



**WILLIAM HENRIQUE MARQUES PEREIRA**

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO APÓS PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS: UMA  
ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

**LAVRAS-MG**

**2019**

**WILLIAM HENRIQUE MARQUES PEREIRA**

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO APÓS PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS: UMA  
ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Universidade  
Federal de Lavras como parte das  
exigências do curso de Direito  
para a obtenção do título de  
bacharel.

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa  
Orientador

Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins Júnior  
Coorientador

**LAVRAS-MG  
2019**

*Ainda que eu andasse pelo vale  
da sombra da morte, não  
temeria mal algum, porque tu  
estás comigo;*

*Salmos 23:4.*

## RESUMO

Este artigo discute a possibilidade de o magistrado proferir sentença condenatória após o pedido de absolvição pelo Ministério Público em sede de alegações finais, tendo por base a refutação dos argumentos levantados por Afrânio Silva Jardim (2014), a partir da análise dos sistemas processuais penais e suas características fundantes, especialmente no que tange à iniciativa instrutória do juiz. Para tanto, foi empregada a metodologia de análise da literatura pertinente ao problema.

**Palavras-chave:** processo penal; sistema inquisitório; sistema acusatório; princípio unificador;

## **ABSTRACT**

This article discusses the possibility of the magistrate issuing a conviction after the Public Prosecution's acquittal in final allegations, based on the refutation of the arguments raised by Afrânio Silva Jardim (2014), from the analysis of criminal procedural systems and their characteristics. founders, especially with regard to the investigative initiative of the judge. To this end, we used the methodology of analysis of the literature pertinent to the problem.

**Keywords:** criminal proceedings; inquisitive system; accusatory system; unifying principle;

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b>	7
<b>Delimitando objetivos</b>	8
<b>Os sistemas processuais penais: um breve relato histórico</b>	8
O sistema acusatório	8
O sistema inquisitório	10
O surgimento de um novo sistema - a contemporaneidade	12
<b>Um equívoco conceitual</b>	15
<b>O sistema processual penal brasileiro</b>	17
<b>O artigo 385 do Código de Processo Penal</b>	24
<b>Considerações finais</b>	28
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	29

## 1. Introdução

Este artigo tem por objetivo uma análise crítica acerca da possibilidade de sentença condenatória após pedido de absolvição pelo Ministério Público, em sede de alegações finais.

Em breves considerações sobre o garantismo no processo penal, Afrânio Silva Jardim Silva Jardim (2014) critica a correlação entre formação autoritária e o papel mais atuante do juiz no processo penal.

Diante disso, questiona-se os fundamentos de Afrânio Silva Jardim para fins de justificar a atuação do magistrado, vez que o processo penal é composto essencialmente pelas partes e cada uma deve atuar conforme suas atribuições, isto é, o exaurimento de todos os meios de prova deve ser buscado pelo órgão acusador e titular da ação penal.

Nesse sentido, será feito um exame de quais são os poderes instrutórios do juiz no processo penal, delimitando as atribuições das partes a fim de se averiguar as implicações do artigo 156 do Código de Processo Penal e sua relação com o princípio do *in dubio pro reo*.

Além disso, Afrânio Silva Jardim defende a disposição do artigo 385 do Código de Processo Penal em decorrência do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, se fundamentando na permanência do pedido de condenação constante na exordial acusatória.

Não obstante o Código de Processo Penal, em seu artigo 385, disponha a possibilidade de o magistrado divergir da manifestação do Ministério Público e ainda assim proferir sentença condenatória, necessário se faz uma análise mais precisa sobre a partir de qual sistema processual penal se ampara o referido dispositivo legal.

Isso porque o sistema processual penal brasileiro tem problemas estruturais de definição que decorrem do confronto entre a estrutura do Código de Processo Penal e as garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal. Assim, mister se faz uma averiguação de qual sistema processual prevalece, se acusatório ou inquisitório, partindo da identificação de qual é o princípio unificador do ordenamento pátrio (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, 2010).

A partir destas considerações, tomando em conta as características dos sistemas processuais penais, as atribuições das partes e os princípios basilares do processo penal, será enfrentada a impossibilidade de o juiz condenar o réu após pleito absolutório pelo Ministério Público em sede de alegações finais.

## **2. Delimitando objetivos**

Logo no início de seu trabalho, Afrânio Silva Jardim argumenta que não tem por objetivo o questionamento dos fundamentos do “garantismo penal” em Luigi Ferrajoli. Não obstante, comenta brevemente que o estudo doutrinário do processo penal, no Brasil, aborda somente o aspecto dos direitos fundamentais individuais, em que pese o mestre italiano também se debruce a tratar da proteção dos direitos e interesses sociais.

Estabelece então que sua breve e parcial reflexão tem o propósito de demonstrar que a corrente garantista não adota uma perspectiva de “esquerda”, mas se baseia, em verdade, em uma concepção liberal individualista da estrutura e do desenvolvimento do processo penal brasileiro.

É importante deixar claro que esta pesquisa não tem o intuito de debater tal perspectiva, se de esquerda ou não, o que nos interessa são os argumentos apresentados pelo autor em seu esforço crítico da corrente garantista, sobretudo no que tange à possibilidade de o juiz condenar o réu após o Ministério Público manifestar em prol da absolvição em suas alegações finais.

Em razão disso é que o pontapé inicial desta pesquisa perpassa por uma análise histórica dos sistemas processuais penais e suas características diferenciadoras, posto que indispensável para que possamos ter uma melhor compreensão do processo penal brasileiro posteriormente.

## **3. Os sistemas processuais penais: um breve relato histórico**

### **3.1. O sistema acusatório**

O sistema acusatório guarda relação com a estrutura do processo penal da Grécia Antiga, conforme aponta Afrânio Silva Jardim (2014), e isso se dá em razão de aspectos como a participação popular direta no que diz respeito à acusação e o julgamento, e o sistema de ação popular para os delitos mais graves e ação privada para os menos graves (LOPES JR, 2019, p. 179).

A diferenciação entre a ação popular e a privada se fundamentava no interesse, quer dizer, público em caso de ordem, tranquilidade e paz públicas, ou privado, por sua vez manifestado na repressão da infração, ocasião em que era possível a desistência e transação no decorrer do processo (PRADO, 2005).

O modelo ateniense então se destacou em virtude do sistema de acusação popular, posto que este, através da Assembleia Popular, possibilitava que qualquer indivíduo



apresentasse e sustentasse a acusação em nome do próprio povo. Em contrapartida, cabia ao acusado formular sua própria defesa, enquanto o Tribunal se caracterizava como um órgão inerte, não lhe cabendo a busca por elementos de convicção (PRADO, 2005).

Além disso, Geraldo Prado (2005, p. 129, arquivo PDF)<sup>1</sup> menciona algumas características relevantes deste modelo como: a) igualdade entre acusador e acusado, que, de ordinário, permanecia em liberdade durante o julgamento, liberdade muitas vezes condicionada à caução; b) publicidade e oralidade do juízo, que se resumia a um debate contraditório entre acusador e acusado, frente ao tribunal e na presença do povo e; c) valoração da prova segundo a íntima convicção de cada juiz.

Ao contextualizar historicamente o Sistema Acusatório também se faz imprescindível destacar o direito romano, especialmente em razão do surgimento da *cognitio* e da *accusatio*.

A *cognitio*, conforme salienta Geraldo Prado (2005), era um procedimento de natureza pública, marcado pela intervenção estatal e que o magistrado dispunha de amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação. Com o passar do tempo, na República, tal sistema não atendia aos anseios sociais para com a repressão da criminalidade.

Em seguida veio então a *accusatio*, que

pode ser conceituada como a “*prerrogativa concedida a qualquer cidadão e, especialmente ao ofendido, de, munido de provas, deduzir, perante o povo, a imputação, à margem, ou não, da inquisitio, e assim, mover a ação penal*” e tinha, pois, por pressuposto, a exigência de que ninguém podia ser levado a juízo sem uma acusação: *nemo in iudicium tradetur sine accusatione* (PRADO, 2005, p. 131, arquivo PDF)<sup>2</sup>.

É importante destacar algumas características da *accusatio* apontadas por Aury Lopes Jr. (2019, p. 179-180) como: a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles se mantinham afastados da iniciativa e da gestão da prova, atividade a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) a acusação era por escrito e indicava as provas; d) havia contraditório e direito de defesa e; e) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Em razão de seu modelo, a *accusatio* passou a ser utilizada até mesmo como instrumento de vingança, causando insatisfações e, assim como a *cognitio*, se mostrando insuficiente para com os anseios de repressão criminal. Desse modo, os juízes passaram

---

<sup>1</sup> O arquivo impresso que fora utilizado não tem paginação, motivo pelo qual indico a nota de rodapé mais próxima da citação: nota 28.

<sup>2</sup> Nota 35.

então a ampliar suas atribuições, tomando o que antes incumbia aos acusadores privados, até acumularem as funções de acusar e julgar em um órgão do Estado (LOPES JR, 2019, p. 180-181).

A partir de então o Sistema Acusatório foi sendo contaminado em sua essência, até mesmo com o enfraquecimento da publicidade dos atos processuais agora com portas fechadas, surgindo então características do sistema inquisitório, fortalecido e consolidado pela Inquisição Espanhola (LOPES JR, 2019, p.181).

### **3.2. O sistema inquisitório**

Entre os séculos XII e XIII havia eminente preocupação da Igreja Católica quanto à perda da influência social que exercia à época, vez que os dogmas até então estabelecidos estavam sendo ameaçados pelas novas crenças religiosas (COUTINHO, 2010).

A equiparação do crime de heresia ao de lesa majestade e o acompanhamento dos burgos pela Igreja Católica se deram como medidas insuficientes à retomada do domínio pleno anteriormente exercido, isso porque a questão central da redução de seu domínio girava em torno de uma nova mentalidade, pautada no *desejo* e tendo por influência o pensamento de Aristóteles. Não se olvidando, ainda, que a criação das Universidades também teve impacto direto na redução da influência católica (COUTINHO, 2010).

Diante desse cenário, no IV Concílio de Latrão, a Igreja Católica opta por um novo sistema processual penal, surgindo o sistema inquisitório.

O sistema inquisitório está intimamente ligado à inquisição, sendo que para a inquisição o desvio em relação aos dogmas religiosos era mais relevante que a tutela dos bens jurídicos ofendidos diante de uma prática delituosa (KHALED JR, 2010).

Em busca da punição do pecado e da heresia é que se evidencia os primeiros passos inquisitoriais através do afastamento dos princípios do *ne procedat index ex officio* e o *actus trium personarum* (LOPES JR, 2019, p. 189).

Assim, tem-se a permissão da denúncia anônima, inclusive com métodos dentro da própria Igreja a fim de recebê-las, e o fim da noção de partes no processo, substituída pela figura do juiz-inquisidor, o qual não se submete aos princípios da acusação e da publicidade (LOPES JR., 2019, p. 189).

Ao magistrado cabia as atribuições de acusador e julgador, de modo que sua atuação se encontrava ilimitada desde o início, quando não se fazia necessária a provocação diante de uma conduta típica, até a atividade de escolha das provas que seriam consideradas em seu convencimento (LOPES JR, 2019, p. 185).

Neste sistema o réu assume papel fundamental enquanto elemento de investigação, sendo quiçá mais importante que o próprio crime, pois era o detentor da verdade que deveria ser alcançada<sup>3</sup> (COUTINHO, 2010).

Com relação à questão probatória, era utilizado o sistema das provas legais<sup>4</sup>, também conhecido como sistema de prova tarifada, e em busca dessa verdade, dada *ex ante*, o juiz podia (e devia) se utilizar da tortura enquanto meio de se obter a prova máxima, isto é, a confissão do réu (LOPES JR, 2019, p. 190).

É interessante notar a essencialidade do interrogatório do réu em razão da busca pela confissão. Nesse sentido, havia um sistema de tortura com cinco tipos progressivos - independentemente do crime praticado - e somente um dos tipos podia ser praticado por dia. Assim, os castigos podiam perdurar por 15 dias, de modo que se o réu não confessasse era liberado (LOPES JR, 2019, p. 190-191).

Daí a estranheza deste sistema, vez que somente aquele que resistisse ao sofrimento poderia alcançar uma sentença absolutória, sendo que esta, quando ocorria, era justificada por insuficiência de provas para a condenação, mas nunca se reconhecia a inocência do réu. Além do mais, era necessário manter o réu sempre ao alcance da inquisição, não havendo, portanto, hipótese de coisa julgada (LOPES JR, 2019, p. 191).

Portanto, o sistema inquisitório apenas dava chancela ao magistrado para se utilizar dos meios que achasse necessário - como a tortura - para alcançar uma verdade que já estava estabelecida anteriormente, de modo que é inevitável admitir que “o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz” (CARVALHO, 2003, p. 21-22).

Foi entre os séculos XVII e XVIII, com as influências da Revolução Francesa, dos movimentos filosóficos e idéias humanistas como de Beccaria e Rosseau, que os traços inquisitoriais foram sendo abandonados.

Pode-se dizer, ainda, que justamente em decorrência da ausência de limitação e função dúplice do magistrado, ocasionando um erro psicológico (GOLDSCHMIDT, 2016), vez que se acumulava neste as funções discrepantes de investigar, acusar, defender e julgar,

---

<sup>3</sup> Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação* (COUTINHO, 2010, p. 105).

<sup>4</sup> Diz respeito a um “intrincado sistema em que cada prova tinha o seu valor previamente determinado, além do que somente a combinação delas, resultando em uma certa quantidade de prova, poderia autorizar a condenação criminal” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1997).

é que o sistema inquisitório foi desacreditado (LOPES JR, 2019, p. 192).

### **3.3. O surgimento de um novo sistema - a contemporaneidade**

A partir de então é que houve o reconhecimento da necessidade de se estabelecer um novo modelo que viesse a substituir o sistema absolutista monárquico pela república (PRADO, 2005). Os próximos parágrafos deste tópico resumem a opinião de Geraldo Prado (2005).

Esta transição política e cultural (monarquia para a república) refletiu no campo do processo penal, com a abolição da tortura e adoção de um sistema processual penal baseado na Roma Republicana e na Inglaterra.

O novo modelo, que teve início na França e alcançou os demais países através das guerras napoleônicas, estabelece o processo penal em duas fases:

A primeira fase, chamada de instrução, é conduzida secretamente por um juiz-inquisidor. Sua finalidade é investigar a ocorrência de infrações penais, atentando-se aos aspectos da tipicidade da conduta e culpabilidade do autor, angariando os mínimos aspectos a possibilitar o exercício da ação penal.

Já a segunda fase, a do juízo, é marcada pela publicidade e a igualdade. Diante de um tribunal colegiado ou júri, em sessão pública, as partes debatem de maneira a possibilitar a melhor forma de igualdade entre elas.

Em razão de sua primeira fase, que possibilita uma investigação secreta, instruída pelo juiz e, sobretudo, com mínima atuação da defesa, é que este sistema fora determinado de tipo misto, estabelecido no Código de Instrução Criminal e sendo adotado posteriormente pelos demais códigos modernos.

Dessa forma, reunindo as principais “vantagens” dos sistemas em que fora baseado, o novo modelo passou também a ser conhecido como sistema acusatório formal.

Em análise ao sistema acusatório formal, Geraldo Prado (2005, p. 156, arquivo PDF)<sup>5</sup> sustenta que

A etapa preliminar, ou de instrução, atende ao propósito declarado de otimizar os meios de apreensão dos elementos que constituirão o núcleo do trabalho a ser desenvolvido na fase seguinte, e ao objetivo implícito, de realização pública e obrigatória do direito penal, ou, como prefere Maier, de indisponibilidade na atuação do preceito e da sanção penais, nem bem verificada a infração penal, fazendo operar “de ofício” o direito penal, conforme as reservas de direitos fundamentais, motivo pelo qual, nesta perspectiva, pode ser compreendido como sistema inquisitorial garantista.

---

<sup>5</sup> Nota 35.

Isto é relevante uma vez que escancara a lógica do sistema acusatório formal ou misto. Não se trata de um aproveitamento dos sistemas históricos, mas, em verdade, da manutenção de um sistema inquisitorial com algum viés garantista.

Na França, o *Code de Procédure Pénale* estabelecia a etapa de instrução de forma escrita e secreta, dirigida por um juiz-instrutor que tinha como atribuição, de forma livre e independente, a aquisição de provas, diferentemente da fase de julgamento.

Em 1980, Novella Galantini observa que o processo penal francês, especialmente ao controlar os poderes atribuídos ao juiz de instrução, se revelava mais próximo do sistema acusatório. Contudo, através de alteração legislativa posterior houve a retomada ao sistema misto, em que havia uma investigação inicial conduzida pelo Ministério Público e a polícia, tendo em seguida o exercício da ação penal, a fase de instrução e, finalmente, o juízo.

Na Espanha, conforme percebe Emilio Gomez Orbaneja e Vicente Herce Quemada, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* demonstra que o sistema apresenta estrutura acusatória formal. Isso porque dispõe de uma fase investigatória sumária, escrita, secreta e conduzida pelo juiz da instrução, também marcada pela mínima intervenção da defesa, seguindo-se diretamente à fase de juízo, submetida ao *nemo iudex sine actore* e com aspectos como a oralidade, a publicidade e o contraditório.

Neste momento é imprescindível apontar a crítica de Navarrete ao sistema processual penal espanhol, no sentido que as duas fases são tecnicamente antagônicas, vez que marcadas por princípios opostos: inquisitivo e acusatório.

Assim, o mencionado autor faz um apelo para que viesse a preponderar a acusatoriedade, a não ser que a lei espanhola tivesse disposto o sistema acusatório como simples questão mediática, quer dizer, com uma estrutura de resultados condicionados pela fase inquisitorial que a antecede.

Noutro giro, a Alemanha também veio a adotar os elementos acusatórios em seu sistema processual penal através da declaração de direitos fundamentais do povo alemão, instrumento que veio a inserir a oralidade, publicidade e a separação das atividades de acusar, defender e julgar.

No direito alemão, a persecução penal se iniciava através de um procedimento preparatório secreto e dirigido pelo Ministério Público. Assim como nos países abordados anteriormente, esta fase inicial também limitava a participação da defesa, no entanto, se diferenciava ao estabelecer direitos fundamentais do investigado.

Após este procedimento preparatório, havia a possibilidade do arquivamento ou o exercício da ação penal, de modo que a decisão levava em conta o resultado e até mesmo,

em determinadas circunstâncias, questões de conveniência.

A fase intermediária servia para o controle da acusação, no sentido de averiguar sua adequação típica para com os fatos. E assim, tendo o tribunal aceitado a acusação, estabelecia-se o procedimento principal, marcado pela oralidade, publicidade e a separação das atividades das partes, conforme já mencionado.

Neste procedimento, cumpre ressaltar que o tribunal não tinha limitações quanto aos meios de provas que poderiam ser utilizados para descobrir a verdade e os meios de convencimento não eram diferenciados por uma questão de tarifação legal.

Além disso, dois aspectos são de extrema relevância no sistema germânico, no que se refere aos poderes do tribunal em relação às decisões do Ministério Público: a) a impossibilidade do tribunal agir *ex officio* em caso do órgão de acusação pleitear o arquivamento dos autos, cabendo recurso somente por parte do ofendido e; b) a possibilidade do tribunal ampliar o objeto de investigação ou até mesmo incluir demais indivíduos somente era possível se tivesse competência e com o consentimento do acusado.

Em 1988, tempos da nossa constituinte, houve, na Itália, a substituição do Código Rocco por uma legislação que alterou significativamente o processo penal visando a preservação das garantias fundamentais, bem como a eficiência da justiça penal e de defesa da coletividade.

A fase preparatória que precedia a instauração da ação penal pública transformou-se em inquérito, extinguindo-se neste novo procedimento a figura do juiz de instrução. Agora, em razão do marco do contraditório a ser exercido na audiência preliminar e no julgamento, os elementos colhidos na fase preparatória não são mais suficientes para sustentar um juízo condenatório.

Com relação à produção de provas, a atividade era inerente às partes somente até a audiência preliminar, momento em que era possibilitado ao juiz tal iniciativa. Além disso, ao magistrado também era possível fazer novas perguntas aos sujeitos processuais, respeitando-se a possibilidade de as partes intervirem posteriormente.

Pouco tempo depois de sua implementação, o novo código veio a sofrer alterações legislativas, especialmente quanto à possibilidade de produção de prova durante o julgamento, desconsiderando a efetivação do contraditório, assim como a oralidade e publicidade.

Conforme se nota, o sistema italiano apenas apresenta uma roupagem diferente para fins de se parecer acusatório, no entanto, mantém de maneira evidente seus traços inquisitoriais. Em razão disso que alguns doutrinadores identificam tais modificações como

a transição de um garantismo inquisitório para o *accusatorio non garantito*, que, em síntese, observou apenas a manutenção do critério de equidistância do juiz, não se atentando, talvez de forma propositada, à assunção da prova no debate contraditório.

É certo que até houve alguns avanços significativos como a abolição formal da tortura, a introdução dos princípios da oralidade e da publicidade na fase de juízo, a separação aparente das funções entre acusador, réu, defensor e juiz e alguma limitação ao tribunal, conforme visto na Alemanha. Todavia, o magistrado permaneceu enquanto principal sujeito processual, tanto na fase de instrução quanto na de juízo, influenciando diretamente na produção probatória de forma a conduzir o resultado final.

Portanto, em atenção aos anseios de uma transformação histórica e política, tem-se a implementação de um “novo” sistema processual penal em diversos países, que, em que pese revestido de uma nova aparência, na verdade se revela com as mesmas facetas inquisitivas que se tinha antes.

#### **4. Um equívoco conceitual**

A partir de uma concepção equivocada de junção dos aspectos do sistema inquisitório com outros do sistema acusatório é que a grande maioria dos sistemas processuais penais são atualmente caracterizados como sistema misto. Entretanto, esta possibilidade não se sustenta no âmbito epistemológico e tampouco da própria noção de sistema. Esta é a ideia de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2010), explicitada nos próximos parágrafos deste tópico.

Os sistemas puros, acusatório e inquisitório, surgiram enquanto opções políticas, diferentemente do sistema misto, que teve suas raízes em bases filosóficas (filosofia da consciência), fundamentada no pensamento cartesiano, que refletiu no Direito e, mais especificamente, no processo penal.

Passado algum tempo, o processo veio a ser pensado através da matriz sistêmica do modelo kantiano. Ele explica que, para Kant, o sistema se baseia em um conjunto de elementos relacionados a uma única ideia. Sendo que esta “seria determinada pela *finalidade* do conjunto e estaria colocada como princípio de ligação entre os elementos integrantes, logo funcionaria como um *princípio unificador, reitor* da conexão e, como tal, dado *a priori* (COUTINHO, 2010, p. 108).

Daí que se extrai a ideia de princípio unificador no que tange aos sistemas dentre os diversos setores, e é nesse sentido que os sistemas processuais penais se baseiam no fim último do processo, isto é, a decisão do órgão jurisdicional.

No entanto, para se obter uma decisão é imprescindível que haja prova, pois somente através desta que é possível se conhecer fatos, pessoas ou coisas através do processo, sendo este entendido, conforme aponta Coutinho (2010, p. 108), na compreensão de Canuto Mendes de Almeida, enquanto “*a reconstituição histórica de um fato pretérito que é o crime*”.

A reconstituição é feita pela linguagem, apresentando suma importância para o processo, vez que os aspectos processuais mais relevantes como a investigação, a denúncia, a prova testemunhal e a própria sentença, dentre outros, são expressados através dela. Nesse sentido explica Coutinho (2010, p. 108):

No processo penal o *sujeito* deve *conhecer* e, assim, ter acesso - e por ele domínio - ao fato criminoso (*objeto demarcado pelo caso penal que dele resulta com a aparente - ou concreta - consumação do crime*), o que se dá pela *reconstituição* precitada, ou seja, pelo *método* adotado.

No entanto, a finalidade do sistema é fundamental na significação do princípio unificador, que se diferencia nos conhecidos sistemas puros: se o sistema for inquisitório, tem-se o princípio inquisitivo enquanto unificador, e sendo o sistema acusatório, o princípio unificador será o dispositivo.

A partir desta noção de princípio unificador tem-se que não é possível haver sistemas mistos, vez que inquisitivo e dispositivo não se misturam. Entretanto, quase todos os sistemas processuais penais atualmente são concebidos enquanto sistemas mistos, do que se infere se tratar de um equívoco conceitual.

O principal aspecto deste equívoco é considerar que um sistema misto se caracteriza pela somatória dos elementos dos sistemas puros. Com efeito, conforme leciona Coutinho (2010), os sistemas mistos devem ser caracterizados a partir da identificação do princípio unificador e os elementos que os agregam. Por exemplo, um sistema regido pelo princípio inquisitivo que tenha elementos do sistema acusatório é, portanto, misto, e vice-versa.

Este aspecto, no entanto, não diferencia os sistemas de maneira concreta, motivo pelo qual, segundo Coutinho (2010), a questão se resolve em razão de uma opção política.

Ora, faz-se uma *opção política* quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem excluir (*eis por que todos os sistemas são mistos*) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos *sistemas puros*. Daí que a *gestão da prova* caracteriza, sobremaneira, o *princípio unificador* e, assim, o sistema adotado. (COUTINHO, 2010, p. 109).

Nesse sentido a gestão da prova se apresenta enquanto elemento primordial para a identificação do princípio unificador de um determinado sistema processual penal,



especialmente porque revela a posição do juiz:

al sistema acusatorio le corresponde un juez espectador dedicado sobre todo a la objetiva e imparcial valoración de los hechos y, por ello, más sabio que experto, el rito inquisitivo exige sin embargo un juez actor, representante del interes punitivo y, por ello, lelguleyo, versado en el procedimiento y dotado de capacidad de investigación. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p.575)

Além disso, todos estes aspectos se interligam com a relevância da “verdade” no processo penal, pois, conforme já abordamos nos aspectos históricos dos sistemas puros, é no sistema inquisitório que a verdade apresenta suma relevância, fazendo com que o acusado se torne mero objeto de investigação.

Pois bem, partindo da concepção de que atualmente todos os sistemas processuais penais são mistos e levando em consideração que a análise deve ser feita a partir da ideia de princípio unificador, é que passamos analisar o sistema processual penal brasileiro.

## **5. O sistema processual penal brasileiro**

O sistema processual penal brasileiro, baseado no Código de Processo Penal de 1941, que por sua vez tem suas raízes fincadas no fascismo italiano (*Codice Rocco* - 1930), apresenta estrutura inquisitorial (COUTINHO, 2010).

Conforme aponta Coutinho (2010), a base de tudo está no *Code Napoléon*, de 1808, instrumento no qual foi implementada a ideia de divisão do processo penal em duas fases: investigação preliminar inquisitorial (*Ordennance Criminelle* de 1760) e fase processual com base no Júri inglês. Naquele tempo

salvava-se, retoricamente, pela fase processual, a *democracia dos julgamentos*, dando-lhes uma aparência acusatória e, assim, um espetáculo com partes, acusação e defesa, debates orais e, de certa forma, tão só a intervenção do juiz para o controle da sessão. (COUTINHO, 2010, p. 110).

O sistema napoleônico representava, portanto, um sistema misto, isto é, um sistema inquisitorial com alguns elementos do sistema acusatório, como a separação formal das partes. Foi assim que todos os demais regimes totalitários consideraram seus respectivos sistemas processuais penais “democráticos” e os trataram como “sistemas acusatórios”. (COUTINHO, 2010).

E assim, com base na estrutura napoleônica, que o Brasil adotou o *Codice Rocco* enquanto modelo de seu sistema processual penal, apenas se diferenciando, em tese, por ter adotado o Inquérito Policial no lugar do Juizado de Instrução (COUTINHO, 2010). Essa diferenciação, contudo, não tem representação significativa, tendo em vista que ambos se tratam de mecanismos inquisitoriais e “qualquer um que estiver naquele lugar - repita-se -

tenderá a fazer o papel de inquisidor, exerça a função que exercer”. (COUTINHO, 2010, p. 111).

Em seguida, retomando a ideia de princípio unificador a partir da gestão da prova, tem-se mais evidente que o princípio inquisitivo rege o processo penal brasileiro, pois o magistrado se apresenta enquanto senhor das provas e detentor de instruções típicas deste sistema. Isto se evidencia no artigo 156 do Código de Processo Penal, que possibilita ao magistrado um papel mais atuante antes mesmo de iniciada a ação penal.

Em que pese a realidade inquisitorial do sistema processual penal brasileiro, certo é que o ordenamento jurídico apresenta duas opções políticas distintas: enquanto o Código de Processo Penal optou pelo sistema inquisitório, a Constituição Federal, por sua vez, se consubstancia no sistema acusatório.

A Carta Magna dispõe das seguintes garantias individuais em seu texto: a) o devido processo legal (art. 5º, LIV); b) o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); c) o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII) e; d) a presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Assim, partindo de uma interpretação principiológica, tem-se por evidente o mandamento constitucional: o sistema processual penal brasileiro deve ser acusatório. A Constituição Federal é suprema e regente do nosso ordenamento jurídico, de modo que é importante lembrar que o Código de Processo Penal jamais deveria ser interpretado sem uma análise à luz dos mandamentos daquela.

É partindo deste pressuposto que o presente trabalho irá debater as críticas ao garantismo apresentadas por Afrânio Silva Jardim. Porém antes disso é necessário fazer algumas diferenciações e apontamentos.

Em primeiro lugar, partindo das concepções de Geraldo Prado (2005), é preciso separar as ideias de sistema e princípio acusatório. Nesse sentido, “*por sistema acusatório* compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do que herda o nome: *acusatório*” (PRADO, 2005, p. 172, arquivo PDF)<sup>6</sup>.

O referido autor analisa o princípio acusatório se atentando a dois aspectos: i) que o conteúdo deste princípio deve ser analisado a partir daquilo que não o integra e; ii) que a oralidade, publicidade, julgamento popular e até mesmo a fundamentação das decisões não são indispensáveis à caracterização do processo acusatório (PRADO, 2005).

---

<sup>6</sup> Nota 145.

Com relação ao primeiro aspecto, Geraldo Prado (2005) deixa claro que a diferença crucial entre o processo acusatório e o inquisitório diz respeito às regras do jogo e suas relações com os sujeitos processuais. Isso porque as finalidades em cada um são extremamente diferentes, conforme já podemos observar até mesmo do breve relato histórico traçado logo no início deste trabalho, não sendo despendendo reforçar:

Com efeito, como assinala Cordero [Franco] - e também James Goldschmidt - “as regras do jogo” distinguem o processo acusatório do inquisitório. Este último se satisfaz com o resultado obtido de qualquer modo, pois nele prevalece o objetivo de realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo. (PRADO, 2005, p. 172-173, arquivo PDF)<sup>7</sup>.

É a partir desse diferencial que se identifica, em um primeiro plano, as características do princípio acusatório.

Já o segundo aspecto se refere à ideia de que só se vale falar em acusação a partir de uma forte contraposição de defesa, de modo que isto só é possível em um processo de relações recíprocas entre as partes (PRADO, 2005).

Nesta senda, é importante discorrer acerca das funções dos sujeitos processuais na perspectiva do sistema acusatório, de modo que não se admite a ausência, o acúmulo ou a sobreposição destas funções, sob pena de macular o sistema acusatório em sua base precípua.

#### ● **Da acusação**

De acordo o artigo 129 da CF, cabe ao Ministério Público, enquanto função institucional, promover a ação penal pública ou condicionada a representação e ao ofendido promover a ação penal privada. Assim, a iniciativa não parte do juiz, que deve permanecer inerte até a provocação da acusação que, na denúncia ou queixa crime, deve trazer substratos mínimos que indiquem indícios de autoria e materialidade.

No entanto, as atribuições da acusação não se limitam à iniciativa do direito de ação enquanto titular da ação penal. Segundo aponta Geraldo Prado (2005, p. 186, arquivo PDF)<sup>8</sup>, em atenção ao princípio acusatório, à acusação cabe também as seguintes premissas:

- o direito de ação, tanto como o de defesa, está voltado à conformação da decisão jurisdicional, em um caso penal concreto;
- é exercitado por pessoa ou órgão distinto daquele constitucionalmente incumbido de julgar;

---

<sup>7</sup> Nota 145.

<sup>8</sup> Nota 146.

- não se limita a iniciar o processo, pois o autor pretende ver a pretensão que deduz reconhecida, embora o não reconhecimento não implique em afirmar-se a inexistência do direito de ação;
- inclui, por certo, o direito de provar os fatos que consubstanciam a acusação deduzida e de debater questões de direito que surgirem;
- a acusação integra o direito de ação e, na medida em que dela se defenderá o acusado, delimita o objeto da contenda, tal seja o objeto pretensamente litigioso do processo;
- e, por fim, legitima o autor a preparar-se adequadamente para propô-la, na medida em que, afetando gravemente o *status dignitatis* do acusado, não deve decorrer de um ânimo beligerante temerário ou leviano, mas fundar-se em uma justa causa (indícios de autoria e da existência da infração penal).

#### • Da defesa

À Defesa, por sua vez, cabe a atribuição indispensável de participação no processo, especialmente no que diz respeito à atividade contraditória do órgão de acusação. (PRADO, 2005).

É essencial que o acusado tenha amplo acesso às informações contidas no processo, bem como à defesa técnica, estando à sua disposição todas as possibilidades de teses defensivas, além conhecimento dos seus direitos e garantias processuais. (PRADO, 2005).

O direito ao contraditório também implica na oportunidade de não apenas rebater as manifestações da acusação, mas também em agregar novas informações relevantes. (PRADO, 2005).

Além disso, é importante ressaltar, segundo Geraldo Prado (2005, p. 196-197, arquivo PDF)<sup>9</sup>:

(...) que não haja redução ou eliminação da presunção de inocência, com inaceitável inversão do ônus da prova mediante pressão sobre o imputado para que aceite soluções consensuais, muitas vezes orientadas pragmaticamente ao fim de desafogar os serviços judiciários, com independência da justiça das composições.

A constatação da violação, neste aspecto, pode ser identificada no momento em que o magistrado adverte o acusado sobre os possíveis aspectos prejudiciais que podem vir a afetá-lo em caso de prosseguimento da marcha processual, de modo que isto afeta diretamente o princípio da presunção de inocência, resguardado no artigo 5º, inciso LVII, da CF/88 (PRADO, 2005).

De mais a mais, não se deve olvidar dos atos de natureza cautelar, mormente em razão de sua relevância para o direito processual penal. Nesse sentido, em havendo quaisquer

---

<sup>9</sup> Nota 185.

atos desta natureza, fica condicionada sua validade à efetivação do contraditório em momento posterior, sob pena de serem nulos ou cancelados.

De todo modo, quando as condições de participação da Defesa são canceladas, os atos eventualmente realizados podem estar entre dois extremos: são simplesmente informativos, e o juiz não poderá considerá-los no processo. Quando muito os levará em conta para ajuizar a presença de justa causa para a ação penal; ou não valerão de modo algum. (...) (PRADO, 2005, p. 198-199, arquivo PDF)<sup>10</sup>.

Em suma, a participação da Defesa através do efetivo contraditório é indispensável para fins de se resguardar a estrutura do sistema acusatório.

- **Do juiz**

O magistrado, assim como as demais partes, também é essencial à efetivação do sistema acusatório, posto que não basta um órgão de acusação distinto de sua figura, mas que a partir do embate das teses da acusação e da defesa, tenha-se efetivamente um terceiro distinto e sobretudo imparcial para que possa vir a solucionar a causa penal. (PRADO, 2005).

A imparcialidade, portanto, é indissociável ao magistrado, que não deve se envolver com nenhuma das versões. Em razão disso que

(...) a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante. (PRADO, 2005, p. 178, arquivo PDF)<sup>11</sup>.

Esta perspectiva advém do princípio do juiz natural, que se consubstancia na reserva legal e na imparcialidade do juiz, no sentido de que as teses trazidas pelas partes tenham potencialidade iguais de convencimento, sem que o juiz tenha se aproximado de uma das partes em momento prévio. (PRADO, 2005).

Caso contrário, na hipótese em que o magistrado tenha possibilidade de resolver a causa penal em momento anterior ao devido processo legal, não há sequer a necessidade de sua instauração, uma vez que as atividades das partes, que devem ser praticadas em observância aos princípios da publicidade e do contraditório, se tornam dispensáveis ao resultado a ser atingido na sentença. (PRADO, 2005).

---

<sup>10</sup> Nota 187.

<sup>11</sup> Nota 152.

Nesse sentido assevera Geraldo Prado (2005, p. 179, arquivo PDF apud Otto Kirchheimer, 1968)<sup>12</sup>:

Ocorre que o devido processo legal só constitui, de fato, mecanismo civilizado de resolução de causas se o resultado não puder ser determinado antecipadamente, isto é, só há processo penal real se no início do procedimento ambas as teses - de acusação e da resistência - puderem ser apresentadas em condições de convencer o juiz.

É importante mencionar que a imparcialidade não se restringe às hipóteses de impedimento ou suspeição, mas deve ser observada ante qualquer possibilidade de ofensa às regras de impessoalidade. Em razão disso é que se apresenta a relevância da imparcialidade do magistrado, posto que esta não se subsume a uma questão de aparência, mas deve ser garantida de maneira concreta (PRADO, 2005).

Nesse sentido, Geraldo Prado (2005) exemplifica causa de impedimento na impossibilidade do magistrado que requisitou a instauração do inquérito policial possivelmente processar e julgar a conseguinte ação penal. Não obstante a possibilidade do magistrado sentir-se apto a julgar a causa com isenção, ao réu não cabe confiar na imparcialidade do julgador que já emitiu determinado juízo na causa, ainda que sumário. Nesta hipótese, conforme sustenta o mencionado autor, é de se considerar a hipótese de ocorrer a inversão do ônus da prova, cabendo ao acusado demonstrar ao juízo que sua concepção inicial não estava correta. Dessa forma, “a confiabilidade das partes na isenção do juiz emerge como condição de validade jurídica dos atos jurisdicionais.” (PRADO, 2005, p. 182, arquivo PDF)<sup>13</sup>.

Neste aspecto é que se assemelha a disposição do artigo 28 do Código de Processo Penal na hipótese do procurador-geral designar outro órgão do Ministério Público para oferecer denúncia. Neste caso, em que pese tenha se alterado o órgão que representa a acusação, o juízo que irá processar e julgar continua aquele que já emitiu juízo prévio, inclusive obstando o arquivamento do inquérito policial. Disso se infere que irá ocorrer a inversão do ônus da prova apontada por Geraldo Prado (2005), posto que caberá então ao acusado provar sua inocência ao magistrado que já entendeu minimamente a ocorrência de um fato típico.

Não se trata, portanto, de um mero controle da obrigatoriedade da ação penal pública, mas sim de hipótese que macula diretamente a imparcialidade do magistrado e, por

---

<sup>12</sup> Nota 153.

<sup>13</sup> Nota 157.

consequente, o referido dispositivo reforça a lógica inquisitória do Código de Processo Penal, inaceitável na perspectiva constitucional de um modelo acusatório (PRADO, 2005).

É importante observar que a figura do magistrado no sistema acusatório se diferencia substancialmente daquela que fora apresentada no sistema inquisitório. No sistema acusatório a imparcialidade faz com que sua atividade se distancie da produção probatória, cabível as partes, para fins de que sua decisão não seja influenciada *ex ante*. No sistema inquisitório, por outro lado, é indispensável que o juiz manuseie a produção probatória, pois o que se pretende neste sistema é a efetivação do direito penal a qualquer modo.

Daí que não se sustenta, a partir de uma visão constitucional de modelo acusatório, o artigo 156 do Código de Processo Penal, ainda que a atividade possibilitada ao juiz por este dispositivo seja de maneira supletiva às partes. Ao determinar a realização de diligências tem-se que não mais subsiste a imparcialidade do magistrado, que inevitavelmente irá se aproximar de uma das partes, ainda que se acredite em um viés ingênuo de que o magistrado sequer imagina qual o possível resultado da diligência. Nesse sentido afirma Geraldo Prado (2005, p. 218, arquivo PDF)<sup>14</sup>:

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.

Em sua justificativa, Afrânio Silva Jardim (2014) defende que o ônus da prova é todo da acusação e sustenta que esta regra de julgamento se dá após o exaurimento de todos os meios de prova. Eis aqui uma contradição: se foram exauridos todos os meios de prova, não há possibilidade do magistrado vir a solicitar novas diligências investigativas, caso contrário não ocorreu o exaurimento. E mais, se pode o magistrado diligenciar em busca de acervo probatório, por certo que o ônus não seria todo da acusação.

De qualquer modo, é evidente que o artigo 156 do Código de Processo Penal não se alinha em uma perspectiva acusatória.

---

<sup>14</sup> Nota 208.

Em vista disso, tem-se que a função do magistrado em analisar as teses lançadas pelas partes de maneira imparcial não se restringe ao ato decisório em si, mas deve ser verificada em todas as suas atividades, até mesmo antes de iniciada a ação penal. (PRADO, 2005).

## **6. O artigo 385 do Código de Processo Penal**

A última análise a ser feita no presente trabalho consiste nos fundamentos que sustentam a ideia de Afrânio Silva Jardim com relação ao artigo 385 do Código de Processo Penal.

Segundo Afrânio Silva Jardim (2014, p. 262):

Na verdade, o mencionado artigo 385 do CPP não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (artigo 42 do CPP). O pedido de condenação não é retirado, sendo dado, nas alegações finais, apenas um “parecer” sobre a pretensão punitiva estatal, que está manifestada na denúncia e nela permanece. De qualquer forma, o legislador não tem saída: a) ou obrigaria o Ministério Público a insistir sempre e sempre na condenação do réu, o que seria um absurdo; b) ou obrigaria o juiz a absolver o réu e, neste caso, a decisão seria do próprio Ministério Público, que mandaria o juiz prolatar uma decisão meramente formal de absolvição, o que seria um despautério.

A princípio é necessário analisar o pedido de condenação constante na denúncia, que, segundo Afrânio Silva Jardim, subsiste ao “parecer” ministerial em sede de alegações finais. Em razão disso é que devemos resgatar o exame das condições da ação a partir de uma perspectiva específica do processo penal.

Com base na doutrina de Aury Lopes Jr. (2019, p. 154), são condições da ação penal: prática de fato aparentemente criminoso; punibilidade concreta; legitimidade de parte e; justa causa.

Sem embargo das discussões acerca dos aspectos conceituais de crime, a primeira condição exige simples verificação da conduta do agente com base nos critérios de tipicidade e ausência de excludente de ilicitude e culpabilidade, cabendo ao juiz rejeitar a denúncia em caso de inobservância de algum destes critérios, que são cumulativos (LOPES JR., 2019, p. 155).

Com relação à punibilidade concreta, em que pese o Código de Processo Penal tenha disposição expressa enquanto possibilidade de absolvição sumária, “isso não significa que tenha deixado de ser uma condição da ação processual penal ou que somente possa ser reconhecida pela via da absolvição sumária” (LOPES JR., 2019, p. 156).

A legitimidade de parte, conforme é sabido, tem possibilidades ativas distintas a depender do tipo de ação penal. Em caso de ação penal de iniciativa privada, o polo ativo



deve ser ocupado pela vítima ou por seu representante processual. Por outro lado, em sendo o caso de ação penal de iniciativa pública, cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal, nos termos do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal. Nesse aspecto é imprescindível destacar a crítica apontada por Aury Lopes Jr (2019, p. 157), no sentido de que não há que se falar em substituição processual no processo penal:

(...) É um erro bastante comum daqueles que, sem atentar para as categorias jurídicas próprias do processo penal, ainda pensam pelas distorcidas lentes da teoria geral do processo. Compreendido que o Estado exerce o poder de punir no processo penal não como acusador, mas como juiz, tanto o Ministério Público como o querelante exercitam um poder que lhes é próprio (*ius ut procedatur*, pretensão acusatória), ou seja, o poder de acusar. Logo, não corresponde o poder de punir ao acusador, seja ele público ou privado, na medida em que ele detém a mera pretensão acusatória.

Portanto, é de extrema relevância esclarecer que o titular da ação penal é detido da pretensão acusatória e não do poder de punir, sendo que isto decorre da sistemática legal do Código de Processo Penal e não guarda relação com o interesse daquele que acusa (LOPES JR., 2019, p. 157).

Noutro giro, a legitimidade passiva se relaciona estritamente com a autoria do delito, de modo que “não se deve esquecer de que nesse momento não pode ser feito um juízo de certeza, mas sim de mera probabilidade, verossimilhança da autoria” (LOPES JR, 2019, p. 158). Nesse sentido, caso venha a ser verificada a ilegitimidade passiva tem-se a possibilidade de rejeição da denúncia ou da queixa-crime ou até mesmo o trancamento do processo através de *Habeas Corpus*, não obstante que venha a ser promovida uma nova ação (LOPES JR., 2019, p. 158).

A justa causa, por sua vez, se trata de uma das mais importantes condições da ação penal. Isso porque além dos critérios de existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade, também exige que seja feito um controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal. Com relação aos indícios razoáveis de autoria e materialidade, estes geralmente são extraídos do inquérito policial, se tratando de um lastro probatório mínimo, enquanto que o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal guarda relação com a necessidade de se evitar a “banalização do direito penal” (LOPES JR., 2019, p. 160).

Conforme aponta Aury Lopes Jr. (2019, p. 161-162), estas são as condições genéricas da ação penal, sendo importante deixar claro que existem demais condições específicas a depender da peculiaridade do caso em concreto, não sendo necessária a abordagem para os fins da presente pesquisa.

Feita esta análise algumas questões devem ser pontuadas: ao crivo da primeira condição basta uma análise superficial, ou seja, que o fato aparentemente seja criminoso; a legitimidade ativa do Ministério Público tem por fundamento a pretensão punitiva, não se confundindo com o poder de punir que incumbe ao magistrado e; a justa causa exige apenas indícios razoáveis de autoria e materialidade, sendo que estes são extraídos de um instrumento - inquérito policial - consubstanciado em bases inquisitoriais em que sequer exige o contraditório (LOPES JR., 2019).

Da análise das condições da ação penal é possível concluir, portanto, que estes critérios servem apenas de parâmetro para regular a incidência do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, no sentido de que uma vez preenchidos não cabe ao órgão acusatório outra escolha senão a denúncia. Não sendo despiciendo mencionar, conforme aponta Geraldo Prado (2005), que a obrigatoriedade da ação penal pública não ofende a acusatoriedade do processo, tendo em vista a diferenciação entre o órgão que deduz a acusação e quem a julga.

Aqui cabe a crítica de Navarrete apontada por Geraldo Prado (2005), no sentido de que não se sustentam as doutrinas que se opõem injustificadamente ao reconhecimento de um processo de partes, especialmente em razão de que o órgão acusador “funciona substancialmente como parte, interessado no proveito de direito material perseguido, em virtude do qual atuará durante o processo” (PRADO, 2005, p. 193, arquivo PDF)<sup>15</sup>.

Nessa esteira aduz Geraldo Prado (2005, p. 193-194, arquivo PDF)<sup>16</sup>:

Esta é, também, a razão porque há de ser prestigiada a autonomia do acusador (Ministério Público ou ofendido), até mesmo no que respeita à convicção da ausência do suporte mínimo probatório ou da presença de algum fator juridicamente inibidor da propositura da ação penal. Assim, o juiz fica excluído, por imperativo lógico, da tarefa de controlar o princípio processual da obrigatoriedade, quando exigível, nos casos de não-exercício da ação penal.

Além disso, sustenta o mencionado autor que o princípio da obrigatoriedade, em uma perspectiva acusatória e de oposição aos princípios de conveniência e oportunidade, tem o condão de fazer com que o órgão acusatório atue com interesse na busca de arcabouço probatório que demonstre e comprove sua pretensão acusatória (PRADO, 2005).

Daí que o artigo 385 do CPP não se relaciona com o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, posto que o interesse na aplicação do direito material e busca pelos meios de prova a confirmá-la não significa que o órgão acusador não possui autonomia para

---

<sup>15</sup> Nota 180.

<sup>16</sup> Nota 180.

pleitear a absolvição do acusado em sede de alegações finais (PRADO, 2005). E, assim o fazendo, significa inexoravelmente que está retirando a pretensão punitiva manifestada em sede de denúncia.

Conforme já vimos, a denúncia se consubstancia nos elementos colhidos no inquérito policial que visam, em suma, demonstrar a ocorrência de uma conduta “aparentemente” criminosa, assim como indícios razoáveis de autoria e materialidade. Além disso, vale mencionar que os elementos informativos colhidos nesta fase processual sequer são suficientes, por si sós, para fundamentar a decisão judicial, por força do artigo 155 do CPP.

Em contrapartida, as alegações finais ocorrem após toda a produção probatória, do que se infere a possibilidade de haver um maior juízo de certeza com relação a subsistência da pretensão punitiva ou não. Isto quer dizer que o pedido de condenação constante da exordial acusatória não deve se sobrepor ao pedido de absolvição em sede de alegações finais e tampouco obrigar o Ministério Público a insistir sempre na condenação do réu, sob pena de se macular a autonomia do órgão acusador no que tange à sua convicção da ausência do suporte mínimo probatório ou da presença de algum fator juridicamente inibidor da propositura da ação penal (PRADO, 2005).

Além do mais, também não quer dizer que o pedido de absolvição “obrigaria o juiz a absolver o réu e, neste caso, a decisão seria do próprio Ministério Público, que mandaria o juiz prolatar uma decisão meramente formal de absolvição” (JARDIM, 2014, p. 262). Com efeito, devemos lembrar que uma das atribuições da acusação é delimitar o objeto da contenda. E assim sendo, quando o *Parquet* se manifesta em prol da absolvição, não há tese condenatória em debate, impossibilitando o direito de defesa.

Nesse sentido é que apoiamos a ideia de Geraldo Prado (2005) em que aponta que a hipótese do artigo 385 ofende diretamente o princípio do contraditório, pois quando há o pedido de absolvição pelo Ministério Público, em sede de alegações finais, “(...) o acusador subtrai do debate contraditório a matéria referente a análise das provas que foram produzidas na etapa anterior e que possam ser consideradas desfavoráveis ao réu”. (PRADO, 2005, p. 191, arquivo PDF)<sup>17</sup>.

Em razão disso é que não há possibilidade de o magistrado proferir sentença condenatória em desfavor do réu após o pedido de absolvição do Ministério Público em sede de alegações finais, posto que, se assim o fizer, estará se utilizando de provas ou argumentos

---

<sup>17</sup> Nota 177.

que não foram objetos de contraditório e, portanto, proferindo uma sentença nula. (PRADO, 2005).

Além do mais, esta possibilidade nos remete diretamente ao sistema inquisitório puro, tempos de um sistema infalível e que o resultado não era diferente do que havia sido determinado pelo próprio magistrado.

Portanto, em que pese o artigo 385 do CPP seja diariamente aplicado por nossos tribunais, certo é que este mais serve a um sistema inquisitorial do que qualquer outra coisa, confrontando diretamente o princípio do contraditório e, por conseguinte, o próprio sistema acusatório, não tendo sido, portanto, recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

## **7. Considerações finais**

A partir da análise do sistema processual penal brasileiro é possível concluir que o artigo 385 do Código de Processo Penal decorre de uma sistemática em que o princípio inquisitório se apresenta enquanto unificador, tendo em vista que possibilita ao magistrado fundamentar sua decisão em provas que não foram objeto do contraditório. Não obstante, é indispensável observar que o mandamento da Carta Magna de 1988, em decorrência de sua interpretação principiológica é que processo penal brasileiro deve ter como fundamento basilar o princípio acusatório.

Contrapondo os sistemas inquisitório e acusatório em suas concepções puras torna-se evidente que a posição do juiz demarca as características de cada um, de modo que o sistema acusatório preza essencialmente pela igualdade das partes e equidistância do magistrado com a finalidade de se obter um julgamento justo. Noutra senda, o sistema inquisitório demanda do magistrado uma postura ativa e controladora das provas, fazendo com que o acusado se torne mero objeto de investigação e possibilitando a incidência do direito material a qualquer custo.

Dessa diferenciação é que se nota que os sistemas mistos que vieram a ser implantados em diversos regimes totalitários representaram a manutenção dos traços inquisitoriais do passado, pois, em que pese a divisão processual em duas fases, o juiz permaneceu com as mesmas iniciativas instrutórias que demarcavam o sistema inquisitório.

Em razão disso é que a ideia de princípio unificador se faz indispensável na análise atual de qualquer sistema processual penal, especialmente porque não mais existem sistemas puros.

Nesse sentido é que se verifica que o sistema processual penal brasileiro em sua concepção mista tem o princípio inquisitório como unificador. Isso em decorrência do papel

mais atuante do juiz especialmente na gestão da prova e no controle do exercício da ação penal pública.

Entretanto, é mais do que necessário se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 demanda que o princípio unificador do processo penal brasileiro seja o princípio acusatório, do que se infere a inconsistência dos artigos 28, 156 e 385 do Código de Processo Penal em nosso ordenamento.

Finalmente, e com certo pesar, encerro o presente com as seguintes ponderações de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2010, p. 109):

Nos labirintos do sistema processual penal brasileiro habita Inocência III; e não são poucos os que *gozam o lugar* de um Torquemada. Nunca se terá *democracia processual* desse modo, por evidente, mesmo se se pensar tão só nos grandes magistrados. Um sistema desse porte, em que se controlam as premissas, não só é alheio ao *solipsismo* como lhe incentiva. E o pior é que a Constituição da República não se faz viva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOVINO, Alberto. La persecución penal pública en el derecho anglosajón. **Revista Latinoamericana de Política Criminal**, v. 2, 1997.
- CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 30, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório**: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. id/496915, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.
- GOLDSCHMIDT, James Paul. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935**. Editorial B de F, 2016.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.
- JARDIM, Afrânio Silva Jardim Silva. **Garantismo no processo penal**: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 14, n. 1, 2014.
- KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010.
- LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal—introdução crítica**. Editora Saraiva,

2019.

NAVARRETE, Antonio María Lorca. **El Proceso penal de la ley de enjuiciamiento criminal:(una propuesta para preterir el modelo inquisitivo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)**. Dykinson, 1997.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais:[poderes de investigação no processo penal, transação penal e suspensão condicional do processo mutatio libelli publicidade e mídia, oralidade]**. Lumen Juris, 2005.