

A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ana Lorena Silva Ramalho¹

RESUMO

Sob o prisma da visão dialética, o sistema processual penal adotado no Código de Processo Penal brasileiro é o inquisitório, porém com algumas garantias de defesa asseguradas ao acusado. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 adotou, com a eleição de modelo de Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório. Assim, alguns artigos do ordenamento processual penal pátrio não foram recepcionados pela Carta Magna por ferir direitos e garantias fundamentais inerentes ao acusado. Diante dessas considerações, este estudo analisa o artigo 385 do Código de Processo Penal como sendo um desses dispositivos. Para tanto, realizou-se uma abordagem teórico-conceitual que concedeu ao magistrado, a possibilidade de condenar, mesmo que o Ministério Público, que é o titular da ação penal pública, requeira a absolvição, além de poder o órgão julgador aplicar agravantes de ofício, mesmo que essas não tenham sido alegadas pelo titular da ação penal. Tal procedimento desnatura o princípio acusatório, como também a ampla defesa e o contraditório, assegurados na Constituição Cidadã.

Palavras-chaves: Código de Processo Penal; Constituição Federal; Artigo 385 do Código de Processo Penal; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

From the perspective of dialectical view, the criminal justice system adopted in the Brazilian Code of Criminal Procedure is inquisitorial, but with few guarantees of protection provided to the accused one. In the other hand, the Federal Constitution of 1988 adopted, with the election of a State model, the Democratic Rule of Law, the adversarial system. Thus, some articles of our homeland penal order have not been approved by the Constitution for violating fundamental rights and guarantees relating to the accused one. Given these considerations, this study analyses the Article 385 of the Criminal Procedure Code as being one of these legal devices. For that, it did a theoretical and conceptual approach that allowed to infer to the magistrate to grant the prerogative to condemn, even if the Public Attorneys, that is the holder of the public criminal action, requires an acquittal, besides what can the judging body to apply occupation aggravatings, even if they have not been claimed by the holder of prosecution, death strikes the adversarial principle, but also contradictory and full defense as affirmed in the Citizen Constitution.

Key-words: Brazilian Code of Criminal Procedure; Federal Constitution; Article 385 of the Criminal Procedure Code; Unconstitutionality.

¹ Aluna do 9º período do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.
E-mail: aloramalho@yahoo.com.br

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Código de Processo Penal, vigente no país desde 1941, foi promulgado no momento em que a nação vivia sob o regime ditatorial do Estado Novo, advindo de um golpe de estado realizado por Getúlio Vargas. Diante desse fato, o sistema processual penal adotado pelo referido Código é inquisitivo, o qual permite um julgador atuante na persecução penal, principalmente com o poder de colher provas de ofício, não respeitando a imparcialidade para garantia da plena realização de justiça.

O processo penal, mais que um mero procedimento de composição de conflitos, compreende um verdadeiro instrumento de verificação do aparelho ideológico do Estado no qual foi originado. Desse modo, dentre os ramos do Direito Público, é no processo penal que mais se verifica a influência da concepção político-ideológica imperativa em determinado período.

Com fundamento nessa proposição, analisa-se que o modelo processual penal adotado em certo país recebe direta influência do modelo de Estado instituído por ele. Logo, nos Estados Democráticos de Direito, só se concebe como sistema processual penal, o acusatório, haja vista que este sistema assegura ao acusado direitos e garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988, instituiu o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado, tendo como modelo de processo penal, o acusatório, ao delegar privativamente a promoção da ação penal pública ao Ministério Público.

Assim, como características do sistema processual penal se tem a desconcentração do poder de persecução penal das mãos do julgador; os sujeitos processuais são separados em órgãos distintos: o acusador, o defensor, e o julgador. Nessa ótica, o juiz deve ser imparcial e desinteressado no conflito.

Por conseguinte, muitos artigos contidos no Código de Processo Penal brasileiro não foram recepcionados pela Carta Magna, haja vista que não respeitam os princípios reitores do sistema processual acusatório adotado na Constituição Cidadã. Dessa forma, devem ser passíveis de controle de constitucionalidade na via difusa, no qual cada magistrado deve fazê-lo em sede de sua jurisdição, como é o caso do artigo 385 do Código de Processo Penal.

Assim sendo, com bases nestas premissas e a luz das doutrinas pertinentes este artigo realiza uma abordagem teórico-conceitual objetivando analisar a ideia central evidenciada neste estudo, a qual explana que o artigo 385, do CPP, não pode e não deve ser usado como fundamentação de sentenças condenatórias por possuir em seu escopo características não condizentes com as adotadas na Carta Magna e, como consequência, o referido artigo não foi recepcionado pela Constituição Cidadã de 1988, após sua promulgação.

Para sistematizar a discussão proposta, este artigo apresenta quatro abordagens principais: a primeira intitulada evolução histórica do sistema processual penal, na qual faz uma breve análise no desenvolvimento dos sistemas processuais penais, enfatizando suas principais características e como sub-tema - o sistema processual penal no Brasil que preleciona sobre o sistema processual penal adotado no Código de Processo Penal pátrio; a segunda apresenta-se desenvolvida como “a Constituição da República de 1988”, que expõe a promulgação da Carta Magna, o modelo de Estado adotado, como também o sistema processual penal escolhido por ela; a terceira tem como título “sistema penal acusatório” que expõe suas principais características; a quarta apresenta o tema “artigo 385 do Código de Processo Penal” e este é sub-dividido em três sub-itens, que são eles: o princípio da correlação no Processo Penal; a não recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal e da aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal e por último a conclusão deste artigo.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL

Historicamente, o sistema processual penal nasceu na Roma Imperial e juntamente com o mesmo foi adotado o sistema inquisitório, tomado como o meio de conduzir o processo penal existente na época. Foi neste período também, que se originou a palavra *iurisdictio* que designava a iniciação *ex officio* do processo pelo julgador (ROCHA, 2010).

O sistema inquisitório é marcado pela concentração do poder instrutório nas mãos do inquisidor. Ele reúne em si próprio a função de acusar e julgar o indivíduo, como também o poder colher provas para facilitar a instrução processual. O direito penal é máximo e, basicamente nenhuma garantia é dada ao acusado, haja vista ser este visto com mero objeto da

instrução processual. As características descritas são compatíveis com Estados autoritários em que os direitos e garantias fundamentais são pouco respeitados.

Para Prado (2001, p.84) as principais características do sistema inquisitório são: a acusação como dever cívico das testemunhas do fato; polícia repressiva e auxiliar da instrução; instrução pública e escrita; e julgamento secreto e decisão simbólica.

Na Idade Média, período no qual o poder era concentrado na Igreja Católica, o sistema inquisitório assumiu sua forma mais pura. Nesta época, havia o Tribunal da Inquisição e este era usado como uma forma de repressão às doutrinas hereges. Na pessoa do inquisidor era concentrada a capacidade de colher provas, de conduzir a investigação, a defesa do acusado e finalmente a pena aplicada (*op. cit*, 2010).

Nesse período, não existia diferença entre acusador e julgador. O próprio órgão encarregado de julgar possuía capacidade de buscar provas, por qualquer meio, até mesmo pela tortura, mas desde que se chegasse à confissão. Não existia diferença entre direito, moral e religião.

Coutinho, em sua obra “O papel do novo juiz no processo penal” (2001, p. 18), argumenta que:

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor.

No sistema processual penal inquisitivo, o direito penal é máximo, buscando a confissão a qualquer custo. Neste sistema não há igualdade processual entre as partes, ou seja, entre a acusação e a defesa; e a instrução processual é seguida de maneira secreta.

Por sua vez o sistema acusatório tem suas origens na Grécia e na Roma Republicana, onde tanto o juiz como o júri possuem natureza arbitral. A figura do juiz era apenas de julgador, designando, baseado no sistema acusatório, a função de acusar e defender a órgãos diversos da magistratura.

No sistema citado acima, há garantias individuais que devem ser efetivamente respeitadas. Os sujeitos processuais são separados em órgãos diferentes: o acusador, o defensor, bem como o julgador e este deve ser imparcial. O sistema acusatório (de garantias)

preconiza o Direito Penal mínimo, que é baseado em um ideal de racionalidade jurídica, de certeza processual e direitos fundamentais maximizados. Assim, as características descritas são compatíveis com Estado Democrático.

No sistema inquisitivo, o acusado era tratado como mero artifício de investigação, objeto do processo, e com a adoção do sistema acusatório, passa a ser pessoa de direitos e deveres, um cidadão, devendo por isso, necessariamente, ter suas garantias individuais resguardadas contra todo e qualquer poder despótico.

Com a Revolução Francesa foi editado *O Code d'instruction criminale*, de Napoleão Bonaparte, produzido em 1808. Este Código foi o primeiro a adotar o sistema misto. Ele prescrevia uma primeira fase de caráter inquisitivo, ou seja, escrita, secreta, sem contraditório e uma segunda fase acusatória (ROCHA, 2010).

Conforme Rangel (2009, p. 52) o sistema supracitado “tem fortes influências do sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo desenvolvido a partir do Direito canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista.”

Nesta perspectiva, este sistema foi adotado em vários países, com um juiz responsável pela aquisição de provas, com ampla liberdade para conduzir a instrução e muitas vezes chamando para si competência atribuída ao Ministério Público. O sistema misto, baseado nas características anteriormente descritas, está arraigado com maior notoriedade no sistema penal inquisitório.

2.1 O sistema processual penal no Brasil

Considerando tal interação, o atual Código de Processo Penal entrou em vigor no Brasil em 1941, período em que estava instalado, no país, o Estado Novo. Nesta época, houve no Brasil um golpe de Estado, segundo o qual Getúlio Vargas tomou posse do poder. O país vivia sob um regime ditatorial e neste período os direitos e garantias individuais eram pouco respeitados (PRADO, 2001, p. 193). Neste sentido, este código foi inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 30, em pleno regime fascista. Por esse relevante motivo o código foi elaborado em bases notoriamente autoritárias. A legislação

codificada era pautada pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente (OLIVEIRA, 2009, p. 1-2).

Embasado nos motivos acima descritos, alguns doutrinadores afirmam que o nosso código adotou como sistema processual penal, o sistema misto, o qual, conforme Prado (2001, p. 194), é composto por duas fases processuais. A primeira, ainda na fase policial, mais conhecida como inquérito policial, é sigilosa, escrita, e não é garantida ao acusado, a ampla defesa e o contraditório. A segunda, no processo judicial propriamente dito, na qual vigora o sistema acusatório com todas as garantias processuais penais.

Para corroborar com o pensamento acima mencionado, é necessário citar esta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que distingue de forma clara o inquérito policial, do sistema processual penal. Veja-se:

EMENTA – RECURSO EM HABEAS CORPUS – PUBLICIDADE DE GRAVAÇÕES SIGILOSAS – ART. 10 DA LEI Nº 9.296/96 – POLICIAL MILITAR – INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRETENSÃO DE NULIDADE – INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL – MÚNUS DA ATIVIDADE POLICIAL – INOCORRÊNCIA – TITULARIDADE PLENA DO DOMINUS LITIS – ART. 129 DA CF – A titularidade plena do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I, do artigo 129, da Constituição Federal, necessariamente legitima a sua atuação concreta na atividade investigatória, bem como o material probatório produzido. A promoção investigatória do órgão acusatório, nos termos do comando constitucional, reveste-se de legalidade, sobretudo porque lhe é conferida, a partir dela, a indicação necessária à formação da opinião sobre o delito. Por outro lado, a concepção vinculativa da atividade investigatória na figura da polícia judiciária contraria as bases do nosso ordenamento jurídico, porquanto o modelo pátrio se vincula ao chamado sistema processual, no qual **o inquérito é precedente do contraditório, isto é, representa atividade inquisitorial à parte da ação penal, não se sujeitando às nuances formais da ampla defesa, e podendo ser realizada por autoridades administrativas diversas.** Recurso desprovido. (STJ – RHC 15507 – PR – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 31.05.2004 – p. 00328) (grifo nosso)

Dessa forma, faz-se imperativo destacar que para alguns doutrinadores o sistema processual penal não é misto, haja vista que a primeira fase sequer chega a fazer parte do processo, pois como afirmado acima, o acusado não possui direito à ampla defesa e ao contraditório. A Constituição Federal determina que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (ROCHA, 2010).

Como está disposto no Código de Processo Penal, e com o advento da Polícia Judiciária pela Constituição Federal, o chamado inquérito policial (investigação preliminar) ainda é administrativo, devendo, contudo, subordinar determinadas investidas a direitos individuais a partir de ordem judicial. De igual forma, como todos os procedimentos administrativos e, no caso da autoridade competente de instaurar o inquérito policial agir de modo ilegal ou com abuso de poder, confere ao Poder Judiciário a possibilidade de intervir em seus atos para que cesse a ilegalidade ou abuso de poder.

O doutrinador Aury Lopes Júnior (2007, p.70) afirma que o dito sistema misto, elaborado por Napoleão serve para os governos de regimes autoritários, mas não aos Democráticos como o adotado pelo Brasil em sua Constituição. “Uma mistura de tal natureza (inquisitório e acusatório) é irracional, e a prática desaconselha tal mescla”, principalmente porque é corrente a suposta não contaminação do inquérito policial na fase processual, decorrente de “todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação que, na verdade, está calcada nos elementos colhidos na inquisição.”

Desta forma, por não ser processo penal, em sentido estrito, a fase de investigação preliminar não é um sistema de Direito Processual Penal. O inquérito policial possui natureza jurídica administrativa (PRADO, 2001, p. 196).

Na perspectiva aqui delineada não há que se falar em sistema misto com base no inquérito policial, haja vista que o mesmo não chega sequer a ser um sistema processual penal, entretanto, há elementos no nosso Código de Processo Penal nitidamente inquisitório, assegurando com algumas concessões, apenas, ao acusado em sua defesa, como é o caso do artigo 385 que, mais a frente, veremos com mais detalhe.

3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais contidas em seu artigo 5º. Este artigo assegura, dentre inúmeros direitos e garantias individuais, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Existe uma disparidade entre o Código de Processo Penal e a Constituição da República e essa diferença é gritante. Enquanto o primeiro é pautado principalmente no

sistema processual penal inquisitório, retirando garantias fundamentais do acusado, a segunda assegura o direito a um processo justo e asseverando direitos e garantias fundamentais ao indivíduo.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º afirmou que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Por assegurar à sua população um estado democrático, a Carta Magna adotou implicitamente como sistema processual penal o acusatório. Com essa adoção, o princípio inquisitório tão presente no Código de Processo Penal caiu por terra.

Assim, de acordo com o doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 03), ao tratar da Constituição Federal de 1988:

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantias do indivíduo em face do Estado.

De modo geral, o processo penal constitucional procura realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo, citado acima, deve atentar para erradicar as desigualdades materiais e processuais, como assegurar que o processo seja realizado sob instrução que respeite o contraditório, perante o juiz natural da causa e principalmente com a participação efetiva da defesa técnica.

Discorrendo sobre a constitucionalidade do sistema acusatório, preleciona com maestria Gilberto Thums (2006, p. 167):

O sistema processual penal guarda íntima ligação com o modelo constitucional, porque dele é derivado. Assim, ao examinar-se a ordem jurídica de um Estado, transparece a questão do processo penal, informado por matrizes principiológicas ditadas pela Lei Fundamental, daí por que se fala em Direito Processual Penal Constitucional.

Há uma íntima correlação entre o sistema processual penal e o modelo de Estado adotado na Constituição da República. No caso brasileiro, o modelo de Estado adotado na Carta Magna de 1988 foi o Estado Democrático de Direito e por sua consequência, como sistema processual penal, o acusatório.

Ainda para corroborar com esta idéia há a sentença do MM. Juiz de Direito Ivaldo Bezerra (2008, p. 02), no processo 001.03.009771-2, que afirma:

(...) o modelo processual penal recebe direta e indiretamente a influência do modelo de Estado onde concebido. Essa é a razão pela qual pode-se afirmar que no modelo de Estado Democrático de Direito só há lugar e ambiente adequado para recepção do sistema processual acusatório e garantista. Exatamente calcado nesta perspectiva o Constituinte de 1988, após proclamar que a República Federativa brasileira constitui-se em Estado Democrático de Direito, elegeu o modelo acusatório de processo, ao contemplar o Ministério Público com a promoção, privativamente, da ação penal pública.

Ademais, o órgão responsável pela acusação, o Ministério Público, passou a ser com a Constituição de 1988, uma instituição independente, estruturado em carreira, sendo-lhe incumbida a defesa da ordem jurídica, e não dos interesses exclusivos da função acusatória. Para Thums (2006) este órgão foi elevado à instituição indispensável à administração da justiça, sendo-lhe atribuído o monopólio da ação penal pública.

Deste modo, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 é dada privativamente ao Ministério Público a competência de promover a ação penal pública, conforme artigo 129, inciso I, do mesmo diploma legal. Isto corrobora que o titular da ação penal pública é o Ministério Público, o qual possui função essencial à jurisdição do Estado, não podendo os demais órgãos chamarem para si atribuições que não sejam de sua competência, respeitando desta forma, o princípio acusatório.

O Ministério Público é o órgão responsável pela garantia da defesa dos direitos humanos. A sua missão sublime, una e indivisível como instituição de defesa e garantias judiciais e do sistema penal acusatório democrático, é assegurar à sociedade a efetividade das garantias e direitos fundamentais (MAIA NETO, 2008).

Fica claro que a instituição do Ministério Público é mais que um órgão responsável pela persecução penal. Ela é a instituição garantidora dos direitos essenciais da coletividade e inclusive dos direitos e garantias fundamentais assegurados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

4 SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO

Conforme Tavora e Alencar (2009) o sistema processual penal adotado pela Constituição brasileira de 1988 é o acusatório. O supracitado sistema tem como principal característica a separação entre a função de acusar, defender e julgar, conferida a personagens

distintos. É embasado pelo princípio do contraditório, da ampla defesa e da publicidade que regem todo o processo, como também o órgão julgador é dotado de imparcialidade.

Assim, diante da afirmação acima, o princípio acusatório é o núcleo básico do sistema processual penal acusatório estando também alicerçado na ideia da divisão, entre três diferentes sujeitos, das tarefas de acusar, defender e julgar. Constitui-se o pressuposto estrutural e lógico do sistema. Estes órgãos são independentes entre si e hierarquicamente iguais. Nenhum dos três organismos se sobressai ao outro, possuindo apenas posições contrapostas.

Acerca desse aspecto, Gilberto Thums (2006, p. 237), em obra intitulada “Sistemas processuais penais” declara:

Pode-se designar o sistema acusatório como um complexo de normas e princípios fundamentais ordenadamente dispostos a partir de um princípio basilar, que é o princípio acusatório. Baseia-se na divisão de tarefas na persecução penal, apresentando um acusador, um defensor e um órgão julgador. Todos independentes e com clara definição de seus papéis, estando as partes em posição de igualdade.

Nessa perspectiva, como bem aborda o doutrinador Paulo Rangel, (2009, p. 50) no caso da ação penal pública, o Ministério Público é quem faz a acusação, assumindo todo o ônus da acusação e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade. Por essa razão, no sistema acusatório cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.

Com maestria Aury Lopes Júnior (2007, p. 109) preleciona:

(...) nos delitos de ação de ação penal de iniciativa pública, o Estado realiza dois direitos distintos (acusar e punir) através de dois órgãos diferentes (Ministério Público e Julgador). Essa duplicidade do Estado (como acusador e julgador) é uma imposição do sistema acusatório (separação das tarefas de acusar e julgar).

Essas características são basilares no sistema processual penal acusatório. Entretanto, há outra característica importante que é a imparcialidade do órgão julgador. O magistrado é “um sujeito passivo rigidamente separado das partes” (FERRAJOLI *apud* THUMS, 2006, p. 239).

Dessa maneira, a imparcialidade do juiz é fundamental para que se tenha a garantia de um processo penal justo, livre de qualquer intervenção do magistrado, inclusive, este não utilizando prerrogativas inerentes e garantidas constitucionalmente ao membro do Ministério Público. O julgador deve manter-se equidistante das partes para não ferir a imparcialidade.

Como bem preceitua Prado (2001, p. 199) “a imparcialidade do juiz exige dele, justamente, que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz.” Do contrário, o magistrado acaba restringindo o exercício do contraditório e com isso viola nitidamente sua dignidade.

Portanto, não pertence ao juiz a pretensão acusatória, que é privativa do Ministério Público. A usurpação da função pelo magistrado não é admitida na fase investigativa ou judicial. Ele não pode chamar para si a função de acusar alguém, tampouco a de produzir provas, pois assim não haveria a imparcialidade tão proclamada no sistema penal acusatório.

Legitimando o que foi exposto acima, Aury Lopes Júnior (2002, p.138) ensina com perspicácia:

(...) o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória, porque a ação penal no Estado Democrático de Direito deve ser vista como um direito ao processo (*ius ut procedatur*) que não se confunde com o direito nascido do delito.

No Estado Democrático de Direito não é admitido um magistrado inquisidor na persecução penal. Ele já não pode acumular a função de julgar e acusar como antes era admitido. É apenas um expectador passivo e desinteressado da acusação.

Consequentemente, torna-se necessário entender algumas considerações dentro da ótica de alguns doutrinadores, os quais destacam que a separação da função de acusar e julgar é a garantia mais importante do sistema processual penal acusatório, haja vista que assevera uma maior segurança ao princípio do devido processo legal.

É necessário separar essas funções com a finalidade de dar ao acusado a garantia do pleno exercício da ampla defesa e do contraditório sem a prévia contaminação do órgão julgador.

Complementando o exposto acima, o doutrinador Paulo Rangel, no artigo “Garantismo Penal e o Aditamento da Denúncia” (2000) garante que:

A sociedade tem, hoje, a garantia de que o órgão que exerce a persecução penal é distinto do órgão que irá julgar fazendo nascer a imparcialidade do órgão julgador. Não há mais espaço, dentro de um Estado constitucional Democrático de Direito, para a figura do juiz inquisidor, ou seja, aquele que ao mesmo tempo que acusa, também, julga. Trata-se de uma garantia constitucional de todo e qualquer acusado ser levado ao banco dos réus somente pelo Promotor natural, o que significa dizer: aquele, previamente, com atribuição delimitada em lei e independente no exercício de suas funções e que goze do atributo da inamovibilidade.

Ante o exposto, com base no processo penal democrático está o sistema acusatório defendido na Constituição pátria, por meio da adoção do Estado Democrático de Direito, que coloca o juiz na condição de prestador da jurisdição e não agente de investigação ou de acusação. O magistrado apenas se manifesta quando devidamente provocado, não podendo mais iniciar *ex officio* a persecução penal.

5 ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo 385 do Código de Processo Penal brasileiro declara que nos crimes de ação penal pública, mesmo que o Ministério Público requeira a absolvição do acusado, o magistrado pode condená-lo e até mesmo reconhecer agravantes, ainda que nenhum tenha sido alegado, senão vejamos:

Art. 385 – Nos crimes de ação penal 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.

Como visto anteriormente, o Código de Processo Penal brasileiro é nitidamente de natureza inquisitiva. Há muitos artigos neste Código que ferem diretamente os direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição da República de 1988, e o artigo 385 é um deles.

Com a adoção pela Constituição da República de 1988 do Estado Democrático de Direito, foi instituído como sistema processual penal brasileiro o acusatório, haja vista que este recebe direta influência da Carta Magna.

Em relação às definições supracitadas, o ordenamento processual penal pátrio viola alguns artigos da Constituição Cidadã, já que ainda hoje confere ao magistrado o poder soberano no processo penal, como requisitar o inquérito policial, aplicar agravantes não constantes da acusação e condenar o acusado mesmo que o Ministério Público, que é a instituição titular da ação penal pública, peça a absolvição.

A esse respeito, Cândido Furtado Maia Neto (2008, p. 453), no artigo intitulado “Absolvição criminal pelo Ministério Público”, assegura:

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

No mesmo sentido, para corroborar com o pensamento acima, Aury Lopes Júnior (2007, p. 109) preceitua:

(...) se o MP pedir absolvição a ela está vinculado o juiz. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém.

Dessa maneira, com a condenação do acusado pelo magistrado, contrária ao pedido de absolvição feito pelo titular da ação penal pública, aquele acaba retrocedendo ao modelo inquisitivo tanto execrado pela sociedade democrática brasileira, que não mais permite a concentração do poder de julgar e acusar nas mãos do magistrado. É defeso ao magistrado atuar como órgão acusador no sistema processual penal brasileiro. Ele não pode avocar para si, um poder que ele não tem e nem deve ter, porque se isso vier a acontecer transgredido está o sistema acusatório.

No que se refere ao sistema acusatório, Thums (2006, p. 250) ressalta:

Na base do processo penal democrático está o sistema acusatório, que coloca o juiz na condição de prestador (devedor) da jurisdição e não agente de investigação ou de acusação. Portanto, o juiz não pode modificar o espectro acusatório delimitado da inicial. O acusado deve ter a garantia de que o

jugador, pelo menos em tese, é imparcial, que examina as provas apresentadas por ambas as partes com equidade.

Cabe trazer à baila que os casos em que o órgão julgador condena o acusado ainda que o Ministério Público peça absolvição, viola o princípio do contraditório. Esse princípio é um dos direitos e garantias fundamentais, inserido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, o qual assegura ao réu defender-se da acusação que lhe está sendo imputada. Ademais, ele é o princípio da validade da sentença que o juiz venha a proferir. Para ratificar esta afirmação Lopes Júnior (2007, p. 110) diz que “o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto do contraditório, tornando-se, assim, nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição.”

Vale salientar que neste artigo o princípio do contraditório é duplamente ferido. Tanto na primeira parte, quando diz que o juiz pode condenar mesmo que o Ministério Público peça absolvição, quanto na segunda parte, e esta é mais grave ainda, quando afirma que o magistrado pode reconhecer agravantes, embora nenhum tenha sido suscitado na acusação.

A segunda parte do artigo ainda é mais grave, pois confere ao órgão julgador poder reconhecer as agravantes de ofício, atribuindo-lhe o papel de acusador para ele mesmo depois condenar. Este posicionamento nos remete ao tão execrado sistema inquisitório, típico de Estados autoritários. Como bem afirma Fernandes *apud* Nucci (2008, p. 670) “o juiz não pode, sem pedido do promotor, aplicar as circunstâncias agravantes típicas, interpretando-se o art. 385, do Código de Processo Penal, de maneira condizente com as regras do devido processo legal.” Aqui, o juiz já não é mais imparcial. Sua parcialidade já foi declarada e o teor da sentença já é conhecido, sem nem mesmo ter dado chance do acusado promover sua defesa.

Ao aplicar agravantes ainda que o acusador não as tenha suscitado, o magistrado age como verdadeiro inquisidor. Ele está acusando *ex officio* e esta atitude pelo magistrado foi abolida no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, sob a perspectiva do doutrinador Thums (2006, p. 262-263):

Um sistema acusatório moderno é estruturado a partir de um Poder Judiciário independente, inerte, só decidindo quando provocado, e com

juízes comprometidos com o sistema de garantias reconhecidas na Constituição Federal e em Pactos e Convenções internacionais. Um sistema acusatório moderno é dotado de um Ministério Público independente e com as mesmas prerrogativas da Magistratura.

Nesse sentido, quando o magistrado age *ex officio* aplicando agravantes sem sequer ter sido anteriormente suscitada, retoma o período inquisitivo e com ele retomam-se todas as suas características peculiares, como a concentração do poder de acusar e julgar o indivíduo nas mãos do magistrado.

Assegurando esta tese, o doutrinador Cândido Furtado de Maia Neto (2008, p. 463) observa:

Quando o juiz de direito discorda da posição ministerial sobre a absolvição, torna-se parcial e assume automaticamente a figura de acusador, que não é admissível no direito acusatório moderno. No passado hediondo, o próprio juiz investigava, tinha o similar papel desempenhado pela polícia, até torturava em nome da justiça e dos interesses do Altar e da Coroa, aplicava penas cruéis, infamantes, degradantes e desumanas, na época dos Tribunais do Santo Ofício; hoje, o Poder Judiciário não detém mais o ofício de acusar e condenar contrariando posição do Ministério Público.

Com o advento, através da Constituição da República de 1988, do sistema processual penal acusatório, não é mais possível a reunião das funções de acusar e julgar em um único órgão. O Ministério Público, que é o órgão responsável para acusar nas ações penais públicas, não acusa por acusar. A acusação deve ser fundamentada em provas robustas e absolutas e não em meras especulações, com o objetivo, apenas, de encontrar um culpado para aquele fato.

A acusação no estado democrático depende de provas concretas e absolutas. Na dúvida quanto à imputação de determinado crime ao acusado deve-se pedir a absolvição, respeitando o princípio do *indubio pro reo* e nunca se processando ou condenando alguém com base no princípio do *indubio pro societate*.

Noutro pórtico, a tese levantada pelos defensores de que o juiz pode condenar mesmo que o Ministério Público requeira a absolvição, uma vez que o *Parquet* ficará livre e sem controle, podendo até ocorrer excessos, arbítrios e corrupções, não é convincente, porque os atos de ilegalidades podem ocorrer em qualquer setor estatal. O Ministério Público é uma instituição séria, respeitada e de grande credibilidade perante a sociedade brasileira.

Por conseguinte, nessa conjuntura o *Parquet* não seria irresponsável para pedir a absolvição do acusado, embora se tenha provas robustas de sua participação no delito. Se houver qualquer desvio de função por parte do Ministério Público, resta provar e responsabilizar seus autores, como em qualquer instituição, até mesmo os membros da Magistratura podem ser responsabilizados se praticarem algum ato ilegal.

5.1 O princípio da correlação no Processo Penal

Um princípio fundamental para sustentar a tese defendida neste artigo é o princípio da congruência ou da correlação. Este princípio defende que deve haver uma correlação entre as teses da acusação e da defesa e a sentença proferida pelo magistrado. O julgador deve manter-se imparcial e apenas se pronunciando quando provocado por alguma das partes.

Conforme Thums (2006, p. 259) “o cerne do modelo acusatório depende da real imparcialidade do juiz, que é fruto de uma mediata e consciente opção entre as hipóteses propostas, da acusação e da defesa.” Assim, o magistrado se mantém imparcial, a fim de que possa eleger a melhor solução para o processo.

Dessa forma, o magistrado necessita ficar vinculado com as teses da acusação e da defesa para que com isso não se transforme em um verdadeiro inquisidor, pois assim estaria condenando o acusado, imputando uma acusação, que não é a sua atribuição legal, sem ao menos lhe dar o direito a exercer o contraditório. Nesta perspectiva, Thums (2006, p. 289) expõe:

O juiz deve julgar o conflito processual penal nos limites em que a ação foi proposta pelas partes, não sendo permitido conhecer de questões que não constam da peça acusatória, por isso não pode julgar *ultra*, *citra* ou *extra petita*. É o princípio da correlação ou da congruência entre o que foi pedido e o que é dado pelo juiz. No processo penal, o princípio em tela assume especial interesse, porquanto pelo menos duas garantias constitucionais estão em jogo, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que o réu se defende e contrapõe argumentos àquilo que o acusador descreve.

Por conseguinte, a condenação deve ter congruência com a acusação, assim, há que existir uma íntima correlação entre as alegações finais do *Parquet* e a sentença proclamada pelo magistrado. Este não pode julgar aquém, além ou diferente do que foi requerido pelas partes.

Para corroborar com o pensamento acima elencado, Drummond em seu artigo intitulado “Correlação entre Denúncia e Sentença” (p. 01) afirma que “o princípio da congruência entre acusação e sentença, significa que, em tese, a decisão judicial não pode proceder de ofício e condenar o réu a penas não postuladas pelo *dominus litis* que é do Ministério Público, sob pena de negar vigência ao sistema acusatório”.

Por conseguinte, o princípio da correlação nada mais é que uma efetiva garantia assegurada ao réu de não ser sentenciado por fato alheio ao que é objeto da persecução penal, e assim, não ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação, devendo, em suma, ser respeitado o direito ao contraditório.

Nessa perspectiva, embasando o pensamento supracitado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado recente afirmou:

APELAÇÃO CRIME. RECEPÇÃO DOLOSA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A IMPUTAÇÃO E A SENTENÇA. ARTIGO 384, CAPUT, DO CPP. LEGITIMIDADE ATIVA MINISTERIAL. NULIDADE DA SENTENÇA. SÚMULAS 160 E 453 DO STF. ABSOLVIÇÃO COM BASE NO ART. 386, INC. VII, DO CPP.
1. A correlação entre a imputação e a sentença é uma garantia constitucional assegurada ao réu, pois permite que ele se defenda apenas dos fatos imputados. A inobservância desse princípio constitui nulidade insanável. A descrição da conduta do réu constante da peça inicial deve corresponder ao tipo de receptação culposa, que difere da modalidade dolosa, por circunstância elementar não descrita, explícita ou implicitamente na denúncia. 2. Se o Juiz reconheceu a possibilidade de nova definição jurídica ao fato, ainda que de pena menos grave, não poderia condenar o réu com base na desclassificação operada, pois a titularidade da ação penal é função institucional privativa do Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da CF. 3. Inteligência das Súmulas 160 e 453 do STF. Absolvição, com fulcro no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal. Apelo defensivo provido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70032560534, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Rocha Lopes Filho, Julgado em 29/10/2009) (grifo nosso)

A esse respeito, o conceituado doutrinador Rangel (2000, p. 07) afirma que é “cedido por todos que o juiz julgará a lide nos limites entre as quais foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas as quais a lei exige iniciativa das partes, sendo-lhe vedado julgar *ultra, citra* e *extra petita*”. O autor, nesse caso, faz referência ao artigo 128 do Código de Processo Civil. Ele afirma que a correlação deve existir tanto no processo civil quanto no penal, haja vista que se trata de uma garantia processual decorrente do princípio da

ampla defesa que visa impedir surpresas desagradáveis ao réu comprometendo, assim, sua dignidade enquanto pessoa humana. Se o magistrado proceder além dos limites propostos, a sentença será manifestamente nula.

O magistrado ao agir dessa maneira, acaba por privar o acusado de exercer o direito de defesa haja vista que ninguém poderá ser condenado por fato que não lhe foi imputado, conforme está assegurado na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LV.

5.2 A não recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal

Com a promulgação da Constituição da República brasileira de 1988 foi adotado como modelo de estado o Estado Democrático de Direito. Esse assegura à população direitos e garantias fundamentais, valores supremos ao pleno exercício da democracia. Conforme o sítio do Supremo Tribunal Federal, no artigo intitulado a “Constituição e o Supremo”, o Estado de direito viabiliza a preservação de práticas democráticas e, especialmente ao direito de defesa.

Por consequência, o poder constituinte optou pelo sistema acusatório e como vemos, a legislação infraconstitucional adotou o sistema misto, porém, com preponderância do inquisitório. Dessa forma, a nosso ver, os artigos do Código de Processo Penal que vão de encontro com a Constituição da República, não foram recepcionados pela Constituição Cidadã, passível de controle constitucional difuso.

Em consonância com o pensamento supra, verifica-se que os dispositivos infraconstitucionais devem adequar-se à lei fundamental, ou seja, são submissos a esta e não podem ir de encontro com o seu ordenamento. Como bem leciona Greco (2007, p. 44): “as normas infraconstitucionais devem, sempre, ser analisadas e interpretadas de acordo com os princípios informadores da Carta Constitucional, não podendo, de modo algum, afrontá-los, sob pena de ser judicialmente declarada sua inconstitucionalidade.”

Confirmando o pensamento anterior, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em recente decisão reconheceu:

EMENTA: APELAÇÃO. 1. FURTO QUALIFICADO TENTADO. RECLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMADO. ACOLHIMENTO; 2. AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE REFERÊNCIA DA DENÚNCIA E NAS RAZÕES FINAIS. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO

DE OFÍCIO. 1. Preso o acusado duas horas depois do fato, quando se disposição. 2. Inviável o reconhecimento agravante só postulada em razões recursais, pois o Art. 385, do CPP, não tem força cogente e contempla mera faculdade do juiz. De qualquer maneira, **é duvidosa a recepção pela Carta de 1988 do dispositivo, haja vista as possibilidades de grave rupturas com o sistema acusatória e violação do contraditório e ampla defesa.** Recurso parcialmente provido, por maioria. (Apelação Crime Nº 70027457217, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 21/10/2009) (grifo nosso)

Partindo dessa análise, é tão gritante a violação pelo magistrado à Constituição Federal que a jurisprudência supracitada reconhece a incerteza da recepção do referido artigo ante o modelo acusatório adotado pela Carta Magna de 1988.

Entretanto, faz-se imperativo destacar que pelo fato do artigo 385 do Código de Processo Penal ferir diretamente o sistema processual penal acusatório, adotado na Carta Magna de 1988, muitos doutrinadores afirmam que o artigo supracitado não foi recepcionado pela Constituição Cidadã, como é o pensamento do ilustre doutrinador Paulo Rangel (2009, p. 65):

O art. 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição da República. Não mais está autorizado o juiz a decidir, **em desfavor do acusado**, havendo pedido do Ministério Público em sentido contrário. **O titular exclusivo** da ação penal é o **Ministério Público** e não o **juiz**. A busca da verdade, pelo juiz, compromete sua imparcialidade na medida em que desejar decidir de forma mais severa para o acusado em desconformidade com o órgão acusador, **que é quem exerce a pretensão acusatória.** (grifo do autor)

No mesmo pórtico, é importante frisar que a prova incumbe a quem acusa. Diante desta afirmação, a prova cabe apenas ao titular da persecução penal que é o Ministério Público. Somente o órgão designado para promover a acusação possui legitimidade para determinar a falta de interesse na continuidade do feito. Assim, com a falta de provas o juiz não pode proferir sentença condenatória, porque na dúvida deve prevalecer o princípio do *indubio pro reo*.

Corroborando com as demais teses apresentadas neste capítulo estão as Diretrizes Básicas para a Função do Ministério Público, de 1990, na cláusula 18 aprovada pelas Nações Unidas (MAIA NETO, 2008, p. 456):

De acordo com sua legislação nacional, **os magistrados do Ministério Público examinam com toda a atenção a possibilidade de renúncia aos procedimentos judiciais, de pôr termo aos processos** de forma condicional ou incondicional ou de os transferir para fora do sistema judiciário oficial, respeitando plenamente os direitos do ou dos suspeitos e da ou das vítimas. (grifo nosso)

Prosseguindo por este campo de análise, a instituição do Ministério Público tem garantias funcionais asseguradas tanto na Constituição Federal como em organizações internacionais. Ela não está vinculada ao posicionamento do julgador e, como já afirmamos anteriormente, poderá requerer a extinção da ação penal pública quando verificar ser necessário.

De acordo com o artigo de Maia Neto (2008) a figura do juiz inquisidor foi considerada inconstitucional, nos termos da Lei nº 9.034/1995 – Lei das Organizações Criminosas, por decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1517-6. O autor ainda afirma que o sistema inquisitivo foi revogado, devendo-se hoje respeitar os princípios da imparcialidade e da inércia do Poder Judiciário.

Logo, todas as normas infraconstitucionais que não correspondem, quanto ao respectivo conteúdo, aos princípios constitucionais, embora formalmente vigente (validade formal), seriam materialmente inconstitucionais, podendo o juiz negar sua aplicação. Com isso, o controle de constitucionalidade na via difusa permite a todo e qualquer juiz ou tribunal apreciar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos.

Dessa forma, entendemos que o artigo 385 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. Conforme Bulos (2008, p. 370) “para as leis do ordenamento antigo serem recepcionadas é preciso que sejam compatíveis com a nova carta maior.” Assim, como já falamos anteriormente não há qualquer compatibilidade das duas partes do referido artigo ante à Carta Magna.

Em se tratando da não recepção preceituada no artigo 385 do Código de Processo Penal, cada magistrado deve fazer o controle constitucional difuso. Até que seja declarada a não recepção do referido artigo pelo Supremo Tribunal Federal, os juízes não devem aplicá-lo.

5.3 Da aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal

Conforme o pensamento sob comento, uma vez o Ministério Público requeira a absolvição do acusado em suas alegações finais, o magistrado não deverá aplicar o artigo 385 do Código de Processo Penal. Ele deveria, via controle difuso, declarar que o referido artigo não foi recepcionado quando da promulgação da Constituição da República de 1988 e absolver de pronto o réu.

Porém, em assim não entendendo o julgador, este poderia aplicar subsidiariamente no pedido de absolvição do órgão ministerial, o artigo 28 do Código de Processo Penal, referente ao pedido de arquivamento do inquérito policial, senão vejamos:

Art. 28 - Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

O artigo supracitado preceitua que uma vez o órgão ministerial pedindo o arquivamento do inquérito policial e o magistrado não concordando com o pedido, deverá remetê-lo ao Procurador-Geral de Justiça para reexaminar a questão. Este ao concordar com o pedido do órgão julgador designará outro promotor de justiça para oferecer a denúncia ou ele próprio a oferecerá. Aqui, os autos deverão ser remetidos para outro julgador, uma vez que o primeiro, com seu posicionamento contra o arquivamento, já terá um juízo de valor acerca daquele inquérito, comprometendo sua imparcialidade. Entretanto, se o procurador-geral concordar com o pedido de arquivamento do promotor o juiz estará obrigado a atender, não cabendo mais ao judiciário qualquer providência de compelir o Ministério Público a oferecer a denúncia.

Corroborando o pensamento acima Thums (2006, p. 252) defende que “o Estado constituiu um órgão como titular exclusivo da ação penal pública e, se este órgão manifestou-se em duas instâncias pelo não cabimento da ação penal, o caso está encerrado”. Ao aceitar-se o posicionamento antagônico, caberia ao Poder Judiciário formar a *opinio delecti*, o que só é aceitável num sistema inquisitorial medieval.

No mesmo sentido, aplicar-se-ia por analogia o artigo 28 do CPP, nos pedidos de absolvição em sede de alegações finais pelo membro do Ministério Público, nos casos em que o magistrado não concordar com esse pedido, conforme preceitua Maia Neto (2008): “a única

alternativa legal ou “válvula de escape” jurídica será o reenvio dos autos ao Procurador-Geral, em analogia ao disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal”.

O pensamento acima é defendido por diversos doutrinadores, entretanto, não é o mais correto. Uma vez o magistrado não concordando com o pedido de absolvição do Ministério Público, não estará tendo um posicionamento imparcial, e por muitas vezes até mesmo conduz as provas produzidas no processo. Mas, ao seguir o artigo em epígrafe, respeitará pelo menos a titularidade da ação penal pública, que é do Ministério Público, haja vista que a última opinião a ser acatada acerca do pedido de absolvição é a da segunda e última instância do órgão ministerial, que é o Procurador-Geral de Justiça, chefe supremo do Ministério Público a nível estadual.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na discussão realizada, conclui-se que o sistema processual penal acusatório é o alicerce de todo o sistema processual democrático. Porém, o Código de Processo Penal brasileiro é nitidamente baseado no sistema inquisitório, apenas assegurando ao acusado garantias mínimas de defesa.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com sua adoção como modelo de Estado - o Democrático de Direito - viu-se nascer na Carta Magna como princípio reitor do processo penal brasileiro, o acusatório, haja vista ser este o único sistema processual penal compatível com o Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, com base no artigo 385 do Código de Processo Penal, o magistrado ao optar pela condenação do acusado mesmo o Ministério Público pleiteando a absolvição estará indo de encontro com a Constituição Cidadã, uma vez que chamará para si, a atribuição de acusar alguém e esta é de titularidade privativa do Ministério Público.

Nesse sentido, mais importante ainda foi discorrer sobre a segunda parte do artigo supracitado que confere ao juiz a possibilidade de aplicar agravantes ainda que o órgão ministerial não as tenha alegado. Nesse caso, além da imparcialidade do juiz estar violada, o magistrado ainda estará reconhecendo os agravantes de ofício, atribuição essa proibida ao órgão julgador, pois fere os direitos e garantias fundamentais, ampla defesa e o contraditório, assegurados no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna, como também estará avocando para si a

persecução penal, garantia atribuída ao promotor pelo artigo 129, inciso I, do mesmo dispositivo legal.

Para corroborar com o pensamento, ainda há que ser respeitado o princípio da correlação. É defeso ao magistrado proferir uma sentença, *ultra, extra ou citra petita*. Conforme este pensamento, o magistrado está vinculado as teses de acusação e defesa, não lhe sendo permitido condenar além do que foi requerido nas teses, de maneira que o juiz proferindo sentença além do que foi pedido esta será nula.

Sendo assim, há que se ressaltar que com a promulgação Constituição da República de 1988 e a consequente adoção do sistema processual penal acusatório, o artigo 385 do Código Processo Penal não foi recepcionado pela Carta Magna, pois fere de forma cabal o princípio acusatório que é tão importante nos Estados Democráticos de Direito, já que garante ao acusado o direito de exercer plenamente a ampla defesa e o contraditório, segundo o princípio do devido processo legal.

Desse modo, este estudo pretende corroborar com tais perspectivas baseado nas teses defendidas no presente artigo, no qual podemos concluir que o processo penal moderno tem uma função nitidamente garantista visando assegurar ao acusado todos os direitos previstos na Constituição, não havendo mais espaço, dentro do Estado Democrático de Direito, para o processo punitivo exclusivista.

Em síntese, o artigo 385 do Código de Processo Penal, diante de todas razões que foram demonstradas nesse artigo, não deve e não pode ser usado como fundamentação de sentenças condenatórias por carregar em seu escopo a sua não recepção pela Carta Magna de 1988, haja vista ferir de morte o princípio acusatório que é característica basilar no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, IVANALDO. **Sentença penal absolutória**. Natal: 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em: 10 abril de 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 27 de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 07 de abril de 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (org.) **Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DRUMMOND, Fernando Máximo de Almeida Pizarro. **Correlação entre Denúncia e Sentença**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/Texto1166.rtf>. Acesso em: 18 de abril de 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito Penal: parte geral**. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **(Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt**. In: Revista de Estudos Criminais, Ano 2 – 2002 – nº 6, Porto Alegre.

MAIA NETO. Cândido Furtado. **Absolvição Criminal pelo Ministério Público**. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade. (org) **Leitura Complementar do Processo Penal**. Salvador: Jus Podium, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Garantismo Penal e o Aditamento da Denúncia.** Disponível em: <www.amperj.org.br/associados/dalla/artigo49.htm>. Acesso em: 27 de abril de 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 17 de abril de 2010.

ROCHA, Rodrigo Mariano. **Sistema Inquisitório e Sistema Acusatório: contornos históricos e críticos.** Disponível em: <www.rosivaldotoscano.com.br/blogspot>. Acesso em: 03 de abril de 2010.

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

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.