, não da lei, vista esta como a vontade do legislador. O Estado de direito formal, em que essa vontade é soberana, contraria os fundamentos da proposta clássica. É uma deformação desta.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As Origens do Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 168, p.11-17, abr./jun. 1987.

<sup>3</sup> Tomemos como exemplo alguns artigos que evidenciam o afirmado: 1º, III; 5º, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LXI etc.; 93, IX; 129, I. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>4</sup> “Mas, – esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas” HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 5.

<sup>5</sup> FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e Globalização. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 11, n.º 30, p. 43-53, maio/ago. 1997. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200004&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200004&script=sci_arttext). Acesso em: 26 out. 2020.

Partiremos nossa investigação da necessidade de implementação e respeito dos direitos e deveres esposados na Constituição<sup>6</sup> e buscaremos aferir tal influência, ou não, na legislação infraconstitucional, através de seus princípios, uma vez que, “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, 2002, p. 683).

O Código de Processo Penal vigente foi concebido e outorgado durante a ditadura varguista do Estado-Novo em 1941, como um Decreto-Lei, sob a numeração de 3.689<sup>7</sup>. O Estado de então, tratou de desenvolver aparatos que garantissem seu poder, ainda que em detrimento de direitos individuais e coletivos. A reforma dos dispositivos penal e processual penal ocorreu no mesmo momento histórico e político do Departamento de Imprensa e Propaganda, da Polícia Especial e do Tribunal de Segurança Nacional<sup>8</sup>.

De forma a contextualizar, Geraldo Prado explica que:

“O golpe de Estado de 1937 foi justificado pela necessidade de se reforçar a autoridade governamental, garantindo-se a ordem pública, a legalidade e as instituições sociais – em meio a uma conjuntura de crise de autoridade, causada pelas tensões sociais: a autoridade nacional pressupõe uma ordem una e orgânica, e o princípio da autoridade é reforçado como um pilar em torno do qual se constrói a nacionalidade. Acrescenta Malan: —As ferramentas que serviram a essa restauração da autoridade estatal foram o estado de guerra, o Tribunal de Segurança Nacional, a reforma da Lei de Segurança Nacional e o próprio Digesto Processual Penal: o terreno da lei surge, assim, como um espaço privilegiado para a racionalização da autoridade e para a ocultação do discurso da violência, uma vez que este utiliza a linguagem da ordem e da lei”(2005, p. 235).

<sup>6</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 30.

<sup>7</sup> “Contudo, de modo bem diverso se dá a jurisdição penal, cumprindo assinalar que o Código Processual Penal de 1941, ainda aplicado no Brasil sem maiores questionamentos, não foi elaborado por obra do Poder Legislativo. É oriundo de decreto editado pelo então presidente da República, que, por sua vez, fez uso do disposto no art. 180 da Constituição Federal de 1937 (conhecida por Constituição do Estado Novo), também unilateralmente outorgada pelo mesmo presidente.” SILVA, Edimar Carmo da. A política e a democracia nas decisões judiciais: o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 e o Superior Tribunal de Justiça. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 305-330, jan./dez. 2014.

<sup>8</sup> Mais informações sobre o TSN disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/RadicalizacaoPolitica/TribunalSegurancaNacional>. Acesso em: 26 out. 2020.

A lei processual teve sua inspiração no Código Rocco, de viés fascista, e seu objetivo era a neutralização dos delinquentes, indesejáveis e perigosos ao Estado, inclusive suprimindo seus direitos para atingir este fim, conforme se pode extrair da Exposição de Motivos do Código, do Ministro da Justiça Francisco Campos:

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. [...] No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”<sup>9</sup>

Um código pensado nestes parâmetros, durante sua trajetória, encontrou poucas pedras que significassem uma mudança de fato em sua estrutura inquisitorial ou “neoinquisitorial” – nas palavras de Aury Lopes Jr.<sup>10</sup> – sobrevivendo a filtragens constitucionais, inclusive da Constituição Federal de 1988. Contudo, não parece isto ser um fenômeno de displicência, pois, como bem disse Geraldo Prado:

“A simetria entre processo inquisitório e regimes autoritários não é gratuita e não se fixa exclusivamente nos regimes políticos, inscrevendo-se na cultura dos povos. Não por acaso o Brasil resiste como um dos poucos Estados da América do Sul a ter

<sup>9</sup> BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. Francisco Campos. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf). Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>10</sup> “Pensamos que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.” LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 44.

ultrapassado a fase de transição democrática sem ter editado um novo Código de Processo Penal em seguida à sua Constituição” (2005, p. 224).

Sucederam-se algumas tentativas de reforma durante o Século XX<sup>11</sup>. A título de exemplo, mais recentemente, em 2003 e 2008<sup>12</sup>, o aspecto acusatório ganhou força com algumas alterações legislativas. Em 2003, o direito ao silêncio do réu (direito constitucional, art. 5º LXIII, Constituição da República de 1988) foi reconhecido sem prejuízo ao acusado silente e o defensor pôde fazer perguntas ao réu. Em 2008, destacou-se a transferência do interrogatório do réu de primeiro ato processual, após o recebimento da denúncia, para o final do processo.

No Estado Democrático de Direito, o Processo Penal tem ligação umbilical com a Constituição, sendo a manifestação de um poder do Estado através desta<sup>13</sup>. Ou seja, o Processo Penal precisa ser responsável pelo respeito aos direitos individuais e coletivos, e não um movimento de demagogia política<sup>14</sup>. Portanto, observa Geraldo Prado:

<sup>11</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: Evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983. p. 169-170.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n.º 10.792, 11 de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponíveis em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Lei n.º 11.689/08, 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponíveis em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111689.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Lei n.º 11.690, 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponíveis em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Lei n.º 11.719, 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponíveis em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111719.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>13</sup> “Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção aos direitos fundamentais e a separação dos poderes. Giuseppe Bettiol sublinhava que a Constituição, ligada a valores e ideais da democracia, deve preocupar-se em fixar claramente algumas normas processuais penais vinculadas à identidade democrática, pois que ambos os ramos jurídicos tutelam a liberdade individual, como se destinatários fossem de uma vocação comum (...) o conteúdo normativo do processo penal está tão profundamente conformado pelo do Direito Constitucional, que faz sentido asseverar que o Processo Penal é o verdadeiro Direito Constitucional aplicado (apud Jorge de Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, vol. I, Coimbra, 1974, p. 74)” PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 82-83.

<sup>14</sup> Sob o risco de termos um “Código Processual que não encontre seu fundamento racional, político e jurídico, no articulado de uma Constituição que ‘reconheça e garanta os direitos invioláveis do homem’ se encontra exposto a todas as possibilidades de reformas vinculadas a maiorias político-parlamentares ocasionais, com grave prejuízo das liberdades públicas e privadas” PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 83.

“Assim, pode-se assinalar que compete à Constituição da República tutelar o processo para que não se enuncie cláusula vazia e não se faça ouvidos de mercador à Declaração Universal de Direitos do Homem, que prescreve, em seu artigo 8º, que toda pessoa tem direito a um recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela constituição ou pela lei, assegurando-se a um só tempo a garantia constitucional do processo e o processo como garantia constitucional dos direitos.” (2005, p. 88).

Porém, conforme Francisco Campos expôs, a ideia por trás do código é garantir que o Estado consiga punir os que delinquem (o que na lógica de um Estado autoritário não podia ser diferente)<sup>15</sup>, conforme veremos a seguir:

“O projeto, generalizando um princípio já consagrado pela atual Lei do Júri, repudia a proibição de sentença condenatória *ultra petitum* ou a desclassificação *in pejus* do crime imputado. Constituía um dos exageros do liberalismo o transplante dessa proibição, que é própria do direito privado, para a esfera de direito processual penal, que é um ramo do direito público. O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um quantum de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena.”<sup>16</sup>

Nessa conjuntura temos juízes com papel de destaque, porém hesitantes entre os poderes, de czares naturalistas<sup>17</sup>, concedidos por dispositivos antiquados ainda no Código e sua deferência às limitações de poder num Processo Penal democrático:

<sup>15</sup> “Essa regra procedimental bem retrata a fluidez da função jurisdicional: é resultado do modelo de Estado no qual está inserida. Se decorre de um Estado autoritário, não democrático, certamente será uma jurisdição autoritária. A mencionada ausência de democracia, como antes assinalado, decorre da desvinculação do órgão julgador a qualquer pedido feito pelas partes processuais. Nessa hipótese, pois, o órgão julgador – juiz ou tribunal – é total, absoluto, não permite a participação das partes interessadas na produção do provimento final (decisão/sentença/acórdão)” SILVA, Edimar Carmo da. A política e a democracia nas decisões judiciais: o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 e o Superior Tribunal de Justiça. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 305-330, jan./dez. 2014.

<sup>16</sup> CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf). Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>17</sup> ANDRADE, Carlos Drummond de. **Nova Reunião**: 23 livros de poesia. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 30.

“ele é criatura de uma carreira burocrático-estatal, porém se concebe como um ser singular, auto-orientado, como se a sua investidura na função fizesse dele um personagem social dotado de carisma. Daí que, embora recrutado fora da política, isto é, pelo instituto do concurso público, ele não se enquadre inteiramente no *ethos* burocrático preconizado por Max Weber” (VIANNA, 1997, p. 295).

Possuímos hoje um aberrante contexto, em que se encontra um código criado para garantir o modelo de direito penal máximo, uma constituição garantista com o modelo de direito penal mínimo, e uma prática insólita, oscilante, onde digladiam-se teorias em tribunais e livrarias<sup>18</sup>. Isto posto, em meio a esta trama está o artigo 385 do Código de Processo Penal, que diz:

“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.”<sup>19</sup>

Inicialmente, tal artigo pareceu ser incompatível com o princípio acusatório e demais princípios garantistas, como o contraditório, imparcialidade, correlação etc.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> “Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo. Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 83.

<sup>19</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, 02 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>20</sup> “Aqui parece adequada a colocação de Bercholz a respeito de que a democracia, ou precisamente o Estado Democrático de Direito, sugere a inserção de mecanismos democráticos de participação dos legítimos interessados nos atos decisórios que, em sede procedimental (ou processual penal), alcança as instituições envolvidas na persecução penal e consideradas essenciais para a função jurisdicional do Estado.” SILVA, Edimar Carmo da. A política e a democracia nas decisões judiciais: o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 e o Superior Tribunal de Justiça. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 305-330, jan./dez. 2014.

Objetivando apontar possível fonte de arbitrariedade no direito processual penal<sup>21</sup>, o escopo desta monografia, então, é perscrutar se a primeira parte deste dispositivo é constitucional, a partir de uma análise principiológica, doutrinária e jurisprudencial. Porquanto:

“Não se pode sacrificar a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal no interesse e na vontade de todos. Este é, como se verá, um postulado político fundamental do liberalismo penal, que exclui tanto a justificação meramente instrumentalista ou utilitarista quanto a consensualista ou democrática das decisões punitivas. No direito penal, a única justificação aceitável das decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a "verdade" precisamente no sentido da "correspondência" mais aproximada possível da motivação às normas aplicadas e aos fatos julgados. Só se referidos à verdade como correspondência podem os critérios da coerência e da aceitabilidade justificada impedir, de fato, a prevaricação punitiva pelo único interesse ou vontade mais ou menos geral e vincular o juízo à estrita legalidade, ou seja, aos fatos empíricos previamente denotados pela lei como puníveis” (FERRAJOLI, 2002, p. 56).

Este trabalho buscará, na primeira parte, bem delimitar sua amplitude (principalmente afastando temas infrutíferos); na segunda, desbravar os parâmetros de apreciação do artigo, atravessando os princípios; e, por fim, tratar da correlação entre acusação e sentença.

Imprescindível pontuar que o trabalho não pretender esgotar o debate, pois, para além da sua profundidade, há vasta doutrina estrangeira que restou intocada por não existir tradução para o português e, por conta da pandemia de COVID-19, as bibliotecas estarem fechadas – o que restringiu o acesso à literatura em português. Sigamos, contudo, ao primeiro capítulo.

---

<sup>21</sup> “Podemos dizer, atendendo a uma antiga hendiádis, que se a ética é "sem verdade",<sup>12</sup> por serem os juízos éticos valorativos e não cognitivos, uma justiça penal não arbitrária deve ser em certa medida "com verdade", quer dizer, baseada sobre juízos penais predominantemente cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito), sujeitos como tais a verificação empírica” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 32-33.

# 1 CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

## 1.1 Classificação em sistemas

Faz-se necessário, como explicitação exordial, elucidar a contingência do debate sobre sistemas processuais penais para esta pesquisa. O tratamento a seguir dispensado ao tema, tão caro a parte expressiva da bibliografia consultada, busca de forma respeitosa evitar desenvolvimentos prolixos.

Para entendermos de fato os sistemas – acusatório, inquisitório ou misto – precisamos antes fazer uma diferenciação entre sistema e o seu princípio nuclear<sup>22</sup>. Porém, antes dessa análise, carece superar o vazio epistemológico do dito sistema misto<sup>23</sup>.

Alguns autores, por diferentes construções argumentativas, afirmam haver um tal sistema misto, que consistiria num sistema onde coexistem características simbióticas dos sistemas acusatório e inquisitório<sup>24</sup>. Chegaram a esta conclusão seja pela observação de uma disparidade

---

<sup>22</sup> “Por elementar, os diversos ramos do Direito podem ser organizados a partir de uma ideia básica de sistema: conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade. Assim, para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, dez. 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>23</sup> “Um sistema processual penal misto, ao contrário do que comumente pensam alguns, não é a simples somatória de elementos dos dois sistemas puros. E isso porque epistemologicamente não se sustentaria uma somatória do gênero, por um lado, mas, por outro (e quiçá mais relevante), porque a própria noção de sistema não comporta algo do gênero.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 46, n.º 183, p. 103-115, julho/set. 2009.

<sup>24</sup> “A confluência de diversos fatores implica na compreensão de conteúdo variável da própria noção de sistema processual. Daí que Aroca está correto ao afirmar que não há sentido em se invocar conceitos do passado para dar sentido ao presente, no contexto dos sistemas processuais penais, justamente porque a estrutura de pensar se modificou em face do monopólio jurisdicional e constitucional. Isso implica, assim, na necessidade de realinhar a noção a partir da leitura dos documentos de Direitos Humanos (Declarações e Pactos Internacionais) e a Constituição da República. Manter-se a noção histórica somente ajuda a obscurecer, confundir e impedir a leitura constitucionalmente adequada dos lugares e funções do e no processo penal, especialmente quando adotada a teoria dos jogos.” ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 41.

entre o princípio que rege determinado sistema e a prática processual<sup>25</sup> ou até pela absurda assertiva de que a fase de inquérito representaria a faceta inquisitorial e o processo, a acusatória, formando assim um procedimento misto (o que é um conceito esdruxulo pois o inquérito é um ato administrativo encontrado na fase pré-processual). Advogamos, contudo, no sentido de não haver tal sistema misto.

Não obstante, entender que os princípios acusatório e inquisitivo, para além da sua normatividade, são nortes ideológicos<sup>26</sup> e que hoje talvez não seja possível existir equivalente sistema puro, parece ser uma visão cientificamente cética e correta<sup>27</sup>.

Isto posto, partamos à dissecação dos sistemas por seus princípios. Falaremos nos termos de princípio acusatório versus princípio inquisitório.

O primeiro preleciona o *actum trium personarum*, ou seja, que haja uma triangulação entre a acusação, defesa e juiz (imparcial)<sup>28</sup>. Contudo essa divisão não pode ser meramente

---

<sup>25</sup> “Ora, se todos os sistemas processuais penais da atualidade são mistos e, desde a noção de sistema não se pode ter um sistema misto, parece óbvio que se trata de um problema meramente conceitual, e não fático. Desde uma visão mais adequada, os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 46, n.º 183, julho/set. 2009. p. 103-115.

<sup>26</sup> “O problema é que é o fim do sistema – como referido –, que ressignifica o princípio unificador e ele, como é elementar, ganha um colorido diferente nos dois sistemas conhecidos: o princípio unificador será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório. Como ideia única, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um princípio misto e, de consequência, um sistema misto.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 46, n.º 183, julho/set. 2009. p. 103-115.

<sup>27</sup> “Assim é que o Processo Penal estaria situado numa estrutura que possui características diversas e se divide, historicamente, nos sistemas Inquisitório e Acusatório, surgindo contemporaneamente modelos que guardam características de ambos sem que, todavia, possam ser indicados, no que se refere à estrutura, como sistemas mistos” ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 39-40.

<sup>28</sup> “Porém, desde que o processo ganhou autonomia científica com Bülow, percebeu-se que a relação jurídica processual é tríplice, e não dúplice. A par dos sujeitos interessados, existe o sujeito imparcial, o Estado. E mais, não bastasse tal caráter público da relação processual, hoje, em face do estágio atual das teorias sobre o direito de ação, não se duvida que a pretensão processual é formulada tendo por destinatário o próprio Estado, que é quem exerce a atividade jurisdicional para conferir a tutela jurisdicional a quem tiver razão”) BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 72.

formal, mas sim substancial, e, para tanto, urge-se a concretização de outros princípios como a independência institucional das partes; o contraditório e ampla defesa de fato (a real capacidade das partes de contra-argumentarem suas proposições e de influenciarem a decisão do terceiro imparcial, o que pressupõe a defesa técnica do réu, meios de prova e assim por diante); um processo oral, público, onde busca-se a tutela do inocente ao se reconhecer a impossibilidade de cognição de uma verdade real, limitando-se à dita verdade processual; a fundamentação exaustiva da decisão e o mais.

Já o segundo, pretendendo garantir os interesses da sociedade e do Estado, enleia autor e juiz, desaguando numa geometria analítica das relações processuais tendente à linearidade ou angularização meramente formal (havendo em certos casos confusão entre os entes processuais).

Adstrito a essa diferenciação, tem-se a questão da submissão à jurisdição lata (presente nos dois métodos) e à jurisdição estrita (presente apenas no método acusatório), conforme esclarecido a seguir:

“o método inquisitório é caracterizado apenas pelo primeiro princípio, requerendo unicamente um juízo, qualquer que seja, como condição necessária da pena; por seu turno, o método acusatório é caracterizado também pelo segundo na medida em que exige igualmente que o juízo se desenvolva com as garantias processuais em matéria de prova e defesa que permitam sua verificação e sua falsificação. Isso depende da relação de derivação, e não só de delegação - nomostática, e não só nomodinâmica - que, como mostramos, a estrutura normativa do Estado de direito moderno instaurou em matéria penal entre lei e juízo: tanto quanto o princípio de estrita legalidade vincula as hipóteses legais de crime à taxatividade e, portanto, à sua potencial verificação, o princípio de estrita submissão à jurisdição vincula o juízo penal à sua verificação, no sentido de "correspondência", ainda que aproximativa, entre denotação jurisdicional e denotação legal. Disso decorre a já assinalada conotação epistemológica da validade na jurisdição penal: as sentenças penais são os únicos atos jurídicos cuja validade depende da sua verdade. Os processos de verificação oferecidos pela epistemologia acusatória ou falsificação são por isso baseados no método da prova e de refutação - por *modus ponens* e por *modus tollens* - ilustrado no parágrafo 10.6, cuja transposição processual se realiza por meio da separação e da divisão dos papéis entre os três sujeitos do processo: as duas partes da acusação e da defesa, às quais competem respectivamente a prova e a refutação, e o juiz, terceiro a quem compete a decisão. Disso resulta uma estrutura trigonal ou triangular, normativamente assegurada pelas três garantias processuais já enunciadas: a contestação da acusação, com a qual é formulada a hipótese acusatória e se instaura o contraditório (*nullum iudicium sine accusatione*); o ônus da prova de tal hipótese, que cabe ao acusador (*nulla accusatio sine probatione*); o direito de defesa atribuído ao imputado (*nulla probatio sine defensione*).” (FERRAJOLI, 2002, p. 484).

Alexandre Morais da Rosa ilumina esse debate ao apontar a complexidade de uma Constituição como a de 1988, que possui características de ambos os sistemas, o que torna inócuo este maniqueísmo, senão vejamos:

“A própria noção de Constituição precisa ser revisitada. Não se trata de documento coeso e produto de um sujeito (coletivo) pensante. A Constituição da República de 1988 foi o resultado possível da confluência de fatores políticos, econômicos e sociais marcado no tempo. Buscar pela leitura isolada dos dispositivos a definição de qual sistema (acusatório ou inquisitório) teria sido acolhido é irrelevante – ainda que possa ser útil para quem não supera o falso dilema. Há características de ambos os sistemas. O que se deve buscar, assim, é a diretriz global, cotejando os documentos internacionais, a jurisprudência das cortes internacionais. Para tanto se deve buscar guardada e pertinência formal e substancial no processo civilizatório democrático advindo das conquistas históricas, em especial com o devido processo legal substancial.” (2013, p. 41).

Por outro lado, Geraldo Prado adentra o debate nos termos estabelecidos para firmar, de forma clara, a ideia de um sistema (subsistema) a partir do olhar para a Constituição:

“A evidência de um sistema constitucional, realçada por Marcelo Neves como, em realidade, manifestação de um subsistema derivado do sistema jurídico-político, revela-se de significativa importância quando se trata da classificação da estrutura processual, uma vez que, se quisermos de fato definir essa estrutura como sistema (acusatório, inquisitório ou misto), e aí melhor será denominá-lo subsistema, tal consideração há de decorrer da integração ao primeiro (sistema constitucional), manifestando-se como complexo de procedimentos entrosados inerentes ao sistema judiciário, ao qual se acoplará em vista das estruturas peculiares deste último, com o objetivo de satisfazer uma necessidade específica, isto é, viabilizar a solução dos conflitos de interesses consoante mecanismos que imponham concretamente o respeito aos direitos fundamentais.” (2005, p. 100).

“Não há, assim, um conceito aprioristicamente fundado de estrutura acusatória — a que os concretos ordenamentos processuais penais se tenham que sujeitar — mas uma filosofia da máxima acusatoriedade possível, que só após a análise especificada de cada ordenamento processual penal se poderá delinear concretamente no que à sua caracterização fundamental respeita. A aferição da constitucionalidade de um sistema processual penal passa, deste modo, não pela subsunção estática dos institutos jurídicos concretos que ela admita aos comandos abstratos da Constituição mas pela análise ponderada da respectiva estrutura constitutiva, tendo em vista recortar-lhe os grandes princípios estruturadores, reconstituir-lhe o jogo de inter-relações dos vários agentes nele participantes, extractar-lhes os módulos, fases e graus de procedimento. Trata-se, ao invés de muitos outros casos em que a constitucionalidade esteja em causa,

de aferir um sistema, com toda a globalidade de inter-relações, uma estrutura, com toda a complexidade do seu modo particular de configuração.” (2005, p. 259).

Outro doutrinador, Jacinto Coutinho, coloca no centro da discussão a gestão da prova, pois seria ela o meio pelo qual o fim processual é alcançado (reconstrução de um fato pretérito). Com um papel de destaque, a forma de gerência adotada determina o princípio, concluindo que o sistema processual nacional é inquisitório<sup>29</sup>. Há aqui confluência entre sistema acusatório e *adversary system*, por um lado, e sistema inquisitório e *inquisitorial system*, por outro<sup>30</sup>. Esta confusão de conceito nos parece equivocada.

“Finalmente, diante da breve análise dos sistemas processuais e dos princípios que os estruturam, pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há - e nem pode haver - um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.” (COUTINHO, 1998).

Esse debate precisou ser superado para darmos prosseguimento ao objetivo central do trabalho, pois, apenas a partir dessa digressão podemos nos posicionar numa análise estrita da constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal. Defronte disto, concordamos com Ada Pellegrini Grinover quando aponta que:

<sup>29</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba. dez. 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>30</sup> “Denomina-se ‘adversarial system’ o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No ‘inquisitorial system’, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos acusatório-inquisitório (no sentido empregado no n. 2 deste trabalho) e adversarial-inquisitorial (no sentido utilizado agora). O termo processo inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao inquisitorial (em inglês), o qual se contrapõe ao adversarial. Um sistema acusatório pode adotar o ‘adversarial system’ ou o ‘inquisitorial system’, expressão que se poderia traduzir por ‘processo de desenvolvimento oficial’” GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 21, 2002.

“O direito processual é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste.” (2002).

## 1.2 Tratamento superficial do tema

Iniciamos pontuando que o Supremo Tribunal Federal possui contribuições importantes para a constitucionalização do processo penal, como no julgamento do *Habeas Corpus* nº 73.338/RJ, publicado dia 19/12/96, ou, para ficarmos com um exemplo de cada turma, no *Habeas Corpus* nº 94.016/SP, publicado dia 27/02/2009, em que decidem respectivamente:

“A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu”<sup>31</sup>

“O exame da cláusula referente ao “due process of law” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.”<sup>32</sup>

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Habeas Corpus* n.º 73.338/RJ. HABEAS CORPUS - PROVA CRIMINAL - MENORIDADE - RECONHECIMENTO - CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54) [...] Precedentes. 3. Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/08/1996, Data de Publicação: 19/12/1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1629265>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Habeas Corpus* n.º 94.016/SP. HABEAS CORPUS – SÚMULA 691/STF - INAPLICABILIDADE AO CASO - OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AFASTA A RESTRIÇÃO SUMULAR [...] Doutrina. Precedente do STF. Relator: Min. Celso de Mello.

No tocante ao tema da constitucionalidade do artigo 385, em particular, os tribunais brasileiros, em especial os tribunais superiores, têm sido de forma geral omissos ou, quando se propõe a enfrentar, são negligentes. O objetivo do trabalho não é apontar os porquês dessas omissões, a discussão centra-se em questão profunda do equilíbrio entre poder e saber na atividade jurisdicional, em especial no dispositivo destacado.

Parece haver, nesses casos, confusão entre vigência e validade ou, talvez, a presença de um suposto legalismo em que o magistrado se sujeita à lei ainda que esta seja incoerente com a Constituição<sup>33</sup>. Não é possível afirmar de forma conclusiva, pois, de todas as decisões de tribunais superiores observadas, apenas as seguintes desenvolveram minimamente o assunto, como se registra aqui:

“De outro lado, ao contrário do que afirma o Impetrante, o fato de o Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, tanto em alegações finais quanto em contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, por força do princípio do livre convencimento motivado e, ainda, por aplicação do art. 385 do Código de Processo Penal”<sup>34</sup>

“Havendo nos autos elementos indicadores da ocorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes – que constituem uma das fases do sistema trifásico da aplicação da pena – o Juiz tem o dever/poder de reconhecê-las, ainda que ausente requerimento expresso do órgão acusador. Daí a improcedência da arguição de inconstitucionalidade do artigo 385 do cpp”<sup>35</sup>

---

Data de Julgamento: 16/09/2008, Data de Publicação: DJe 26/02/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601323>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>33</sup> “Ferrajoli tem inteira razão quando afirma que: A sujeição do juiz à lei não é de facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a constituição.” PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 91.

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 180.868/RS**. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. [...] Habeas corpus denegado. Relator: Min. Laurita Vaz. Data de Julgamento: 22/05/2012. Data de Publicação: DJe 05/06/2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201001410116&dt\\_publicacao=05/06/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001410116&dt_publicacao=05/06/2012). Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas corpus n.º 93.211/DF**. HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. [...] DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA PACIENTE NA ORGANIZAÇÃO. Relator: Min. Eros Grau. Data de julgamento: 12/02/2008. DJe 24/04/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2579956>. Acesso em: 27 out. 2020.

“Se tratando de circunstância que a lei prevê com causa especial de aumento da pena, em proporção fixa, não se pode ter por aplicável o art. 385, pois inconfundível aquela com as circunstâncias agravantes que o juiz está autorizado a reconhecer, ainda que não alegadas pela acusação”<sup>36</sup>

Todas as demais decisões analisadas <sup>37</sup> mencionam-se entre si como fonte de fundamentação para afirmar a recepção do artigo pela Constituição. Os tribunais têm se furtado a aprofundar o debate. De maneira que para a pesquisa ir adiante precisamos abandonar a perspectiva de trazer o posicionamento de tribunais como referenciais para a presente contenda.

Por outro lado, pudemos encontrar decisões de outros tribunais que, para afastar a aplicação do artigo, trabalharam melhor o assunto, o que será de muito proveito à pesquisa, conforme se segue:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - ABSOLVIÇÃO DOS REUS DECRETADA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS - VINCULAÇÃO DO JULGADOR - SISTEMA ACUSATÓRIO. I - Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador. II - O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor. III - Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório. IV - A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus n.º 60.987/RJ**. Sentença condenatória. Extra petita. [...] Recurso de habeas corpus provido, em parte. Relator: Min. Rafael Mayer. Data de julgamento: 03/06/83. DJ 05/08/83. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/731050/recurso-em-habeas-corpus-rhc-60987-rj>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>37</sup> Decisões consultadas do Superior Tribunal de Justiça **Habeas Corpus n.º 76.930/SP, 79.403/SP, 84.001/RJ, 106.308/DF, 137.322/DF, 152.128/SC, 197.068/SP e 350.708/SC**; do Supremo Tribunal Federal **Habeas Corpus n.º 69.957/RJ, 82.844/RJ e 96.049/RS**.

contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público.”<sup>38</sup>

“Nesse sentido, tenho afirmado não ter mais suporte constitucional a emissão de um juízo condenatório quando o Estado-acusador pediu a absolvição, e mesmo o reconhecimento de uma situação mais gravosa ao acusado, daquela esposada pelo Ministério Público. Havendo provimento ministerial no sentido absolutório ou desclassificatório, é defeso ao magistrado afastar a situação mais favorável ao réu, postulada pelo órgão acusador, sob pena de violação do contraditório e da correlação entre acusação e sentença. O que vale é a última delimitação acusatória e não a existente quando da formulação da acusação, para esses efeitos (GIACOMOLLI, p. 222/223). (...) Sobre o princípio da correlação, PICÓ Y JUNOY leciona ser uma das exigências do princípio acusatório, pois os termos em que foi formulada a acusação determina o objeto do processo penal, motivo por que o julgador não pode afastar-se do mesmo. Esta correlação afeta aos elementos configuradores do objeto do processo penal: o subjetivo, que se refere à pessoa do acusado e supõe a impossibilidade de condená-lo sem esta prévia condição; e o objetivo, que se refere ao fato punível e comporta a imutabilidade do mesmo desde que tenha sido concretizado na acusação (PICO Y JUNOY, p. 112). (...) Assim, no caso concreto, a prolação de um juízo condenatório em relação ao acusado Wagner Martins da Sila, diante do pedido absolutório do Ministério Público, viola o princípio da correlação. Gera, ao fim e ao cabo, uma sentença penal condenatória desprovida de pedido nesse sentido, em uma nítida aproximação ao perfil inquisitorial que orientou o processo penal concebido na década de 1940”<sup>39</sup>

Estes são apenas dois exemplos de decisões que se debruçaram sobre o tema e deram-lhe tratamento adequado, inclusive em respeito ao artigo 93, IX, Constituição da República<sup>40</sup> e jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal<sup>41</sup>. Os argumentos esposados serão devidamente desenvolvidos no decorrer desta pesquisa, cabendo aqui apenas esta introdução.

<sup>38</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Recurso em Sentido Estrito n.º 1.0024.05.702576-9/001**. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - ABSOLVIÇÃO DOS REUS DECRETADA [...] é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público. Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho. Data do Julgamento: 13/10/2009. Data da Publicação: 27/10/2009. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6010340/100240570257690011-mg-1002405702576-9-001-1>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>39</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n.º 70026746511**. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EMBUTIDO NOS AUTOS E NÃO APRECIADO. [...] impõe-se o juízo condenatório, com o reconhecimento da majorante do concurso de pessoas, pois comprovada a participação de outros agentes na empreitada delituosa. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Data de Julgamento: 07/05/2009. Data de Publicação: 06/03/2009. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>40</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 339**. “O art. 93, IX, da Constituição exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/06/2010. Data de Publicação: 13/08/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3849248&numeroProcesso=791292&classeProcesso=AI&numeroTema=339#>. Acesso em: 26 out. 2020.

A título de curiosidade, na Argentina, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina tratou do tema. Em três precedentes (“Tarifeño”, “Mostaccio” e “Aguero”) firmou-se que o juiz, que condena quando há pedido de absolvição do Ministério Público, viola a garantia da defesa em juízo e do devido processo legal<sup>42</sup>.

### 1.3 *Alea iacta est*<sup>43</sup>

Clarificado esses dois pontos imprescindíveis à pesquisa, nos encontramos frente a garantia do distanciamento do juiz em relação às partes, como fundamental para que haja um procedimento de análise das provas e implementação do contraditório de forma democrática.

Dentro da bibliografia auscultada, o debate sobre a constitucionalidade do artigo 385 é razoavelmente dividido. Faz-se necessário a observação que o tema não é devidamente desenvolvido, como o é quando se fala sobre os artigos anteriores (art. 383 – *emendatio libelli* – e 384 -*mutatio libelli*- ambos do Código de Processo Penal). Porém, alguns apontamentos devem nos ajudar.

Inicialmente, precisamos estabelecer qual é a natureza jurídica do processo penal para entendermos a dinâmica entre os sujeitos do processo e para isso trazemos à baila Bülow, James Goldschmidt e Elio Fazzalari, a partir da obra de Aury Lopes Jr.

---

<sup>42</sup> SILVA, Edimar Carmo da. A política e a democracia nas decisões judiciais: o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 e o Superior Tribunal de Justiça. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 305-330, jan./dez. 2014.

<sup>43</sup> Expressão dita por César às margens do Rubicão, antes de iniciar a Guerra Civil. Significa “o dado está lançado”, associada a ideia de escolher um caminho sem volta. GOLDSWORTHY, Adrian. **Em nome de Roma**. Tradução de Claudio Blanc. 2ª ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2016. p. 290.

Bülow secciona direito material e processual, sendo este último de natureza pública, autônoma e complexa, onde os sujeitos guardam entre si direitos e obrigações, “o acusado é parte integrante do processo, em igualdade de armas com a acusação (seja ela estatal ou não), e, como tal, possuidor de um conjunto de direitos subjetivos dotados de eficácia em relação ao juiz e à acusação” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 34-35).

Goldschmidt, por outro lado, entendia o processo como situação jurídica “pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 36), e, a partir da “epistemologia da incerteza e o risco inerente ao processo, o pensamento do autor permite reforçar o valor e a eficácia das regras do devido processo penal” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 36). Segundo ele, resguardada a presunção de inocência:

“Às partes não incumbem obrigações, mas cargas processuais, sendo que, no processo penal, não existe distribuição de cargas probatórias, na medida em que toda a carga de provar o alegado está nas mãos do acusador. Destaca-se no pensamento do autor as noções de dinâmica, movimento e fluidez do processo, bem como o abandono da equivocada e sedutora ideia de segurança jurídica que brota da teoria de Bülow” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 36)

Fazzalari, por fim, desenvolve a teoria acima exposta e estrutura o processo como procedimento em contraditório, inclusive na construção da sentença, que a fundo significa igualdade entre as partes. Para ele, “o contraditório é visto em duas dimensões (*informazione e reazione*), como direito a informação e reação (igualdade de tratamento e oportunidades). Todos os atos do procedimento são pressupostos para o provimento final, no qual são chamados a participar todos os interessados (partes)” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 37-38).

Nas palavras do professor:

“Também existe uma reavaliação da jurisdição na estrutura processual, pois permite superar a concepção tradicional de poder-dever jurisdicional para a dimensão de poder condicionado (ao contraditório), além de situar o juiz como garantidor do

contraditório e não de “contraditor”, fazendo uma recusa ao ativismo judicial característico do sistema inquisitório” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 38).

Outro marco para o nosso estudo é delimitação do objeto do processo<sup>44</sup>. Tomaremos como objeto a pretensão, não fazendo distinção entre pretensão material penal e processual<sup>45</sup>, ou entre pretensão e intenção<sup>46</sup>. Para nós importa a pretensão enquanto demanda propulsora da jurisdição penal e delimitadora da matéria cognoscível pela pretensão punitiva<sup>47</sup>, esta que só se satisfaz ao fim do processo<sup>48</sup>. Os elementos do objeto são:

“a) elemento objetivo: é o caso penal, ou seja, o fato aparentemente punível praticado; b) elemento subjetivo: composto por aquele que exerce a pretensão (acusador) e contra quem se pretende fazer valer essa pretensão (acusado); c) elemento de atividade ou declaração petitoria: não basta a existência de um fato aparentemente punível (daí a insuficiência daqueles que sustentam ser o “caso penal” o objeto do processo penal), é necessário que exista uma declaração de vontade que peça a satisfação da pretensão. É por meio da ação penal, como poder político constitucional de invocação do poder jurisdicional, que será realizada a acusação que dará causa ao nascimento do processo.” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 46).

Adito isso, observamos que, acerca da suposta incongruência entre o artigo 385 (vigente) e a Constituição, está se falando de uma investigação da validade propriamente dita da norma, o que é possível dentro de um Estado Democrático de Direito. Ao possibilitar que o Juiz

<sup>44</sup> Sobre objeto, diz Dinamarco: “a palavra objeto resulta do encontro da preposição latina *ob* com o verbo *jactio*, resultando no verbo composto *objicio*. Ora, *ob* significa ‘diante, defronte, à vista’; e *jactio* quer dizer ‘lançar, atirar, arremessar’. Daí o significado de *objicio*, que é ‘propor’ (pro + pôr), ou seja, ‘pôr diante de’. E *objeto*, que é a fórmula vernácula do substantivo latino formado a partir desse verbo (*objectus*), serve para designar algo que é *posto diante* de uma pessoa, ou como alvo de uma atividade sua” DINAMARCO, Cândido Rangel. **O conceito de mérito em processo civil: Fundamentos do processo civil moderno**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 187.

<sup>45</sup> “As investigações sobre o objeto do processo parecem indicar um ponto comum: o objeto do processo, penal ou civil, é a pretensão. Toda discussão situa-se em determinar qual é o conteúdo de tal pretensão. (...) Mas é necessário voltar à velha discussão dos processualistas tedescos, distinguindo a pretensão processual (*prozessuale Anspruch*) da pretensão de direito material (*materiellrechtliche Anspruch*)” BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 68.

<sup>46</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 81.

<sup>47</sup> “o fato é o objeto do processo penal (...) e irá delimitar o poder de cognição do julgador, que não poderá conhecer daqueles não constantes da acusação formal, cuidando da manutenção de identidade dos fatos, durante todo o curso do processo penal, de natureza condenatória” POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 70-71.

<sup>48</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Estudos sobre a pretensão processual**. Direito processual penal. 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 162.

condene o réu tendo o Ministério Público solicitado a absolvição, há, no mínimo no plano da aparência, uma tensão entre o juiz garantidor<sup>49</sup> e o aplicador de uma norma que possivelmente viola preceitos constitucionais e os próprios fundamentos do processo penal, como visto acima.

Fica claro, então, que a recepção do artigo 385 deve ser aferida frente às garantias constitucionais, e por garantias entende-se:

“as técnicas criadas pelo ordenamento para reduzir a divergência estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, para realizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais em coerência com a sua estatuição constitucional. É bom que se diga que vigência e existência das normas para nós filiados ao pensamento que impera no seio do garantismo penal, estão relacionadas à simples legalidade das formas e fontes das normas jurídicas, enquanto a validade depende da estrita taxatividade de seus conteúdos, como resultado da conformação delas às garantias.” (PRADO, 2005, p. 90).

Dentre as garantias, algumas são especialmente relevantes na nossa investigação e serão tratadas de maneira mais profunda no próximo capítulo, mas, a título de exemplo, temos a imparcialidade do juiz, o contraditório, devido processo legal e legitimidade privativa no Ministério Público em ações penais públicas. Essas garantias são limitações de fato ao poder<sup>50</sup>.

Se este artigo suprime alguma dessas garantias, como alguns autores afirmam<sup>51</sup>, caracteriza assim uma violação frontal a Constituição da República e precisa ser suprimido. Porém essa conclusão não é evidente visto que ao incluir outros princípios como o da obrigatoriedade e da separação entre juiz e Ministério Público, a dinâmica do debate muda completamente. Anote-se, desde já, que a separação entre os sujeitos tem de durar todo o

<sup>49</sup> “O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista.” LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 761.

<sup>50</sup> “todo direito é formal, isto é, —que ele nada mais deve ser que a realização formal da justiça, a sua realização segundo certos meios e regras conhecidos da comunidade e acrescenta que —a regularidade formal é sempre uma garantia diante do poder, uma limitação do arbítrio.” PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 94.

<sup>51</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 99.

processo, inclusive durante a decisão. No atual código, por vezes, esse preceito é suprimido mesmo estando sob a irradiação de uma Constituição que prescreve uma estrutura específica<sup>52</sup> de garantia austera dos direitos fundamentais.

---

<sup>52</sup> “O foco no poder de definição do crime imputado ao réu e o tratamento dispensado à matéria pelo Código de Processo Penal brasileiro de 1941, inspirado no Código Rocco, demonstram que a manipulação das funções processuais para atribuir ao juiz atividade de parte autora, com independência da gestão da prova, encarna a política criminal da inquisitorialidade. Modificar o teor da acusação e produzir provas de ofício são atividades que, em suma, atentam contra a presunção de inocência.” PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 239.

## 2 PRINCÍPIOS NO ÂMAGO DO DEBATE

### 2.1 Delimitação axiológica do poder

Entramos, irreversivelmente, na análise do artigo 385 a partir dos princípios que o tangenciam. A par das definições de princípio constitucional no processo e princípio processual-constitucional<sup>53</sup>, prosseguiremos sem maiores distinções. Tomaremos como certo que um processo penal democrático precisa ser regido por princípios garantidores do respeito aos direitos individuais e aos pilares do Estado Democrático de Direito frente aos poderes deste mesmo Estado, conforme prenuncia Ferrajoli:

“os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade” (2002, p. 30).

Sem perder de vista as críticas contundentes sobre a efetividade dos princípios na vida prática dos tribunais<sup>54</sup>, não aceitaremos tal premissa, pois, mitológicos ou não, debateremos considerando-os centrais na “instrumentalidade constitucional” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 52) do processo penal moderno. Dado que, a nós não parece razoável mantermos alheio a este trabalho os princípios que garantem a efetivação dos direitos individuais ou sua exigibilidade<sup>55</sup>, principalmente por se tratar do processo penal, onde *jus puniendi* e *jus libertatis* estão sob estresse<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 5.

<sup>54</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 39.

<sup>55</sup> Sobre os direitos individuais “Se ontem não eram reconhecidos na totalidade, hoje se busca efetivá-los, pois, em relação aos direitos do homem, o problema maior da atualidade não é fundamentá-los, mas, sim, concretizá-los.” POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 25.

<sup>56</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 19.

Nesses termos – “As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são a atualidade das garantias constitucionais” (JÚNIOR, 1920, p. 9 *Apud* POZZER, 2001. p. 24.), sob a égide de uma constituição democrática, como a de 1988, não haverá processo alheio às garantias descritas a seguir<sup>57</sup>, aliás vejamos.

## 2.2 Princípios em espécie

### 2.2.1. Princípio da Jurisdicionalidade

O direito fundamental à jurisdição, ou seja, ter um juízo penal como decorrência de garantias penais e como catalisador da efetivação destas garantias (dimensões substancial e instrumental, respectivamente<sup>58</sup>), é não apenas um poder do Estado, mas também uma garantia de que este poder é uma ilha envolta por princípios que protegem os direitos fundamentais, é um poder-dever.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 87.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 432.

<sup>59</sup> “... reclama tal situação, do Estado, por ter ele assumido o monopólio da distribuição da Justiça, que proveja a um equilíbrio entre a *assecuração do poder-dever de punir* – traduzida, como também anteriormente, vimos, no *interesse de não se deixar impune um culpado* – e a *preservação do direito de liberdade do suposto infrator a norma positiva penal*, tudo mediante a realização de um procedimento devidamente organizado, para, nunca sucessão coordenada de atos e termos, atingir-se a *finalidade do processo penal*, vale dizer, para a efetiva punição do culpado ou absolvição do inocente. Eis aí, em abreviada síntese, a essência do *caráter publicístico da ação penal*” TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 49.

Para tanto, este princípio exige um comprometimento não só dos sujeitos processuais, mas da própria estrutura do processo, sua lógica, em resumo, todos seus aspectos, com a efetiva observância dos demais princípios durante toda marcha<sup>60</sup>.

Aqui aptos a declarar que o artigo 385 respeita a dimensão substancial da jurisdição, pois, sua aplicação ocorre dentro e ao fim de um processo cognitivo. Porém, nos parece razoável concluir que se por um lado não podemos afirmar, a priori, a coerência do artigo 385 com a dimensão instrumental do princípio da jurisdição sem antes observar sua coerência com os demais princípios abarcados nele, já podemos afirmar que se este dispositivo ferir as seguintes garantias, ferirá também à jurisdição.

### 2.2.2 Princípio da Legalidade

O processo penal democrático não comporta como suficiente a conformada alegação de que a pena e, antes, o processo de aferição da culpa foi precedida de lei vigente, como vimos no capítulo anterior os tribunais superiores fazerem ao analisar se o artigo 385 foi recepcionado. Pois, esta lei, fonte de existência do ato de condenar quando o *Parquet* demanda absolvição, tem sua validade condicionada à sua capacidade de expressar as garantias constitucionais. Esta é a diferença entre mera legalidade e “legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos” (FERRAJOLI, 2002, p. 79).

Equivale dizer que, a princípio, o legislador, mas também o magistrado, têm de afastar a aplicação do artigo 385 ou de determinada interpretação, se um destes ferir garantias.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 27.

<sup>61</sup> “Dito de outra forma, *as regras do jogo* devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de *validade Garantista*, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal, sem que se proceda antes e necessariamente, *oxigenação constitucional*. Nesse caminhar procedimental, preparatório ao ato de império, a existência efetiva de *contraditório* consiste em sua característica fundamental. Assim é que a teoria do processo precisa ser revista, a partir do *contraditório*, implicando na modificação da compreensão de

### 2.2.3 Princípio do Devido Processo Legal

Este princípio, chamado por alguns como devido processo penal<sup>62</sup>, prescreve rigorosa forma a ser seguida para que uma pessoa seja considerada culpada. É notório, contudo, que o devido processo legal é um Virgílio para o magistrado, “é um *standart* por que hão de guiar-se os juízes” (DERGINT, p. 255 *Apud* POZZER, 2001. p. 22) ou, nas palavras de Tucci:

“E determinam, inequívoca e inexoravelmente, que uma pessoa física não pode ser privada de sua liberdade (ou de outros bens a ela correlatos) sem o *devido processo penal*, em que se realiza a *ação judiciária*, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflição e na concretização da pena, ou da medida de segurança, como na afirmação do *jus libertatis*” (TUCCI, 1993, p. 19).

### 2.2.4 Princípio da Ampla Defesa

Um dos desdobramentos do devido processo legal é o princípio da ampla defesa que reconhece ao acusado o direito de defender sua liberdade e seus bens frente o Estado. Como bem disse Pozzer, - “Se ao Estado surge o direito de punir o pretense criminoso, a contar do cometimento do crime, ao acusado desponta o correspondente direito de defesa a proteger-lhe a liberdade jurídica” (2001, p. 46). A par o fato de ser um direito do acusado, todos os sujeitos processuais ganham imediatamente com o respeito a esse princípio.

---

diversos institutos processuais vigorantes na prática processual brasileira” ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 60.

<sup>62</sup> “A garantia do devido processo legal, especificada ao processo penal (devido processo penal), reclama, para sua efetivação, como visto, que o procedimento em que este se materializa observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade resolutória de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o punitivo e o de liberdade. (...) Mencionada garantia, outrossim, e como antes igualmente acenado, é delineada, até mesmo determinada, por preceituações constitucionais direcionadas ao processo penal, e que, à evidência, ‘não podem ser desconhecidas, dreta ou indiretamente, das leis processuais’ que o disciplinam” TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 92.

Uma tese que sobrepõe uma antítese robusta (aqui sua ligação com o princípio do contraditório), carrega legitimidade e garante à síntese um juízo mais completo, diminuindo assim sua falibilidade. Sendo um procedimento em que o cidadão pode ser de fato ouvido e ter os seus argumentos e provas levados em consideração, vira o “processo penal instrumento de defesa” (POZZER, 2001, p. 78).

Importante para o nosso estudo notar que direito de defesa permeia todo o processo, inclusive a sentença carrega suas marcas, quando considera os pontos trazidos pelo sujeito passivo no exercício deste princípio. Para tanto, precisa haver condições da sua prática. No jogo do contraditório, a ampla defesa é o equivalente inverso do direito de ação, aquela é reativa a este e, para tanto, este tem de cumprir certos requisitos para a viabilidade daquela. É, inclusive, possível violar o contraditório sem violar a ampla a defesa, pois como vimos não é só de defesa que o contraditório é feito<sup>63</sup>.

Até aqui não parece o artigo 385 ter ferido este princípio, pois, acolher a inicial acusação baseado nas provas, discordando das alegações finais do Ministério Público e do exercício da defesa, não pressupõe a supressão da defesa.

Não há que falarmos em uma conclusão óbvia em sentido contrário. O ápice do direito de defesa é, após ter tido a capacidade de provar as falhas na pretensão acusatória, ver que todas suas provas e argumentos foram levados em consideração na construção da sentença, ainda que esta seja em seu desfavor. Visto que não afasta o dever do juiz de preservar o contraditório e motivar completamente sua decisão.

---

<sup>63</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 116.

Não há também que se falar que o réu não tinha do que se defender quando o órgão de acusação exigiu sua absolvição em alegações finais, pois este ato é um último olhar para todo o processo fazendo um conclusivo esforço argumentativo para influenciar o magistrado. Se, contudo, ao olhar para todo o procedimento o réu não vê do que se defender, o problema está em lugar diverso do artigo 385.

### 2.2.5 Princípio Acusatório

O princípio acusatório estatui uma divisão e independência orgânica e ideológica entre réu (que exerce o direito de defesa), autor (que exerce o direito de ação) e juiz (titular do poder jurisdicional). Para tanto, entendemos que não há homogeneidade entre os princípios acusatório e dispositivo.<sup>64</sup>

De nada adianta, no entanto, termos um juiz afeito de antemão a solução proposta por uma das partes ou institucionalmente existir confusão entre juiz e acusação. Diante deste aspecto, o artigo 385 também parece coerente com um processo democrático, pois, dá independência ao magistrado para discordar do Ministério Público.

O fato de no plano mais imediato existir um desacordo entre acusação e juiz permite concluir que o código sufragou o caráter cognitivo da aproximação do magistrado para proferir a sentença (valorizando assim a imparcialidade) ou deveríamos dizer que a posição do juiz, ainda que em dissonância com a postulação do órgão do Ministério Público no caso concreto, está mais próxima de um espírito ofensivo, o que de fato feriria o princípio acusatório?

Para respondermos tal pergunta precisamos invocar, ou evocar, o princípio do contraditório, porque parece-nos, contudo, que o princípio acusatório é garantido quando o

---

<sup>64</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 187-188.

contraditório é satisfeito, afinal, na prática, uma separação, meramente formal, entre os sujeitos processuais sem a capacidade de acusação e defesa influenciarem equivalentemente a decisão torna o princípio oco<sup>65</sup>.

### 2.2.6 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório não só garante as partes a capacidade de provar a verdade do que alegam dialeticamente, como a capacidade para atingir este objetivo, assim como que suas provas influam na decisão do juiz imparcial<sup>66</sup> e que sejam informadas sobre as vicissitudes do processo, ainda que este direito na prática não seja exercido, visto que na prática nem sempre haverá discordância das partes<sup>67</sup>.

A norma garantidora do contraditar guarda íntima relação com o direito de defesa, porém, Jacinto Coutinho denuncia que o processo penal pátrio não garante igualdade formal nem material<sup>68</sup>. Para fins de isolar o objeto de nossa pesquisa de qualquer influência indesejável, tomaremos como premissa que todos os atos anteriores às alegações finais e sentença ocorreram sob o crivo do contraditório.

<sup>65</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 220.

<sup>66</sup> “O princípio do contraditório é típico de um processo de partes, no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional (conforme determina o princípio da imparcialidade), embora, *presentando* o Estado na relação processual, é o detentor do Poder e, por conta disto, funciona como órgão *mediador*, através do qual passam os pleitos.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba. dez. 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 27 out. 2020.

<sup>67</sup> “O contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse. Inexiste incentivo para contradizer um fato, com o qual se concorda, ou uma prova, com a qual se está de acordo. Logo, a abertura de chance para analisar e, querendo, contrariar já é suficiente exercício do contraditório, vale dizer, não é a expressa manifestação contrária de uma parte, dirigida a outra, que faz valer o contraditório. Este emerge legítimo, quando se concede a *oportunidade para manifestação* em relação a algo, no processo, mesmo que não seja utilizada” NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 351.

<sup>68</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba. dez. 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 27 out. 2020.

No fim da fase instrutória, primeiro fala a acusação, depois a defesa e por fim o juiz proclama a sentença. Essa forma é rigorosa, sob pena de nulidade<sup>69</sup>. É nessa fase que as partes valoram as provas produzidas no decorrer do processo, e as alegações de defesa encerram o contraditório, influenciando (como já apontado) a decisão final.

Nesse momento o contraditório mostra-se como técnica de esclarecimento, e limitador da manipulação das provas juntadas ao processo<sup>70</sup>. Na visão de alguns, se Ministério Público e defesa demandam absolvição do réu, uma eventual sentença condenatória extrapolaria os limites impostos pelo contraditório. Quem esclarece bem o ponto dessa parte da doutrina é Geraldo Prado em:

“Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. Pelo contrário. Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. O fundamento da nulidade é a violação do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República)” (2005, p. 190).

<sup>69</sup> “A inversão processual, falando antes a defesa e depois a acusação nas alegações finais (...) implica nulidade tanto quanto no caso da sustentação oral (...), por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, quando a defesa argui questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e a manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do CPC, como previsto no art. 3º do CPP, pois em tal caso é de rigor que outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da defesa.” HC 76.420, rel. min. Maurício Corrêa, j. 16-6-1998, 2ª T, DJE de 14-8-1998” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus n.º 104.261**. Relator: min. Dias Toffoli. Julgado em: 15/03/2012. Publicado em: 07/08/2012. **Lex:** Supremo Tribunal Federal. Coletânea Temática de Jurisprudência, Direito penal e processual penal. p. 69.

<sup>70</sup> “Ademais, contraditório é uma abertura necessária para evitar a manipulação da prova por parte do juiz (ainda que inconscientemente). Sua ausência, além de constituir uma grave e insanável violação das regras do jogo (forma enquanto garantia), faz com que, segundo CORDERO, abram-se as portas ao pensamento paranoide, pois, como dono do tabuleiro, o (juiz) inquisidor dispõe das peças como lhe convém: a inquisição é um mundo verbal semelhante ao onírico, onde tempos, lugares, coisas, pessoas e acontecimentos flutuam e se movem em quadros manipuláveis.” LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 328.

Já outros, veem que se o contraditório for respeitado em todo o processo, inclusive vinculando a fundamentação da sentença apenas ao que foi debatido, o artigo 385 não representará uma violação a este princípio, pois o juiz não deveria ser tratado como um sujeito alheio a todo o desenvolvimento deste jogo democrático<sup>71</sup>.

## 2.2.7 Princípio da Obrigatoriedade

Há também um debate em torno da violação/ reafirmação do princípio da obrigatoriedade pelo art. 385. O princípio da obrigatoriedade impõe um dever ao Ministério Público de oferecer denúncia sempre que as condições da ação forem preenchidas<sup>72</sup>.

Não pode o Ministério Público, portanto, nas ações penais públicas incondicionadas, fazer um juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade da ação, de tal forma que, decorre desta a ideia de indisponibilidade da ação (art. 42, Código de Processo Penal<sup>73</sup>) em curso, o que na visão de autores como Nucci, é fulcro de constitucionalidade do artigo 385<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183. julho/set. 2009. p. 117-139.

<sup>72</sup> “Nesse sentido, a obrigatoriedade da ação penal é só um aspecto ou, se quisermos, um corolário de outras essenciais características estruturais do sistema garantista SG: primeiramente, da legalidade ou sujeição apenas à lei de toda a função judiciária, o que exclui seu impulso com base em critérios puramente arbitrários e potestativos; em segundo lugar, da indisponibilidade das situações penais que previne o valor dirimente da confissão do imputado ou o poder absolutório dos órgãos de acusação, em geral impedindo também a importância de transações, aceitações ou renúncias entre as partes em causa; em terceiro lugar, do princípio de igualdade penal, que impede qualquer disparidade de tratamento dos crimes propiciada por opções potestativas sobre a oportunidade do processo, ou, pior, por avaliações acerca do comportamento processual do imputado e particularmente sobre sua disponibilidade para negociar com a acusação.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 457.

<sup>73</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, 02 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>74</sup> “*princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e princípio consequencial da indisponibilidade da ação penal*: significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia. Não há, como regra, no Brasil, o princípio da oportunidade no processo penal, que condicionaria o ajuizamento da ação penal ao critério discricionário do órgão acusatório – exceção seja feita à ação privada e à pública condicionada. Ressalte-se que, neste último caso, se trata da incidência de ambos os princípios, ou seja, oportunidade para o oferecimento da representação, obrigatoriedade quando o Ministério Público a obtém (ver nota 31 ao art. 5.º e nota 12 ao art. 24). Como decorrência desse princípio temos o da *indisponibilidade da ação penal*, significando que, uma vez ajuizada, não pode dela desistir o promotor de justiça. Logicamente, hoje, já existem exceções, abrاندando o

Por outra perspectiva diz-se que, se de fato o Ministério Público é obrigado a propor a ação quando devidamente convencido, a opinião como *dominus litis* pela absolvição não é emanada por um órgão imparcial, mas sim, por ter sido persuadido do contrário no decorrer do processo. Isso, no mínimo, reforça no limite da redundância a necessidade de o juiz fundamentar bem sua decisão, passando por todos os pontos alegados<sup>75</sup>.

O juiz curva-se à necessidade de correlação entre a decisão e pedido, inclusive vinculado ao que foi altercado no processo. A questão que surge aqui é qual ato delimita a atuação do magistrado, a denúncia ou complementarmente as alegações finais? É o que investigaremos no próximo capítulo.

---

princípio da obrigatoriedade, tal como demonstra a suspensão condicional do processo, instituto criado pela Lei 9.099/95, bem como a possibilidade de transação penal, autorizada pela própria Constituição (art. 98, I). Conectam-se ao princípio da legalidade ou da reserva legal, no âmbito penal. Na jurisprudência: TJGO: ‘O princípio da indisponibilidade da ação penal pública, permite ao Magistrado, em razão do interesse público, proferir sentença condenatória, ainda que o titular da ação tenha rogado pela absolvição nas alegações finais, conforme preconiza o art. 385 do CPP, sendo que tal dispositivo de lei jamais teve a sua inconstitucionalidade reconhecida pelos Tribunais Superiores’ (Ap. Crim. 391656-38.2008.8.09.0137 – GO, 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal, rel. João Waldeck Felix de Sousa, 25.03.2014, v.u.)” NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 33.

<sup>75</sup> “Ninguém pode ser punido por fato que não lhe foi irrogado, eis que a denúncia fixa os limites da atuação do magistrado, que não poderá decidir além ou fora da imputação, sob pena, como visto, de violação ao princípio da congruência, ou correlação entre acusação e sentença penal. Trata-se de relevante princípio processual, assim como o contraditório, a ampla defesa, a inércia da jurisdição e o devido processo legal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2<sup>a</sup> Turma). **Habeas Corpus n.º 129.284**. Relator: min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 17/10/2017. Publicado em: 07/02/2018. **Lex**: Supremo Tribunal Federal. Coletânea Temática de Jurisprudência, Direito penal e processual penal. p. 5.

### 3 A CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

Para entendermos se o artigo central deste trabalho desrespeita uma norma elementar de todo processo que se pretende congruente, precisamos esclarecer alguns pontos. Preliminarmente precisamos ter assentado que o que entendemos por concreto na sentença, sua conclusão sobre o fato processual penal, é na verdade a expressão final de um complexo de interações formais<sup>76</sup>, queremos dizer:

“O objeto da imputação penal, isto é, o fato punível atribuído a alguém, sofrerá uma constatação ao longo de toda a persecução penal. No início do inquérito policial, tem-se um fato enquadrável em um tipo penal atribuível a alguém, em grau de mera suspeita. Posteriormente, quando se vai avançando no caminho da transformação da probabilidade em certeza, o mesmo conteúdo será agora qualificado não sob a ótica da mera suspeita, mas de indícios, o que autorizaria o oferecimento da denúncia com a formulação da pretensão penal, isto é, da imputação. A instrução processual, por seu lado, nada mais é do que uma fase no *iter* procedimental destinada à colheita de provas para a verificação da veracidade ou falsidade da imputação quanto à autoria e existência do fato. (...) A sentença traz o grau máximo de certeza quanto à imputação, que nada mais é do que um projeto de sentença. Assim, o objeto do processo deverá permanecer o mesmo ao longo de todo o processo, desde a imputação até a sentença” (BADARÓ, 2019, p. 83).

A correlação entre a acusação e sentença é signo de característica do Poder de Punir, qual seja, sua inata frustração. Tal como o píer, que enquanto ponte é desiludido, o *jus puniendi*, enquanto poder, nasce dependente de provocação<sup>77</sup>.

#### 3.1 Apontamentos sobre a correlação

<sup>76</sup> “o direito processual penal visa a disciplinar o procedimento para averiguação e decisão sobre a ocorrência dum fato histórico qualificado como crime e a aplicação da sanção penal aos responsáveis pela sua prática” SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. ver. e atual. Lisboa: Verbo, 1996. p. 16.

<sup>77</sup> “somente por obra dos órgãos jurisdicionais pode obter o Estado reconhecimento da prevalência de seu interesse punitivo sobre o interesse penal de liberdade do suposto infrator da norma penal. (...) o *jus puniendi* só se efetiva quando o Estado-Administração solicita do Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal material” TUCCI, Rogério Lauria. **Jurisdição, ação e processo penal**. Belém: Editora Cejup, 1984. p. 49.

A correlação presume que a sentença se atenha e trate de todos os pontos trazidos na acusação<sup>78</sup>. Isso faz do processo, em alguma medida, previsível para o réu, visto que não pode ser surpreendido por uma decisão *extra, citra* ou *ultra petita*. Deste mandamento devemos inferir alguns fatos.

Os elementos que delimitarão a sentença são a imputação objetiva, subjetiva e a responsabilização contidos na denúncia. A denúncia, por sua vez deve ser clara, pois é dela que o réu irá se defender. Assim:

“A regra da correlação entre o fato imputado e o fato constante na sentença implica que o objeto do processo permaneça inalterado, durante todo o desenvolver do *iter* procedimental. (...) O objeto do processo, veiculado já no momento inicial, com a acusação, deve estar presente de forma inalterada na sentença” (BADARÓ, 2019, p. 103).

Seguindo este raciocínio poderíamos supor que a correlação deve ser entre as representações feitas sobre o objeto da acusação na denúncia e sentença. “A relação de identidade entre as duas representações não se estabelece em termos absolutamente lógicos, exigindo uma identidade total e absoluta. Trata-se de um conceito de identidade jurídico e não lógico” (BADARÓ, 2019, p. 107). Aqui o artigo 385 é viável, desde que a sentença condene circunscrita aos apontamentos iniciais debatidos durante o processo. Isso traz segurança a todas as partes, principalmente ao réu<sup>79</sup>, que através do contraditório podem objetivamente argumentar e provar suas exposições. Senão vejamos:

“Ciente da imputação fática que a denúncia lhe é feita e sabedor de que a sentença apreciará unicamente o fato que lhe é irrogado, estabelecendo, então, as emanações jurídicas que do mesmo hão de emergir, o acusado encontra, na preambular acusatória

<sup>78</sup> “Deve, pois firmar-se que *objeto do processo penal* é o *objeto da acusação*, sendo este que, por sua vez, delimita e fixa os *poderes de cognição do tribunal* (...) e a *extensão do caso julgado*” DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v. 1, p. 144-145.

<sup>79</sup> “Por isso, durante as fases da persecução penal, deve-se estabelecer rigoroso e completo controle da acusação, em todos seus elementos, assegurando ao acusado os direitos subjetivos constitucionais, penais e processuais, permitindo-lhe o prévio conhecimento de cada prova a produzir ou produzida, para que, de forma efetiva, possa rebatê-la, defendendo-se.” POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 82.

do processo, o *punctum pruriens* relevante para a sua defesa, pelo conhecimento que se lhe dá do fato atribuído” (PEDROSO, 1994, p. 116).

Ainda, se após uma denúncia sólida e toda uma instrução em contraditório, o órgão do Ministério Público se convencer da inocência do réu e em alegações finais opinar pela absolvição, sendo essas alegações também manifestações da acusação, não significa que o juiz deva extinguir o processo sem analisar o mérito, por ausência de interesse de agir, porque as ações penais públicas não estão à disposição do Ministério Público e o conteúdo da sentença está cingido ao da denúncia.

### 3.2 Esquadrinhando a acusação

De fato, ainda que a acusação permaneça inalterada no transcorrer de todo o processo, a interpretação dela é dinâmica e sujeita a influências<sup>80</sup>. Como o teor do nosso trabalho é, em essência, a divergência de interpretações e como estas se influenciam, cabe aqui aprofundarmos o tema da acusação. O Código de Processo Penal assim preceitua: “Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> “Reunidos elementos indicativos de autoria, teremos a acusação, que se inicia possível; mas, vai se firmando aos poucos, na nota de culpa, no indiciamento, no relatório da autoridade policial, tornando-se limitada (bitolada) na denúncia ou queixa e na pronúncia, desenvolvendo-se o processo penal condenatório em torno dela, até tornar-se definitiva na sentença penal, ou na decisão final de segundo grau, ou de grau superior. Da definição atingida, percebem-se os três elementos que compõem a acusação: fato de relevância penal, indicação de autoria e responsabilização penal. Os dois primeiros elementos (...) constituem a *imputação*, ou seja, a atribuição do fato considerado delituoso, a alguém, provável autor.” POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 64-65.

<sup>81</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, 02 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

Para o processo penal, “desponta a acusação como o *ato de indicar alguém como provável autor de fato penal relevante, para sua responsabilização, em procedimento extrajudicial ou judicial; no curso da persecução penal, ou no correr do processo de execução penal*” (POZZER, 2001, p. 63-64). Daqui surge a ideia de garantia de defesa, uma vez que, enquanto a acusação consiste em atribuir a alguém a responsabilidade por um crime, defender-se é negar o que a si é atribuído<sup>82</sup>.

Contudo, parece reducionista interpretar o princípio da correlação, como exigindo concatenação entre sentença e denúncia, a acusação não se resume a denúncia. Pelo contrário, persiste após esta<sup>83</sup>. Por que o juiz deve observar a narrativa do *Parquet* em grau intelectual de mera probabilidade e pode discordar da narrativa deste mesmo órgão num juízo (*lato sensu*) muito mais substancial, que favorece o réu? Ora, ambas são peças de acusação, a acusação que vincula a decisão permeia ambas. Nucci responde que:

“Na finalização da fase instrutória, surgem as alegações finais (orais ou escritas), devendo manifestar-se, em primeiro plano, o órgão acusatório. Na sequência, expressa-se a defesa. Tratando-se de mera avaliação das provas existentes nos autos, finda-se o contraditório com a alegação defensiva. Em caso excepcional, arguindo fato novo, mormente acompanhado de qualquer prova, em função da ampla defesa, deve-se outra vez ouvir a acusação. Cientes as partes, enfim, de todo o conteúdo dos autos, passa-se à decisão do magistrado. E, nesta atividade final, elucida André Luiz Nicolitt: “não basta que as partes falem no processo, é preciso que elas sejam ouvidas. Assim, se o contraditório deve reger todo o curso do processo, a sentença – como ato pelo qual o juiz esgota sua atividade jurisdicional – deve ser a manifestação apoteótica do contraditório” (2015, p. 351).

Vale a pena citarmos que a redação do 385 encara a manifestação do Ministério Público como uma opinião, o que seria uma visão desatualizada do Ministério Público como instituição

<sup>82</sup> Para parte relevante da doutrina, acusação significa “aquele que se apresenta em ‘contraposição com a ideia de defesa’; sobrelevando o contraditório (...) como expressão de posicionamentos teoricamente antagônicos” TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 60-61.

<sup>83</sup> “A acusação exposta nessas peças iniciais poderá, ou não, ser confirmada, durante a instrução do processo. De qualquer modo, será ultimada nas alegações finais. Quando requerer a condenação, o acusador deverá demonstrar a certeza processual da imputação” POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 81.

essencial à justiça<sup>84</sup>. Essa visão antiquada seria, para Edimar Carmo da Silva, fonte de má interpretação dos tribunais superiores sobre o tema<sup>85</sup>.

Essa posição esvazia a relevância desse ato na proposição processual. Uma resposta mais coerente com o desiderato do código processual, é que as alegações finais são atos dialéticos capazes de vincular a decisão final, ao menos, na medida em que o alegado ali deve ser enfrentado e com a devida motivação, ainda que para afastá-lo. Sobre isso veja:

“Entretanto, não se pode deixar de reconhecê-las também como um ato de acusação – por óbvio, excluídas aquelas apresentadas pela defesa –, porque, embora o acusador público, após análise das provas, possa requerer a absolvição, o mesmo não acontece com o querelante nas ações de exclusiva iniciativa privada. Se não pugnar, explicitamente, pela condenação, estará consumada a perempção, causa de extinção da punibilidade. A reafirmar essa assertiva, de que as alegações finais do Ministério Público ou do querelante constituem atos de acusação, está no fato de que a ausência daquelas a serem apresentadas pela defesa, ou sua deficiência, implica nulidade do processo, pela inobservância do contraditório indisponível, pois, esse é o momento último de contrariedade dos argumentos acusatórios” (POZZER, 2001, p. 121-122).

E, ainda assim, poderíamos alegar que a máxima acusatoriedade não foi atingida, visto que, parte relevante do debate sobre este artigo está na questão da intervenção de um dos

---

<sup>84</sup> “Nada obstante, ainda em tempos atuais os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nominam as promoções do Ministério Público de “parecer”, como nominavam os atos de consultoria realizados por essa instituição antes da atual Constituição Federal. Quem realiza ato de consultoria emite uma opinião. Não por outra razão, o antes mencionado art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro de 1941 refere-se ao que o Ministério Público tenha “opinado”, como se tratasse de um ato de consultoria. Esse ponto parece ser o entrave que conduz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, retratada nos ditos precedentes, a não reconhecer o Ministério Público, tal como contemplado em sede constitucional e na respectiva lei orgânica, como instituição essencial à função jurisdicional – penal – do Estado.” SILVA, Edimar Carmo da. A política e a democracia nas decisões judiciais: o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 e o Superior Tribunal de Justiça. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 305-330, jan./dez. 2014.

<sup>85</sup> “Normativamente reconhecido como essencial à função jurisdicional do Estado, o pedido formulado em sede de processo penal parece ecoar como um pleito político que apela para a vigência e para o respeito ao modelo democrático constitucionalmente fixado. Essa compreensão conduz a uma necessária revisão jurisprudencial dos órgãos políticos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, no tocante à natureza do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público em sede processual penal.” SILVA, Edimar Carmo da. A política e a democracia nas decisões judiciais: o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 e o Superior Tribunal de Justiça. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 305-330, jan./dez. 2014.

sujeitos no poder de outro, seja do juiz na acusação do *Parquet* – quando o artigo é aplicado – seja do Ministério Público no julgamento objetivo do magistrado – quando se afasta o artigo.

Em oposição ao argumento de que o Ministério Público deixa de exercer a pretensão acusatória quando pede a absolvição, temos o argumento de que este dispositivo garante a independência necessária para um magistrado exarar um julgamento objetivo e que com seu fim estaria condicionado à ingerência da opinião do órgão acusador. Significaria que o poder de identificar o interesse público seria concentrado na atribuição de um só órgão, o que não é de interesse da nossa Carta Republicana.

Para nós, entretanto, mais vale um controle da decisão judicial através do efetivo contraditório e motivação. A participação das partes interessadas no processo deve ser igualitária e apta a influir na decisão judicial, de maneira que não haja surpresa para as partes. Sem deixar de lado o debate até aqui, melhor será reforçar a efetivação extenuante dos arts. 5º, LV, e 93, IX, da Constituição, para evitar decisões solipsistas<sup>86</sup> e para garantir juízos imparciais, tão importante para o processo penal democrático.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> “A questão central passa, pois, pela inexorável exigência de que a motivação do ato jurisdicional seja “ampla”, abrangendo não só a versão “aceita” pelo julgador, mas também as razões pelas quais ele recusara a versão oposta.<sup>13</sup> A fundamentação deve ser assim “completa”, compreensiva de todos os aspectos relevantes da causa. Os interessados no provimento jurisdicional têm o direito (fundamental) – que decorre textualmente do art. 93, IX, da Constituição do Brasil – de obter “respostas” para suas alegações e provas, o que o obrigará ao compartilhamento decisório. O descumprimento deste dever tem como consequência, independentemente de qualquer alteração legislativa, a pena da nulidade (de resto, igual e textualmente prevista no citado dispositivo constitucional). Aponto para esta direção não porque seja contrário à efetiva implementação de um sistema acusatório (é óbvio que não!), mas porque temo, sinceramente, que algo se perca na disputa entre as “funções” e “estruturas” do sistema processual penal, que é, justamente, a tarefa jurisdicional de fornecer boas respostas (constitucionalmente/hermeneuticamente adequadas) aos casos que chegam ao tribunal (aqui compreendido como o “fórum do princípio”, para continuarmos fiéis a Dworkin). Para tanto, não espero que o réu coopere com o Ministério Público, e nem que o Judiciário saia à caça de prova acusatória, ou coisa do gênero. Repito: a divisão entre as funções de acusar e julgar é salutar e pressuposta pela Constituição, além do que, o processo (enquanto direito constitucional aplicado) é garantia para o réu de que, de fato, ele é inocente até prova em contrário. Mas tenho dificuldades em enxergar, no juiz, um outsider deste processo (principalmente num Estado Democrático de Direito, no qual, mesmo em sede penal, não se divisa uma relação de oposição entre Estado e cidadão)” STRECK, Lenio Luiz. *Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183. julho/set. 2009. p. 117-139.

<sup>87</sup> “De mais a mais, não tenho receio em afirmar que a almejada imparcialidade judicial é mais bem garantida com contraditório efetivo e com fundamentação exaustiva do que com um afastamento (na verdade, indiferença) processual do juiz em relação à conduta dos demais sujeitos processuais. Em resumo, estou convencido de que é a partir do fiel cumprimento deste dever fundamental de fundamentar decisões (produzidas em contraditório) que deve ser equacionada a questão da democracia que subjaz ao processo penal” STRECK, Lenio Luiz. *Novo*

Mudemos o foco do debate. Uma vez que, respeitado esses pontos, não está o juiz vinculado ao pedido absolutório do Ministério Público<sup>88</sup>. Está vinculado, sim, ao pedido da denúncia, mas a partir dela o julgador pode divergir das partes, sempre que as características supracitadas forem garantidas.

Sopesados tais pontos, parece-nos importante investigar a construção do conhecimento do magistrado, fundamental a toda decisão de mérito.

---

Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183. julho/set. 2009. p. 117-139.

<sup>88</sup> “Implantada efetivamente esta dinâmica, ou seja, a de levar o processo a sério (no sentido de “levar o direito a sério” de que fala Dworkin), não veria com embaraço a atitude de um juiz que conden(ass)e o réu, mesmo contrariamente ao pedido final de absolvição por parte do Ministério Público, muito embora isso possa parecer estranho e/ou esdrúxulo. Isto será assim, na exata medida em que os argumentos trazidos pelo Ministério Público (e, naturalmente, pela defesa) sejam demoradamente enfrentados e respondidos pela decisão judicial que se exporá, naturalmente, ao recurso do Ministério Público e da defesa.” STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183. julho/set. 2009. p. 117-139.

#### 4 SENTENÇA, CÓDICE DEMOCRÁTICO

Escolhemos tratar da sentença em capítulo próprio por sua importância central no artigo 385. Na vanguarda, sedimentamos que deve haver sentença condenatória quando houver juízo de certeza positiva sobre a conduta imputada, autoria e culpabilidade<sup>89</sup>.

A decisão final, e principalmente a decisão de mérito, é o fim almejado no processo e o Estado-juiz, detentor do poder-dever de punir, só aqui satisfaz seu direito que inicia lá na metáfora do píer<sup>90</sup>. É aqui, finalmente, que confirmamos se os princípios vistos foram efetivamente respeitados ou não, na medida em que:

“Nela se constata a observância, ou não, do devido processo penal e a confirmação da acusação, ou não, pelas provas, colhidas ou produzidas. Todas as teses arguidas pelas partes, ocorrências do processo e motivos ensejadores da decisão adotada devem ficar consignadas na sentença, permitindo-se a todos, partes e sociedade, conhecer o desfecho da acusação, como decorrência da publicidade dos atos judiciais (CR, art. 93, inc. IX)” (POZZER, 2001, p. 129).

A fim de validar se há correlação entre denúncia e sentença, no relatório, devemos levar em conta se os requisitos daquela se encontram nesta<sup>91</sup>. Como nós vimos, o objeto do processo

<sup>89</sup> “Da pesquisa de um fato pode resultar que a hipótese, certamente, aconteceu ou não. Poderá, ainda, resultar na convicção de que o fato é provável ou não. Por isso, *certeza e probabilidade positivas* são posições subjetivas do pesquisador que confirmam o fato averiguado ou tendem a confirmá-lo, segundo a graduação alcançada na aproximação à verdade. A *certeza e probabilidade negativas*, ao contrário, são posições subjetivas que não verificam a hipótese ou tendem a repeti-la. (...) Essas alternativas subjetivas é que irão orientar as decisões judiciais no processo penal. A sentença condenatória só pode ocorrer com a *certeza positiva* de ocorrência da imputação. Qualquer outro estado anímico (*certeza negativa, probabilidade positiva e negativa e dúvida*) impede a condenação e indica a absolvição como solução.” POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 41-42.

<sup>90</sup> “Frisamos, embora exclusivo titular do direito de punir, nem mesmo o Estado pode imediata e diretamente, impor a punição, que entende adequada porque esse direito é de coação ou coerção indireta, subordinado às regras do *nulla poena sine praevia lege e nulla poena sine iudicio*” POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 78.

<sup>91</sup> “Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas” e “Art. 381. A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz.” BRASIL. Código de Processo Penal, 02 de

se mantém imutável durante todo seu *iter*, as ditas identidades fática e legal. Por outro lado, o que é desenvolvido é o aspecto intelectualmente construído sobre este objeto.

É no juízo, precisamente na motivação, que podemos ver mais claramente se todos os argumentos trazidos foram levados em consideração, o porquê de uns terem sido acolhidos e outros não. De maneira que a satisfação da pretensão processual não sobrepuje o devido processo legal<sup>92</sup>. Ou seja, *veritas* e *auctoritas*<sup>93</sup> limitam-se reciprocamente, num processo penal saudável, no contingente democrático.

Precisamos deixar claro que essa verdade é a processual<sup>94</sup>, consequência da conclusão estrita ao objetivamente discutido<sup>95</sup>. As alegações finais, portanto, são a apresentação de significantes que embasam as teses das partes e deverão ser compreendidas pelo juiz imparcial.

O juiz neste marco deve emancipar-se de uma postura apática frente à realidade que se apresenta para tornar-se um construtor desta. Além disso, emancipar-se quando atua em sua deliberação, quando faz uma análise pormenorizada e uma valoração das provas trazidas à baila

---

outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>92</sup> “Do ponto de vista estatal, a sentença penal sempre representará uma satisfação da pretensão processual, mesmo naquelas hipóteses em que o Ministério Público mostre seu inconformismo com a decisão, pois aquela era a solução justa para o Estado-Juiz. Se o Estado afastou a atuação espontânea da norma penal, seja vedando a si próprio a aplicação imediata, seja retirando eficácia da manifestação de conformismo do acusado, sempre que a norma penal é atuada por uma sentença penal, o Estado, antes de estar cumprindo uma ‘obrigação’ de entregar a prestação jurisdicional, está realizando a sua função de efetivar o ordenamento jurídico-penal” BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 92-93.

<sup>93</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

<sup>94</sup> “A verdade de que se cuida, por certo, não traz a marca plenitude. (...) Tal não emerge realizável. Só a aproximação – maior ou menor – aflora praticável. Tratamos, pois, da verdade possível; da verdade, dita processual, ou atingível” ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**: o processo psicológico e a verdade judicial. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1981, v. 1, p. 19-20.

<sup>95</sup> Como nessa pesquisa cabe a nós investigar o que vem abrangido neste poder (de decidir) a partir das alegações finais, vale esclarecer que: “Concluída a *instrução*, cuja finalidade, como o nome este a sugerir, é instruir o Juiz para que ele possa decidir, vêm as *alegações das partes*, pelas quais se fazem exames críticos do acervo probatório. O autor procura demonstrar, ante as provas produzidas, a procedência do seu pedido. Fala, por último, o réu, contrariando a pretensão deduzida. É a réplica final. O processo chegou ao seu termo. Resta, agora, a decisão sobre a causa. O Juiz, com os olhos voltados para o direito aplicável, procede a uma reconstrução dos fatos de acordo com o material que dispõe, que são as provas produzidas” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4, p. 343.

pelas partes. Isso significa, inclusive, que o juiz deve agir de maneira impessoal e imparcial para tanto. De outra forma não haveria respeito a máxima acusatoriedade.

#### 4.1 Verdade e poder no processo penal

Porém instruir o juiz sobre fatos passados de tal forma espontânea pressupõe, dentro do devido processo legal, que este sujeito não tenha uma preconcepção do caso e que seja diligente em uma construção indutiva do seu convencimento. Temos aqui um certo tipo de tensão, não sabemos até que ponto fruto de um déficit democrático<sup>96</sup>, entre o poder judicial (as vezes visto erroneamente sob o prisma do livre convencimento) e a comprovação real dentro das regras do jogo, como bem aponta Ferrajoli:

“O abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, contudo, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais. A fórmula da "livre convicção", que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, na realidade foi acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais. Recepcionada neste sentido pela doutrina e jurisprudência, permitiu a ambas que iludissem, nos planos teórico e prático, o enorme problema da justificação da indução, sobre o qual, de Hume em diante, havia-se esforçado a reflexão epistemológica. E terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes. Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da "livre" convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus - ou, pelo menos, da necessidade - da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa.” (2002, p. 112).

Sabemos que não há relação necessária entre a normatização sobre a verdade e a limitação garantista do arbítrio judicial<sup>97</sup>, mas seria o 385 um exemplo negativo dessa proposição?

<sup>96</sup> “Até porque, como bem explica JACINTO COUTINHO, pelo *conhecimento do fato, tem um preço a ser pago pela democracia (não avançar nos direitos e garantias individuais)*” LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 311.

<sup>97</sup> “Por outro lado, nem todas as regras jurídicas sobre a verdade são regras "garantistas", quer dizer, dirigidas a limitar o arbítrio dos juízes e sua tendência de acolherem verdades subjetivas e incontroladas. Podem ser

Nos parece que a resposta desta pergunta está localizada no erigir desta verdade e não no quanto de verdade substancial encontramos nela<sup>98</sup>. Por certo, a verdade real é incognoscível e por essa razão existem regras que vinculam os sujeitos. À vista disso, autores como Aury propõem a realocação da verdade de maneira a afastá-la da fundação do processo:

“A decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina etc.) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a sua convicção acerca do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos (dentro das regras do jogo, é claro). O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal.” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 338).

Reforça seu argumento ao dizer que a prova exerce função de convencimento, sendo ela um fragmento da tese narrada pela parte<sup>99</sup>, e para isso descarta qualquer outro termo igualmente precário. Para ele, o processo estrutura-se na garantia do devido processo legal<sup>100</sup>.

---

consideradas como tais, sobre a base de nossa definição de verdade processual, somente aquelas cuja observação favoreça uma aproximação máxima a uma verdade objetiva e a uma absolvição em caso de dúvida” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 50.

<sup>98</sup> Sobre isso, nos afastamos de forma branda de Geraldo Prado: “Com efeito, desde o início salientamos que a legitimidade democrática do processo penal - e da solução que ele adjudica - depende do valor de verdade substanciado na sentença. A verdade é aí concebida como relação possível ou adequada entre a imagem que o juiz constrói acerca do fato e a forma real como este fato supostamente ocorreu.” PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 195.

<sup>99</sup> “Não existe uma determinação de veracidade, ou melhor, não é a verdade elemento fundante. Cada prova é tomada como um fragmento da história (TARUFFO emprega a palavra *story*), um pedaço da narrativa, interessando pela dimensão linguística e semiótica do processo como uma das tantas ocorrências do debate. As provas são utilizadas pelas partes para dar suporte à *story of the case* que cada advogado propõe ao juiz. A decisão final é a adoção de uma ou outra das narrativas. Fica excluída qualquer referência à veracidade das teses. É, em síntese, uma função persuasiva da prova (criticada pelo autor por uma suposta vagueza e incerteza de conceitos e limites). Nessa dimensão dialógico-narrativa a única função que pode ser imputada à prova é a de avaliar a narrativa desenvolvida por um dos personagens do diálogo, tornando-a idônea para ser assumida como própria por outro personagem, o juiz.” LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 336.

<sup>100</sup> “O problema é a “verdade”. Para o autor, inspirado em HEIDEGGER, a verdade é inalcançável, até porque a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Além de inalcançável, tampouco existem verdades absolutas, como a própria ciência encarregou-se de demonstrar, pois todo o saber é datado e tem prazo de validade (Einstein). Uma teoria só vale até que outra venha para negá-la. Logo, a verdade está no todo e o todo é excessivo, jamais pode ser alcançado pelo homem.” LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 337.

Ferrajoli, por outro lado, denuncia o risco que uma cruzada em busca de uma verdade substancial tem de virar decisionismo e arbitrariedade, não obstante, não descarta a necessidade de ir ao enalço de uma verdade dentro de regras claras sobre fatos relevantes para fundamentar uma condenação - é o que chama de “verdade formal” (FERRAJOLI, 2002, p. 38).

Para isso é preciso que as afirmações e as provas sejam refutáveis por provas e afirmações da outra parte, mas, principalmente, por uma averiguação do juiz imparcial. Essa verdade pode ser de duas ordens, fática ou jurídica, e ambas estão restringidas pelo contraditório. Para não ocorrer de forma vaga – lacunas na regra são preenchidas indevidamente pelo poder – o processo precisa ter um rigor linguístico, caso contrário temos uma abertura para interpretar as teses e provas de forma arbitrária. Isso é pressuposto inclusive de refutação da parte contrária, pois sem termos precisos refuta-se o que?

Logo, a nosso entender há aqui uma cadeia garantista, qual seja: o juízo de certeza positiva só ocorre com a comprovação da tal verdade processual, esta que demanda verificabilidade, que por sua vez só é possível em efetivo contraditório, o qual vindica motivação extenuante, e tudo isto só tem viabilidade com rigor linguístico.

Essa tese aparenta não coexistir com a ideia de persuasão racional do livre convencimento, modelo escolhido pelo legislador<sup>101</sup>, que busca dar liberdade de atuação ao juiz para valorar as provas, sem hierarquia entre elas, desde que tenham sido contraditadas pelas partes.

Cabe aqui dizer que o modelo da livre convicção para Ferrajoli é uma ferramenta de solução de incerteza sobre a verdade fática<sup>102</sup>, mas para nós não faz sentido, como demonstraremos a seguir.

---

<sup>101</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª ed., atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 521.

<sup>102</sup> “opções interpretativas acerca das qualificações de direito e livre convicção acerca das provas de fato. Estes dois modos são alternativos entre si no sentido de que a livre convicção não pode intervir nas decisões sobre a

A segurança do direito penal mínimo, modelo adotado pela Constituição, não parece possível sem uma epistemologia da falsificação<sup>103</sup>, o que exige uma fundamentação extenuante e clara. Isso não significa que o juiz deva ser monolito num processo das partes, pois:

“Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará” (GRINOVER, 2002).

Se durante o curso do processo o juiz foi construindo sua decisão a partir da interação cognitiva ativa com as provas, num jogo entre partes igualmente capazes de defender seu ponto de vista, está seu poder-dever vinculado a um sentido linguístico do mundo – leia-se devido processo legal – para emitir uma sentença condenatória devidamente justificada.

#### 4.2 Acusação como linguagem e sentença como conhecimento

O professor Lenio Streck propôs uma mudança hermenêutica, chamada de viragem ontológico-linguística, que parece nos ser útil como um outro olhar para o artigo 385, Código de Processo Penal, principalmente no seu espírito, que é a construção de um juízo. Explana:

---

verdade jurídica (se, por exemplo, determinado fato comprovado é um furto, uma apropriação indébita ou talvez um ato lícito), nem as opções interpretativas pode intervir nas decisões sobre a verdade fática (se, por exemplo, determinado grupo de pessoas suspeitas criou uma associação subversiva). Na prática, lamentavelmente, os juízes costumam confundir e intercambiar estes dois modos de solução das incertezas, às vezes mascarando os defeitos de legalidade estrita das normas e os espaços de arbítrio originados por eles por detrás da imagem da livre convicção e, outras vezes, suprimindo os defeitos de estrita jurisdicionariedade e da pobreza das provas com a ampliação dos tipos legais no âmbito interpretativo” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 87.

<sup>103</sup> “A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 490.

“Numa Palavra: a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão. Nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (Selbstsüchtiger), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento.” (STRECK, 2013, v. 1, n.p).

O acesso do juiz às teses de acusação e defesa, ou mais a fundo, ao que elas tentam provar como verdade, não se dá mais de forma “direta e objetivante” (STRECK, 2013, v. 1, n.p) mas por intermédio de seus significado e sentido, através das provas e da própria forma exigida – tanto as que validam estas provas (extensamente desenvolvidas neste trabalho) como a textualidade própria do processo<sup>104</sup>. Logo, o juiz-intérprete não deve julgar conforme sua consciência, pois:

“Como já se viu, deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que ‘constrói’ o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles (Blackburn).” (STRECK, 2013, v. 1, n.p).

A subjetividade que gera “ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário” (STRECK, 2013, v. 1, n.p) ganha a forma de termos como o livre convencimento dado que o “o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador. Consciência, subjetividade, sistema

---

<sup>104</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** - decido conforme minha consciência? 4ª ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. v. 1. Capítulo 1. Não Paginado.

inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema” (STRECK, 2013, v. 1, n.p).

A prática dos tribunais contudo parece eventualmente reforçar este estado de coisas, às vezes até a própria doutrina o faz. Ocorre que “Como afirma Lorenz Puntel: ‘verdade significa a revelação da coisa mesma que se articula na dimensão de uma pretensão de validade justificável discursivamente’” (STRECK, 2013, v. 1, n.p). Esse “assujeitamento que o sujeito faz do objeto” (STRECK, 2013, v. 1, n.p) deixa o devido processo legal à mercê do estado de espírito do promotor e do juiz.

“acreditar que a decisão judicial ou a promoção de arquivamento (ou um pedido de absolvição feitos pelo MP) são produtos de um ato de vontade (de poder) nos conduz inexoravelmente a um fatalismo. Ou seja, tudo depende(ria) da vontade pessoal (se o juiz quer fazer, faz; se não quer, não faz...!). Logo, a própria democracia não depende(ria) de nada para além do que alguém quer...! Fugamos disso! Aliás, a hermenêutica surgiu exatamente para superar o assujeitamento que o sujeito faz do objeto (aliás, isso é o que é a filosofia da consciência...!).” (STRECK, 2013, v. 1, n.p).

Alexandre da Rosa<sup>105</sup>, no Teoria dos Jogos, ao falar sobre o “coágulo de verdade” (ROSA, 2013, p. 97), trata do papel do juiz em analisar as proposições antagônicas e compreender adequadamente como tradutor jurídico. Nos parece razoável concluir que o todo compreensível pelo juiz está diretamente ligado ao limite semântico imposto pela narração das partes que, cabe observar, deve ser feita em termos apreensíveis (como já exposto). Não é o juiz que condiciona o objeto cognoscível, é o inverso:

“Com efeito, esse “princípio” – inicialmente conhecido como um “princípio geral do direito” e hoje, para minha total surpresa, “recepionado” em pleno Estado Democrático de Direito – representava um modo de institucionalizar no direito o “mito do dado” da metafísica clássica. Mutatis, mutandis, era a instrumentalização da ontologia clássica no processo penal, pelo qual a verdade do processo penal se revelaria ao juiz (adequatio intellectus et rei). A verdade estaria “nas coisas”, que, por terem uma essência, iluminariam o intelecto do juiz. Ocorre que, por desconhecimento filosófico ou uma corruptela metodológica, o aludido “princípio” foi transformado em modus interpretandi do paradigma que superou o objetivismo realista: o paradigma da filosofia da consciência. Desse modo, ao invés da “coisa”

<sup>105</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 97.

“assujeitar” o juiz – circunstância que asseguraria o exurgimento da verdade “dada” no âmbito do processo penal –, foi o juiz que passou a “assujeitar” a coisa (a prova processual). E a “verdade real” passou a ser aquela “extraída inquisitorialmente pelo juiz”. É dizer, a prova passou a ser aquilo que a consciência do juiz “determina”. Por alguma razão – que é de todos conhecida – a “verdade real” mudou de paradigma...!” (STRECK, 2013, v. 1, n.p).

O processo, como espaço e tempo de interação entre pelo menos três sujeitos, não pode ser o que individualmente querem estes sujeitos, porque:

“Ora, definitivamente, depois do giro ontológico-linguístico, não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista). O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos “fora” de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição. Este é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros, como que para dar uma espécie de “testemunho da verdade”” (STRECK, 2013, v. 1, n.p).

A decisão do juiz, portanto, deve ser constatada a partir de critérios estabelecidos, de acordo com a Constituição. Se o próprio juiz é um ser-no-mundo, não pode a sentença decorrer de um ato de vontade ou da sua consciência.

“Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade” (STRECK, 2013, v. 1, n.p).

Se não a partir de uma escolha, por qual parâmetro ocorre a decisão? O autor responde que “a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um

todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).” (STRECK, 2013, v. 1, n.p). O direito deve ser aplicado por completo e de maneira coerente e aqui entra a necessidade de uma fundamentação completa.

Em síntese, a decisão deve guardar relação não só com o que está posto no processo, mas também, e até mesmo para interpretar o que foi posto, guardar relação com o sentido do direito escolhido politicamente – característica que se apreende a partir dos princípios. Isso eliminaria a discricionariedade, porquanto nestes parâmetros há a interpretação mais condizente.

## CONCLUSÃO

O processo penal, enquanto instituição paradoxal de controle-ferramenta de poder do Estado, por lidar com direitos e deveres tão caros à República e estar sob a influência direta de uma Constituição que não cede espaço fora do Estado Democrático de Direito, foi um objeto deveras complexo e difícil de desenvolver por seus elementos estarem interligados e suas consequências irradiadas para fora dele, o que demanda um todo coeso.

Incide sobre o Processo Penal alguns direitos individuais, que nem sempre prevalecem, como o princípio do devido processo legal (penal), o contraditório, a correlação entre acusação e sentença, dentre outros.

Nosso trabalho buscou desenvolver uma investigação da prevalência destes e outros direitos individuais em um dos dispositivos do Código, qual seja o artigo 385, mais precisamente sua parte inicial. Pudemos tirar algumas conclusões, senão vejamos:

1.1. O debate sobre sistemas processuais, por mais que *a priori* possa parecer, não é relevante para a nossa pesquisa, pois estamos debatendo levando em consideração um conjunto de características constitucionais e processuais que existem independente do nome que se dê. Como se não bastasse isso, percebemos que hoje é impossível falar em sistemas puros, mas sim em nortes hermenêuticos segundo os quais nós nos embasamos para tratar nosso tema.

1.2. Por mais relevante que seja, os tribunais superiores, tão firmes na defesa do devido processo legal e dos institutos democráticos no decorrer da sua história, não têm dado o merecido tratamento à matéria, ainda que ela esteja presente no dia a dia dos tribunais e seja motivo de divergências com implicações gravíssimas, sendo a principal delas o cerceamento da liberdade de um ser humano. Deixando a desejar inclusive quando olhamos para outros países latinos como a Argentina e o México, por exemplo.

1.3. O réu deve possuir direitos subjetivos frente o juiz e a acusação, que lhe permitam defender-se com dignidade, efetividade e em pé de igualdade com a acusação. Para além disso, o fim do processo é a decisão definitiva de mérito, sempre respeitado o devido processo legal. O contraditório deve entremear todo o processo de forma substancial, inclusive a sentença, tendo seus atos como imprescindíveis para a decisão final.

1.4. O objeto do processo, a pretensão acusatória, é limitadora do juízo penal e, como tal, garantia para a defesa do réu, sendo ambas, ação e defesa, faces da mesma moeda.

2. Os princípios garantem racionalidade e confiabilidade na persecução penal e são peças centrais na análise da validade da norma processual penal, que em essência deve ser uma garantia dos direitos fundamentais contidos na Constituição da República de 1988.

2.1. Ter um juízo penal como decorrência de garantias penais e como catalisador da efetivação destas garantias é um direito fundamental. Que o artigo 385 respeita a dimensão substancial da jurisdição. E que estará dentro da dimensão instrumental se as outras garantias estiverem presentes no processo.

2.2. Diante da rigorosa forma prescrita pelo devido processo legal, o direito do Estado de punir alguém reclama ao acusado o direito de se defender de forma efetiva e essa dualidade tende a robustecer o próprio processo, que passa a ter uma visão mais completa. O artigo 385 não suprime o direito de defesa, em princípio, pois no decorrer de todo o processo a defesa teve a oportunidade de exercer seu direito e o Estado-Juiz tem o dever de levá-la em consideração ao proferir a sentença.

2.3. A par a diferença entre os princípios dispositivo e acusatório, este último exige uma divisão e independência orgânica e ideológica entre réu (que exerce o direito de defesa), autor (que exerce o direito de ação) e juiz (titular do poder jurisdicional).

2.4. O princípio do contraditório não só garante às partes a capacidade de provar a verdade do que alegam, como a capacidade para atingir este objetivo, assim como que suas provas influam na decisão do juiz imparcial e que sejam informadas sobre as mudanças idiossincráticas do processo, ainda que este direito na prática não seja exercido.

2.5. Não pode o Ministério Público, portanto, nas ações penais públicas incondicionadas, fazer um juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade da ação, nem, uma vez proposta a ação, declinar de ir até o fim – princípio da indisponibilidade – sob risco de termos um Ministério Público atuando de forma não republicana.

3. O *jus puniendi* não pode ser exercido sem a instigação judicial do Ministério Público através da denúncia, nos crimes de ação penal pública, portanto, a capacidade de decisão está restrita ao universo tratado no ato que o promove.

3.1. A imputação objetiva, subjetiva e a responsabilização contidas na denúncia, que deve ser clara, delimitam a sentença. Isso faz do processo, em alguma medida, previsível para o réu, visto que não pode ser surpreendido por uma decisão *extra, citra* ou *ultra petita*.

3.2. A acusação permanece inalterada no transcorrer de todo o processo, mas a interpretação dela é dinâmica e sujeita a influências, o que é natural no evoluir cognitivo do processo. Logo, só pode haver divergência entre acusação e sentença na representação mutável da acusação. Nesse contexto, as alegações finais são instrumentos de grande relevância, capazes de influir na decisão de um juiz imparcial e independente.

4. É na sentença, precisamente na motivação, que podemos ver mais claramente se todos os argumentos trazidos foram levados em consideração, o porquê de uns terem sido acolhidos e outros não. Este é um ato em que poder e verdade processual são inversamente proporcionais.

4.1. O juiz deve ser imparcial e diligente na construção indutiva do seu convencimento. Este convencimento está longe de ser livre, está limitado pelas provas, pelo contraditório e pela língua. Isso não quer dizer termos um juiz passivo, mas um juiz garantidor do processo penal democrático, que busca legitimidade em seus atos.

4.2. O acesso do juiz às teses de acusação e defesa, ou mais a fundo, ao que elas tentam provar como verdade, ocorre por intermédio de seus significado e sentido, através das provas e da própria forma exigida. Não é a consciência do juiz que determina o objeto, mas o contrário. Não há espaço para subjetividade na decisão no processo penal, o todo compreensível pelo juiz está diretamente ligado ao limite semântico imposto pela narração das partes. A decisão do juiz, portanto, deve ser constatada a partir de critérios estabelecidos, de acordo com a Constituição.

4.3. Levar esses pontos e a garantia dos princípios em consideração reorganiza o debate sobre a inquisitorialidade do artigo 385, pois, tendo estes valores respeitados, um olhar para ele pode concluir que se trata de um artigo constitucional, como concluímos neste trabalho.

Hoje, sob a ótica da Constituição vigente, este artigo não desrespeita a correlação entre acusação e sentença, nem outro princípio, desde que nós o interpretemos como um dispositivo que deve respeito a estes princípios.

## REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial**. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1981, v. 1.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Nova Reunião: 23 livros de poesia**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Lei n.º 10.792, 11 de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponíveis em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Lei n.º 11.689/08, 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponíveis em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/11689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11689.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Lei n.º 11.690, 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponíveis em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Lei n.º 11.719, 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponíveis em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11719.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. Francisco Campos. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal, 02 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 180.868/RS**. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. [...] Habeas corpus denegado. Relator: Min. Laurita Vaz. Data de Julgamento: 22/05/2012. Data de Publicação: DJe 05/06/2012. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201001410116&dt\\_publicacao=05/06/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001410116&dt_publicacao=05/06/2012). Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus n.º 60.987/RJ**. Sentença condenatória. Extra petita. [...] Recurso de habeas corpus provido, em parte. Relator: Min. Rafael Mayer. Data de julgamento: 03/06/83. DJ 05/08/83. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/731050/recurso-em-habeas-corpus-rhc-60987-rj>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus n.º 73.338/RJ**. HABEAS CORPUS - PROVA CRIMINAL - MENORIDADE - RECONHECIMENTO - CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54) [...] Precedentes. 3. Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/08/1996, Data de Publicação: 19/12/1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1629265>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas corpus n.º 93.211/DF**. HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. [...] DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA PACIENTE NA ORGANIZAÇÃO. Relator: Min. Eros Grau. Data de julgamento: 12/02/2008. DJe 24/04/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2579956>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas Corpus n.º 94.016/SP**. HABEAS CORPUS – SÚMULA 691/STF - INAPLICABILIDADE AO CASO - OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AFASTA A RESTRIÇÃO SUMULAR [...] Doutrina. Precedente do STF. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 16/09/2008, Data de Publicação: DJe 26/02/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601323>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas Corpus n.º 129.284**. Relator: min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 17/10/2017. Publicado em: 07/02/2018. **Lex:** Supremo Tribunal Federal. Coletânea Temática de Jurisprudência, Direito penal e processual penal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus n.º 104.261**. Relator: min. Dias Toffoli. Julgado em: 15/03/2012. Publicado em: 07/08/2012. **Lex:** Supremo Tribunal Federal. Coletânea Temática de Jurisprudência, Direito penal e processual penal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 339**. “O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/06/2010. Data de Publicação: 13/08/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3849248&numeroProcesso=791292&classeProcesso=AI&numeroTema=339#>. Acesso em: 26 out. 2020.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba. dez. 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 27 out. 2020.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **O conceito de mérito em processo civil**: Fundamentos do processo civil moderno. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e Globalização. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 11, n.º 30, p. 43-53, maio/ago. 1997. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200004&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200004&script=sci_arttext). Acesso em: 26 out. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As Origens do Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 168, p.11-17, abr./jun. 1987.

GOLDSWORTHY, Adrian. **Em nome de Roma**. Tradução de Claudio Blanc. 2ª ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 21, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. **Estudos sobre a pretensão processual**. Direito processual penal. 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Recurso em Sentido Estrito n.º 1.0024.05.702576-9/001**. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - ABSOLVIÇÃO DOS REUS DECRETADA [...] é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público. Relator: Des. Alexandre Victor de Carvalho. Data do Julgamento: 13/10/2009. Data da Publicação: 27/10/2009. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6010340/100240570257690011-mg-1002405702576-9-001-1>. Acesso em: 27 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limite.** 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: Evolução histórica e fontes legislativas.** Bauru: Jalovi, 1983.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro.** São Paulo: IBCCRIM, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 23ª ed., atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n.º 70026746511. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EMBUTIDO NOS AUTOS E NÃO APRECIADO.** [...] impõe-se o juízo condenatório, com o reconhecimento da majorante do concurso de pessoas, pois comprovada a participação de outros agentes na empreitada delituosa. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Data de Julgamento: 07/05/2009. Data de Publicação: 06/03/2009. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 27 out. 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, Edimar Carmo da. A política e a democracia nas decisões judiciais: o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 e o Superior Tribunal de Justiça. **Boletim Científico ESMPU.** Brasília, a. 13, n. 42-43, p. 305-330, jan./dez. 2014.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal.** 3ª ed. ver. e atual. Lisboa: Verbo, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 46 n. 183. julho/set. 2009. p. 117-139.

\_\_\_\_\_. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4ª ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 34ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo penal e tutela jurisdicional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição, ação e processo penal.** Belém: Editora Cejup, 1984.

\_\_\_\_\_. **Persecução penal, prisão e liberdade.** São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

VIANNA, Luiz Werneck. **Corpo e alma da magistratura brasileira.** 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 295.