

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**GUILHERME KENJI TAKAHASHI PISETTI**

**POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO PEDE  
ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

São Paulo

2022

GUILHERME KENJI TAKAHASHI PISETTI

POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO PEDE  
ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
à coordenação da Faculdade de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie como  
requisito parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito

ORIENTADOR: Prof. Dr. Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho

São Paulo

2022

GUILHERME KENJI TAKAHASHI PISETTI

POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO PEDE  
ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
à coordenação da Faculdade de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie como  
requisito parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito

Aprovado em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho – Orientador  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Evandro Fabiani Capano  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Rodrigo Domingues de Castro Camargo Aranha  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

# POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO PEDE ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

**Guilherme Kenji Takahashi Pisetti**

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar os aspectos do artigo 385 do Código de Processo Penal. Para isso, foram analisados parâmetros constitucionais e processuais que definiriam a sua constitucionalidade. Em que pese a Constituição Federal de 1988 declarar que o Ministério Público é o titular da ação penal e dispõe da pretensão acusatória, este não exerce total controle sobre seu andamento. Uma vez oferecida a denúncia e iniciado o processo penal, o procedimento fica indisponível para o *parquet*, impedindo que desista da ação. Assim, mesmo que o Ministério Público peça absolvição do réu, o magistrado ainda poderá optar pela condenação. A escolha do tema se deu pela necessidade de análise da permanência do dispositivo no Código de Processo Penal mesmo após a Lei 13.964/19 que reformou o CPP e, em teoria, deixou o código mais próximo de um sistema acusatório. Pode-se verificar que ainda é vigente no Código de Processo Penal diversos atos de ofício que o magistrado poderá se valer para auxiliá-lo na formação de convicção. Entretanto, a participação ativa do magistrado não é inconstitucional, ou caracteriza o Brasil como sistema inquisitivo. Apenas determina que o magistrado é um agente do Estado que deverá se valer dos meios necessários e legais para auxiliá-lo na formação da sua convicção, mesmo que essa divirja do Ministério Público.

**Palavras-chave:** Artigo 385 do CPP. Atos de ofício. Acusatório. Inquisitivo. Misto.

**Abstract:** The article aims to analyze the aspects of article 385 of the Criminal Procedure Code. For this, the constitutional and procedural aspects that would define its constitutionality were analyzed. In spite of the Federal Constitution of 1988 declaring that the Public Ministry is the holder of the criminal action and has the accusatory claim, but it does not exercise full control over the legal progress. Once the complaint has been filed and the criminal process started, the procedure is unavailable for the *parquet*, preventing it from withdrawing from the action. Thus, even if the Public Prosecutor's Office asks for the defendant's acquittal, the magistrate can still opt for the conviction. The choice of theme was due to the need to analyze the permanence of

the device in the Criminal Procedure Code even after Law 13.964/19 which reformed the CPP and, in theory, left it closer to an accusatory system. It can be seen that there are still in force in the Criminal Procedure Code several official acts that the magistrate can use to help him in the formation of conviction. However, the active participation of the magistrate is not unconstitutional, or characterizes Brazil as an accusatory system. It only determines that the magistrate is an agent of the State who must use the necessary and legal means to help him form his conviction, even if this diverges from the Public Ministry.

**Keywords:** Article 385 of the CPP. *Ex Officio*. Accusatory. Inquisitive. Mixed.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>SISTEMAS</b> .....	<b>8</b>
<b>2.1</b>	<b>Sistema Inquisitivo</b> .....	<b>8</b>
<b>2.2</b>	<b>Sistema Acusatório</b> .....	<b>9</b>
<b>2.3</b>	<b>Sistema Misto</b> .....	<b>10</b>
<b>3</b>	<b>A CONSTITUIÇÃO FEDERAL</b> .....	<b>11</b>
<b>4</b>	<b>ATOS DE OFÍCIO DO JUIZ</b> .....	<b>12</b>
<b>5</b>	<b>ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</b> .....	<b>16</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>22</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>24</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar sobre a capacidade do juiz de atuar de ofício e, principalmente, condenar o réu mesmo quando a acusação se manifesta pela absolvição do réu (artigo 385 do Código de Processo Penal). Dessa forma, será feita uma análise da Constituição Federal de 1988, do Código de Processo Penal e dos princípios que os regem para entender sobre a existência do art. 385 do CPP.

Conforme será demonstrado, é possível que, ao final da instrução penal, o Ministério Público peça a absolvição do acusado e a defesa, obviamente, irá se manifestar no mesmo sentido. Contudo, mesmo dentro desse parâmetro, o juiz pode escolher por condenar o réu nos termos da denúncia. Mas isso seria constitucional?

Para entender sobre o tema, é necessário explicar sobre os princípios do direito processual penal e que existem sistemas que regem o processo legal.

Inicialmente, será explicado quais as características dos três sistemas que a doutrina reconhece: o inquisitório, acusatório e o misto. Posteriormente, serão explicadas as distinções entre os sistemas e quais seriam suas aplicações.

No segundo capítulo, será feito uma análise da atual Constituição Federal, o contexto histórico em que ela surgiu, e quais os princípios que a Carta Magna fornece para o devido processo penal.

Entrando no terceiro capítulo, serão exemplificados e demonstrados os limites da atuação do magistrado dentro do devido processo legal e como ele pode agir de ofício com base no Código de Processo Penal.

O quarto capítulo demonstrará como o magistrado pode condenar o réu mesmo com o Ministério Público pedindo absolvição. Será feita uma análise de quais princípios atingem o magistrado e o representante do parquet, e os limites das atuações de ambos. E como a possibilidade descrita no artigo 385 do CPP está garantido dentro da Constituição Federal.

Será apresentado ao leitor uma reflexão de como o magistrado pode atuar no processo penal brasileiro e suas garantias constitucionais, fundamentado em obras de importantes doutrinadores no ordenamento jurídico brasileiro que refletiram sobre o assunto. A relevância do artigo contribui para questionar sobre como o processo penal é atualmente regido e compreender como poderá ser no futuro.

## 2 SISTEMAS

Dentro do Direito Processual Penal, utiliza-se o termo “sistema” para categorizar a forma em que o devido processo legal deve ocorrer e, também, definir e delimitar a atuação do magistrado perante o réu. Cada sistema é carregado de princípios próprios que regem a forma em que ocorre a persecução penal.

Os doutrinadores dividem em três grupos as possibilidades de sistemas existentes: o inquisitivo, o acusatório e o misto. Nota-se que os sistemas possuem características que correspondem a diferentes momentos históricos, existindo resquícios de alguns deles até os dias atuais.

Apesar de serem distintos entre si, ainda é debatido sobre qual sistema o processo penal brasileiro adota.

### 2.1 Sistema Inquisitivo

O sistema inquisitivo é caracterizado pela junção das funções de acusar e julgar em apenas uma pessoa. Dessa forma, aquele a quem compete o poder de sentenciar, ou absolver, é o mesmo que será responsável pela produção das provas a serem utilizadas no processo.

Verifica-se que no presente sistema é impossível garantir a imparcialidade do julgador, uma vez que a valoração e obtenção das provas será realizada pela mesma pessoa. Nela, o julgador sempre atuará de ofício para dar o andamento do processo e não existem mecanismos de controle para delimitar seus poderes e garantir os direitos ao réu. Conforme ensinam Brito, Fabretti e Lima:

O sistema inquisitório é considerado pela doutrina o mais injusto, e não poderia ser diferente. Em tal sistema, as figuras do juiz e do acusador confundem-se e não há limites para os métodos utilizados para a obtenção da rainha das provas: a confissão. (BRITO; FABRETTI; LIMA; 2019, pg. 4)<sup>1</sup>

O nome “inquisitivo” vem da Santa Inquisição do Direito Canônico, onde o Tribunal Eclesiástico processava, julgava e punia os membros do clero que fossem acusados de heresia contra a Igreja Católica.

Conforme é ensinado por Guilherme de Souza Nucci (2020), o sistema inquisitivo foi amplamente utilizado durante a Idade Média, também, como forma de combater os abusos

---

<sup>1</sup> BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: EDITORA ATLAS LTDA, 2019.



cometidos pelos senhores feudais e aristocracia contra os vassalos e camponeses. Os reis mandariam os juizes inquisidores – atuando em nome do rei com poder suficiente para enfrentar a classe mais rica – para os julgar e, em teoria, garantir que os crimes cometidos não saíssem impunes e fossem levados a justiça.

Dentro de um sistema inquisitivo, não existem partes do processo. A pessoa que é formalmente acusada de um crime é mero objeto do processo, não um sujeito de direitos. Não existe aqui um contraditório, ampla defesa ou devido processo legal, o juiz procura as provas que julga necessário para confirmar o que foi presumido, sendo, geralmente, a confissão a prova mais buscada.

Todo o processo é feito de forma sigilosa e escrita, não existem garantias ou oportunidades de defesa, o indivíduo acusado está à mercê da vontade do julgador-inquisidor.

## **2.2 Sistema Acusatório**

O sistema acusatório é baseado na separação entre a acusação e o julgador. Nesse sistema é defendido que a função de acusar será exercida por indivíduo distinto daquele que tem competência de julgar. O principal objetivo dessa distinção é a garantia de um processo imparcial e justo, onde o julgador poderá formar convicção de forma livre, sem risco de ser “contaminado” por sua função acusatória.

Esse sistema garante que o acusado tenha isonomia com sua parte contrária, a acusação, já que o magistrado apreciará as provas de forma pública, motivada e livre. Não só isso, mas as provas serão valoradas igualmente, sem que a defesa seja prejudicada com a possível inclinação do juiz com a sentença condenatória, fato que ocorre dentro de um sistema inquisitivo.

O procedimento é feito de forma oral e pública, permitindo que haja transparência durante todo o processo garantindo os direitos ao contraditório e ampla defesa do réu. Além desses, possui as características da presunção de inocência, devido processo legal, publicidade do juiz natural e do promotor natural.

Grande parte da doutrina entende que a Constituição Federal de 1988 adotou um sistema acusatório como modelo de processo penal. Apesar de não estar expresso “acusatório”, esse entendimento se dá pela atribuição dada ao Ministério Público para ser o responsável pela persecução penal, conforme expõe Guilherme Madeira Dezem:

Os defensores de que o sistema processual penal brasileiro é o sistema acusatório entendem que a atribuição da titularidade da ação penal a órgão diverso do julgador estabelece, entre nós, o sistema acusatório. Tal se dá, basicamente, conforme a leitura do art. 129, I, da CF/1988, que atribui ao Ministério Público a titularidade para a ação penal. (MADEIRA, 2016, pg. 19-20)<sup>2</sup>

Não só por isso, mas, como ainda será demonstrado, vários artigos da Constituição Federal positivam seus princípios ao ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, conforme Brito, Fabretti e Lima<sup>3</sup>, um sistema acusatório puro no Brasil atua como um ideal a ser alcançado, não como uma regra clara aplicada. Isso por conta do Código de Processo Penal, escrito em 1941, ainda possuir resquícios inquisitórios.

O sistema acusatório é considerado, também, o sistema mais justo por conta das suas garantias ao réu e a sua transparência, permitindo que a população verifique o cumprimento da lei e, assim, se a justiça está sendo feita.

### 2.3 Sistema Misto

O sistema misto é baseado na ideia de junção entre os sistemas inquisitivos e acusatório, buscando a união das qualidades de ambos dos sistemas anteriores. Apesar de serem ideias contraditórias, dentro desse sistema, o réu teria acesso garantido à princípios como contraditório, ampla defesa e o devido processo legal, além de existir a separação das funções de perseguir e acusar da função de julgar. Mas, também, permitiria que o juiz atuasse de ofício durante o processo, justificado pelo princípio da busca da verdade real.

De acordo com Gilberto Lozzi (LOZZI apud NUCCI, 2021)<sup>4</sup>, não existe sistema acusatório puro ou sistema inquisitório puro, mas o processo penal é misto, apenas verifica-se que existe a predominância de um sobre o outro, sendo essa a realidade da maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo.

O sistema pode ser considerado misto, também, por ambos dos sistemas coexistirem em momentos distintos do mesmo processo penal.

Durante a fase de instrução preliminar, mais conhecido como “inquérito policial”, onde o objetivo é a coleta da maior quantidade de informações possíveis, pode ser considerado

---

<sup>2</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. em *ebook* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2016.

<sup>3</sup> BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. página 05. São Paulo: Editoras Atlas Ltda, 2019.

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18ª ed. página 41. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

predominantemente inquisitivo. Este procedimento persecutório e informativo não julga o mérito da lide, mas serve para preparar a peça inaugural da ação penal, a denúncia. Mesmo com características de ser escrito e sigiloso, também é garantido ao investigado a assistência de um advogado (defesa), ao silêncio e a ter vista dos autos (publicidade), conforme Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal.<sup>5</sup>

Já durante o processo penal, após devido oferecimento da denúncia, é um momento predominantemente acusatório. O processo é regido pelos princípios do contraditório, ampla defesa, juiz natural, presunção de inocência e entre outros. É o momento em que o juiz decidirá sobre os méritos do fato e estará garantida a paridade entre a acusação (Ministério Público) e a defesa, onde o magistrado formará sua convicção com base na prova dos autos, seguindo o princípio do livre convencimento motivado. Contudo, como será exposto mais a diante, existem atos que o magistrado poderá realizar de ofício que podem ser interpretados como inquisitivos.

### 3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 surge no período de redemocratização do Brasil, após anos de ditadura militar durou de 1964 a 1985, ano em que ocorreram as eleições diretas. A chamada Constituição cidadã adota características de um Estado Democrático de Direito, resguardando princípios como a dignidade da pessoa humana, soberania popular, cidadania, pluralismo político, entre outros, além de acrescentar novos Direitos Fundamentais para consagrar os valores democráticos da nação<sup>6</sup>.

Para o processo penal, a nova constituição garantiu princípios como o devido processo legal (artigo 5º, LIV da CF/88)<sup>7</sup> contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV da CF/88)<sup>8</sup>, a inutilização de provas obtidas por meio ilícito (artigo 5º, LVI da CF/88)<sup>9</sup>, a presunção de

---

<sup>5</sup> Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

<sup>6</sup> TUPINAMBÁ, Renata Moura. **Os pilares do Código de Processo Penal de 1941 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988.** Âmbito Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-168/os-pilares-do-codigo-de-processo-penal-de-1941-e-sua-incompatibilidade-com-a-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em 10/04/2022.

<sup>7</sup> Art. 5º, LIV da CF/88 - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>8</sup> Art. 5º, LV da CF/88 - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>9</sup> Art. 5º, LVI da CF/88 - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

inocência (artigo 5º, LVII da CF/88)<sup>10</sup>, da fundamentação (artigo 93, inciso IX, da CF/88)<sup>11</sup>, entre outros para garantir a dignidade do acusado, ou investigado, para que este não sofra com possíveis abusos do Estado. Não só isso, mas a própria existência desses preceitos acaba por estabelecer quais condutas podem, ou não, ser consideradas desrespeitosas com os direitos do cidadão.

Com esse objetivo, a Constituição federal passou a ser o principal instrumento contra os abusos dos agentes do estado, pois nela é descrita como deve ser a forma correta de uma persecução penal. Portanto, caso um processo penal não esteja nos parâmetros estabelecidos, este procedimento deverá ser considerado abusivo e ilegal, sendo seus efeitos nulos.

Apesar da Constituição não especificar de forma expressa qual o sistema penal adotado, verifica-se que é possível averiguar um modelo processual penal majoritariamente acusatório no Brasil, visto que, dentre os princípios expressos, encontram-se as noções de juiz imparcial, contraditório, ampla defesa e demais outras regras do ordenamento.

Em seu artigo 129, inciso I, é especificado que a função de promover a ação penal pública é privativa do Ministério Público. Então, portanto, estaria claro aqui a vedação do juiz-acusador, já que a função da acusação foi determinada para outro órgão que não pertence ao judiciário.

#### **4 ATOS DE OFÍCIO DO JUIZ**

Ainda é vigente no processo penal que o magistrado realize atos de ofício para auxiliar na formação de sua convicção. Como, por exemplo, o juiz poderá determinar, de ofício, diligência considerada imprescindível para formar sua convicção ao final da audiência, conforme previsto no artigo 404<sup>12</sup> do Código de Processo Penal. Ou, também, o juiz, em casos

---

<sup>10</sup> Art. 5º, LVII da CF/88 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>11</sup> Art. 93º, IX da CF/88 - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>12</sup> Art. 404 do CPP - Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.

de lesão corporal, o magistrado poderá solicitar exame complementar caso o primeiro esteja incompleto, artigo 168<sup>13</sup> do Código de Processo Penal.

O artigo 33<sup>14</sup> do CPP permite que, caso a vítima seja menor de 18 (dezoito) anos, ou enfermo mental, caso não tenha representante legal, ou, ainda, tenham conflito de interesses entre eles, o juiz poderá nomear curador especial para que proceda com a queixa na ação penal privada. Portanto, mesmo que seja contra a vontade do atual representante legal, o magistrado poderá nomear outra pessoa para auxiliar a vítima a oferecer a queixa. Apesar de isso parecer como uma interferência do juiz no processo, verifica-se que, neste momento, ele apenas estaria garantido a plenitude dos direitos da vítima e não, efetivamente, instruindo a ação penal ou favorecendo a acusação.

O magistrado poderá realizar medidas que poderiam ser interpretadas como inquisitivas. No artigo 127<sup>15</sup> do Código de Processo Penal, o juiz poderá, de ofício, determinar o sequestro de bens imóveis. E, após trânsito em julgado da sentença condenatória, poderá determinar a avaliação e sequestro dos bens sequestrados (art. 133 do CPP)<sup>16</sup>.

Autoridade judicial poderá até requisitar instauração de inquérito policial, art. 5º, inciso II<sup>17</sup>, do Código de Processo Penal. Apesar do Ministério Público ser o titular da ação penal e aquele que exerce a pretensão acusatória, o magistrado poderia requisitar o início do procedimento mais inquisitivo no ordenamento jurídico brasileiro, um inquérito policial.

Um dos pontos mais controversos dos atos de ofício que podem ser realizados pela autoridade judiciária está relacionado a gestão das provas colhidas nos autos. No artigo 156<sup>18</sup>,

---

<sup>13</sup>Art. 168 do CPP - Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

<sup>14</sup> Art. 33 do CPP - Se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.

<sup>15</sup>Art. 127 do CPP - O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

<sup>16</sup> Art. 133 do CPP - Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado.

<sup>17</sup>Art. 5º do CPP - Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

<sup>18</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes,

incisos I e II do Código de Processo Penal, esclarece que o magistrado poderá ordenar a produção antecipada de provas e, também, determinar realização de diligências para suprimir quaisquer dúvidas que lhe resta. Da mesma forma, o art. 234<sup>19</sup> do Código de Processo Penal, o juiz poderá requisitar junta de documento relevante, para acusação ou a defesa, independente de requerimento das partes.

Pode-se verificar que o Código de Processo Penal permite que o juiz atue de forma ativa na produção e junção de provas que ele considera necessário para a formação de sua convicção. Essa possibilidade é objeto de grande debate entre doutrinadores que tomam posturas positivas e negativas sobre o assunto:

Contudo, veremos adiante que o Código de Processo Penal, mantendo-se fiel ao ideal inquisitivo que o inspirou, ainda permite – e demasiadamente – a produção de provas “do juiz”, o que significa serem provas que originariamente partem de sua vontade, e não das partes (infra, item 3.1), o que para nós é incompatível com a ordem constitucional inaugurada em 1988. (BRITO; FABRETTI; LIMA; 2019, pg. 166)<sup>20</sup>.

O juiz, em busca da verdade real, pode e deve coligir provas indispensáveis ao deslinde do feito (art. 234, CPP). Sendo ele o destinatário da prova, nada mais justo do que colhê-la, diretamente, quando disso tomar conhecimento. Aliás, muitos documentos somente poderão ser conseguidos por intermédio de requisição judicial, como ocorre com a quebra do sigilo fiscal ou bancário, razão pela qual é plausível que o próprio magistrado os busque para a juntada nos autos. (NUCCI, 2021, pg. 561)<sup>21</sup>

A reforma legislativa da Lei 13.964/19, chamada “Lei Anticrime”, trouxe certas mudanças sobre as capacidades do juiz de atuar de ofício. Tanto que a presente reforma é um indicativo que o ordenamento jurídico brasileiro está, cada vez mais, abandonando seus resquícios inquisitivos.

Uma das mudanças mais notórias foi a alteração relacionada a possibilidade de o juiz decretar prisão preventiva de ofício (art. 311 do CPP)<sup>22</sup>, ato esse considerado um dos maiores

---

observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

<sup>19</sup> Art. 234 do CPP - Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

<sup>20</sup> BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: EDITORA ATLAS LTDA, 2019.

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>22</sup> Art. 311 do CPP - Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

exemplos de incompatibilidade com o sistema acusatório, visto que o julgador comprometeria sua imparcialidade no processo para decretar a prisão, conforme expõe Aury Lopes Jr.:

Durante muito tempo, por conta da cultura inquisitória dominante, se admitiu que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício no curso do processo ou que convertesse a prisão em flagrante em preventiva, de ofício. O erro era duplo: primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator = ranço inquisitório), em franca violação do sistema acusatório; depois em não considerar que o ativismo judicial implica grave sacrifício da imparcialidade judicial, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. (LOPES, 2021, pag. 275)<sup>23</sup>

Antes da reforma legislativa da Lei 13.964/19, chamada “Lei Anticrime”, caso o Ministério Público manifeste-se pelo arquivamento do inquérito, por quaisquer razões que se considera improcedente a denúncia, deveria ser requerido para o magistrado arquivar o feito. E, se o juiz discordar das razões expostas pelo Ministério Público, poderão os autos do inquérito serem remetidos para outro órgão ministerial para oferecer a denúncia, ou insistir no arquivamento. Assim estava descrito no antigo art. 28 do CPP.

**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.

Com a nova redação, virou competência do próprio Ministério Público a revisão dos casos de arquivamento e, ainda, inseriu que a vítima poderá pedir revisão do feito caso discorde das razões do *parquet*:

**Art. 28.** Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Apesar da Lei 13.964/19 alterar o art. 28 do CPP para que não competisse mais ao magistrado fazer o papel regulador do Ministério Público em casos de arquivamento de

<sup>23</sup> LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 18ªed. página 285. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

inquérito, o presente artigo encontra-se suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298 e, dessa forma, a Lei Anticrime ainda não está operando em sua plenitude.

Também se encontra com efeitos suspenso o art. 3-A do CPP, artigo que foi adicionado em que expressamente é assegurado que o processo penal seguirá o sistema acusatório:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Portanto, apesar do sistema processual brasileiro caminhar cada vez mais para um sistema acusatório, verifica-se que, mesmo após a reforma de 2019, encontram-se ainda diversas possibilidades de o juiz agir de ofício para que assegure a produção de provas, ou o andamento do processo. Poderão ser realizadas medidas julgar necessários para auxiliar na formação da sua convicção, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em caso de arquivamento de inquérito policial, o magistrado funciona como um mecanismo de supervisão das funções do Ministério Público, onde poderá manifestamente discordar das razões elencadas pela acusação.

## **5 ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

O art. 385 do CPP encontra-se presente na legislação brasileira desde sua estreia em 3 de outubro de 1941, quando foi lançado o, na época, novo Código de Processo Penal. Durante esse período, o Brasil estava no Estado Novo do então presidente Getúlio Vargas que possuía proximidade com o então ditador fascista italiano Benito Mussolini. Nesse contexto autoritário, o código foi aprovado obre óptica de um sistema em que o Estado-Juiz é o protagonista de um órgão estatal punitivo<sup>24</sup>.

O presente artigo permite que o juiz condene o réu nos termos da denúncia oferecida mesmo que o Ministério Público peça absolvição nas alegações finais, ou memoriais. Mas

---

<sup>24</sup> MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. O anacronismo do artigo 385 do Código de Processo Penal. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/muniz-anacronismo-artigo-385-codigo-processo-penal>>. Acessado dia 01/05/2022.



também permite ao magistrado reconhecer e aplicar agravantes (art. 61<sup>25</sup> e incisos e 62<sup>26</sup> e incisos do Código Penal), mesmo que não tenham sido alegadas no inicial acusatória:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada

Durante a produção de provas na audiência de instrução, debate e julgamento, o representante do *parquet* pode verificar que o acusado é inocente dos fatos alegados, ou que as provas seriam insuficientes para uma condenação. De qualquer modo, após a colheita de provas, o Ministério Público não é vinculado a inicial acusatória, permitindo-o mudar de opinião sobre a condenação e pedir absolvição por quaisquer das razões nos incisos do artigo 386<sup>27</sup> do Código Penal.

Entretanto, o magistrado também não é vinculado a manifestação final do Ministério Público e pode proferir sentença condenatória nos termos da denúncia. Assim como o representante do *parquet*, o juiz é garantido de independência funcional, de modo que poderá

---

<sup>25</sup> Art. 61 do CP - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006) g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003) i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

<sup>26</sup> Art. 62 do CP - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - coage ou induz outrem à execução material do crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>27</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação.

agir sem sofrer pressão dos outros órgãos. E, não só isso, mas deverá agir de conforme sua livre convicção do mérito da causa, conforme expôs Câmara Leal:

“sempre se entendeu que o juiz não ficava subordinado ao parecer do Ministério Público, em sua promoção, para proferir a sentença final. Sem qualquer preceito expresso a respeito do assunto, por um princípio inerente à função do juiz, cuja decisão deve representar sua íntima convicção sobre o mérito da causa, a prática já havia consagrado esse critério, não se subordinando os juízes, para decidirem, ao parecer do Ministério Público. Não obstante, o legislador quis ser explícito e formulou a norma do art. 385” (LEAL, 1942, pg. 15)<sup>28</sup>

O magistrado tem como garantida de sua independência o princípio do *livre convencimento motivado* (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal)<sup>29</sup>. Este princípio não é só uma garantia ao devido processo legal de que o juiz sempre motivará suas decisões, mas também provém a liberdade do magistrado de decidir conforme as provas dos autos sem a vinculação da vontade do Ministério Público.

O fato de o Ministério Público pedir absolvição no momento das alegações finais tem, também, relação da impossibilidade de desistência da ação penal (artigo 42 do Código de Processo Penal)<sup>30</sup>. Uma vez oferecida a denúncia nos crimes de ação pública, o Ministério Público deverá prosseguir com a ação até o momento da sentença por força dos princípios da *obrigatoriedade e indisponibilidade*.

O princípio da *obrigatoriedade* (artigo 24 do Código de Processo Penal)<sup>31</sup> expressa sobre a obrigação do Ministério Público de iniciar a ação penal se encontrar elementos mínimos necessários para a propositura da denúncia. Esse princípio é regido pela ideia de que o Ministério Público agirá conforme sua atribuição e promoverá a ação penal para que o judiciário aprecie o mérito dos fatos.

Já o princípio da *indisponibilidade* (artigo 42 do Código de Processo Penal) afirma que, uma vez oferecida a denúncia, o Ministério Público não a terá mais a seu dispor para que dela

<sup>28</sup>LEAL, Câmara. **Comentários ao Código de Processo Penal, v. III**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

<sup>29</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>30</sup> Art. 42 do CPP - O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

<sup>31</sup> Art. 24 do CPP - Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

desista. Esse princípio também é aplicado aos recursos, visto que o Ministério Público não poderá desistir de recurso interposto (artigo 576 do Código de Processo Penal)<sup>32</sup>.

Portanto, mesmo que o Ministério Público possua a pretensão acusatória, uma vez oferecida a denúncia, a ação penal não está mais a seu controle e disposição para que prossiga conforme sua vontade.

Com isso, o pedido de absolvição de Ministério Público não pode ser considerado como a equivalência a sua desistência. Por força da exordial acusatória, o magistrado foi notificado da possibilidade de um fato típico, ilícito e culpável e este formará seu livre convencimento motivado sobre os fatos:

Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (art. 385, CPP). (NUCCI, 2021, pág. 765).<sup>33</sup>

Contudo, o magistrado não poderá condenar o réu por fatos inéditos que foram descobertos durante o andamento do processo, divergentes daqueles que constam na denúncia. Se os fatos novos divergirem do descrito na peça acusatória, o Ministério Público procederá com o aditamento da denúncia (art. 384 do CPP)<sup>34</sup> e, conseqüentemente, será realizada nova audiência de instrução, debate e julgamento. Este instrumento é conhecido como “*mutatio libelli*” e garante a ampla defesa e o contraditório do réu, visto que dará nova oportunidade de se defender dos fatos alegados.

Ainda assim, mesmo com novos fatos que, em teoria, poderiam provar a inocência do acusado, o Ministério Público é obrigado a prosseguir com o feito e não poderá desistir da ação penal. A única possibilidade do *parquet* seria se manifestar pela absolvição. E, mesmo assim, o magistrado pode entender de forma diversa.

Verifica-se a diferença que o código faz quando o crime é de ação pública da ação penal privada. No caso da ação penal privada, o ofendido pode desistir da ação penal pela renúncia

---

<sup>32</sup> Art. 576 do CPP - O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>34</sup> Art. 384 do CPP - Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

ao direito de queixa (artigos 49<sup>35</sup> e 50<sup>36</sup>, ambos do Código de Processo Penal), desde que antes do recebimento queixa. Assim expressa Guilherme Nucci:

Note-se a diferença existente entre a ação penal privada, regida pelo princípio da oportunidade, e a ação penal pública, cujo princípio regente é o da obrigatoriedade, salientando que, neste último caso, ainda que o órgão acusatório peça a absolvição, o juiz está autorizado a condenar (art. 385, CPP). (NUCCI, 2021 p. 268)<sup>37</sup>

Nota-se que existe na doutrina opiniões contrárias a permanência do artigo 385 no Código de Processo Penal. Há o entendimento de que, em um sistema acusatório, é inadmissível a possibilidade de o magistrado condenar com o pedido de absolvição do órgão acusador. Diversos manifestam o art. 385 do Código de Processo penal foi revogado tacitamente pela Constituição Federal de 1988:

O correto e adequado é reconhecer a revogação tácita do art. 156 (e do art. 385 e tantos outros na mesma linha) e absoluta incompatibilidade com a matriz acusatória constitucional e a nova redação do art. 3º-A. (AURY, 2021, pg. 23)<sup>38</sup>

**O art. 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição da República.** Não está mais 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 deseja decidir de forma mais severa para o acusado em desconformidade com o órgão acusador, que é quem exerce a pretensão acusatória. (RANGEL, 2012, pág. 66)<sup>39</sup> (grifei).

Contudo, observa-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende pela manutenção do artigo 385 do Código de Processo Penal e não como uma afronta a Constituição Federal:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ALEGAÇÕES FINAIS. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DE CONDENAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. TIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. **Quando o Ministério Público pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação**, como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (decision on prosecution motion to withdraw counts) e vincula o posicionamento do juiz. Em nosso sistema, é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho, ainda que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente – ou mesmo oposta – do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado. 2. As posições contingencialmente adotadas pelos representantes do Parquet no curso de um processo – no caso, trata-se de mera omissão

<sup>35</sup> Art. 49 do CPP - A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

<sup>36</sup> Art. 50 do CPP - A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais.

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>38</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 18ªed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

<sup>39</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

nas alegações finais, relativamente ao pedido de condenação contido na denúncia – não eliminam o conflito que está imanente, permanente, na persecução penal, que é o conflito entre o interesse punitivo do Estado, representado pelo Ministério Público, Estado-acusador, e o interesse de proteção à liberdade do indivíduo acusado, ambos sob a responsabilidade do órgão incumbido da soberana função de julgar, por meio de quem, sopesadas as alegações e as provas produzidas sob o contraditório judicial, o Direito se expressa concretamente. 3. **Embora o Ministério Público, em alegações finais, não haja pedido, expressamente, a condenação do acusado pelo crime descrito no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, ainda assim remanesceu presente a acusação formulada no início da persecução penal – a qual é julgada pelo Estado-juiz**, mediante seu soberano poder de dizer o direito (juris dicere) –, notadamente porque o órgão ministerial, em seus pedidos, pleiteou a "procedência da ação penal para condenar o acusado DIOGO NEPOMUCENO DUTRA nos termos da denúncia". 4. Uma vez que foi encontrada, no interior da residência do recorrente, uma munição calibre 38, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, mostra-se típica, material e formalmente, a conduta a ele imputada (art. 12 da Lei n. 10.826/2003). 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1521239 MG 2015/0058258-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 09/03/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJE 16/03/2017) (grifei).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PARECER MINISTERIAL EM SEGUNDO GRAU PELA ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 385 DO CPP, RECEPCIONADO PELA CF/88. INDEPENDÊNCIA DO ÓRGÃO JULGADOR. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRECEDENTES DO STJ E STF. AGRAVO IMPROVIDO. 1. **Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conquanto o Parquet tenha se manifestado pela absolvição do acusado, o órgão julgador poderá condená-lo, com base no princípio do livre convencimento motivado, visto que tal manifestação não vincula o julgador.** 2. **Quando o Ministério Público pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação**, como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (decision on prosecution motion to withdraw counts) e vincula o posicionamento do juiz. Em nosso sistema, é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho, ainda que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente - ou mesmo oposta - do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado ( REsp 1521239/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 9/3/2017, DJe de 16/3/2017). 3. Agravo regimental em habeas corpus improvido. (STJ - AgRg no HC: 567740 SP 2020/0072063-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 12/05/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJE 18/05/2020) (grifei).

Portanto, em que pese o entendimento de que o art. 385 do CPP seja uma afronta ao sistema acusatório que teria sido estabelecido na Constituição Federal de 1988, verifica-se que não é estabelecido em nosso ordenamento jurídico um sistema acusatório puro, mesmo que durante a ação penal.

Ainda que se argumente que o processo penal brasileiro caminha cada vez mais para um sistema puramente acusatório, observa-se que essa não é a realidade atual, uma vez que o juiz ainda é agente capacidade de atuar, em certos casos, em vontade própria.

O processo penal do Brasil ainda permite que o magistrado realize atos de ofício, desde que devidamente motivados e de forma imparcial, para auxiliar na formação da sua convicção. Mas isso não significa que o sistema brasileiro é inquisitório, uma vez que existem diversos princípios que protegem e garantem ao réu um devido processo penal imparcial.

O juiz é um agente do Estado, representante do Poder Judiciário, com exercício de jurisdição e competência para julgar, condenar ou absolver. Apesar de não ser parte no processo, é um sujeito ativo que se utiliza dos instrumentos disponíveis para chegar o mais próximo possível da verdade real.

O magistrado não é mero espectador à mercê do Ministério Público e da defesa do acusado, mas possui plena capacidade de formar convicção e assim agir de acordo, uma vez que a exordial acusatória já foi apresentada, para que haja resolução da lide penal.

## **6 CONCLUSÃO**

Assim, foi demonstrado como trata-se de um tema com opiniões divergentes e ainda polêmico no meio jurídico. Foram analisadas as circunstâncias existentes que levam a existência do artigo 385 do Código de Processo Penal, bem como as consequências da sua vigência.

Procurou-se fazer um paralelo e mostrar as principais características dos sistemas inquisitivo, acusatório e mistos para melhor compreender como a Constituição Federal e o Código de Processo penal operam o nosso ordenamento jurídico. Mostrou-se que, apesar de serem antagônicos entre si, eles podem coexistir dentro do sistema misto em que exerceram influências em momentos distintos do processo.

Também foi analisada a Constituição Federal, junto com os princípios e garantias que foram agregados ao processo penal. Neste capítulo foi demonstrado que a CF/88 determina que o Ministério Público será o responsável pela ação penal e, o mais importante, não compete a membro do judiciário perseguir e acusar.

Contudo, no capítulo seguinte, foi demonstrado como o juiz não é mero espectador do processo e como ele poderá agir de ofício em determinadas situações para auxiliá-lo na formação de sua convicção. Mas, obviamente, sempre motivando seus feitos com base na lei e resguardando os direitos do acusado.

Por fim, no último capítulo foi realizada uma análise do artigo 385 do Código de Processo Penal e como, uma vez oferecida a denúncia, o processo não está mais disponível para o Ministério Público desistir da ação. Dessa forma, o pedido de absolvição do Ministério Público age como um parecer sobre como deve ser decidido, sem vincular sua manifestação de vontade ao poder de decisão do magistrado. Portanto, é constitucional e legal que o juiz condene quando a acusação pede pela absolvição, uma vez que não existem nulidades e prejuízos a defesa que teve plena capacidade de se defender durante todo o processo.

Apesar de sua legalidade, é de se esperar que o debatido dispositivo seja retirado do Código de Processo Penal através de uma reforma legislativa, uma vez que o ordenamento jurídico está buscando se fixar em um sistema majoritariamente acusatório ou, inclusive, buscar ser acusatório puro, visto a mais recente reforma da Lei 13.964/19.

Para finalizar, deve-se ressaltar que se trata de um assunto polêmico que ainda surgirão diversos estudos sobre o feito, já existindo diversas pesquisas abordando o tema. Muitas, inclusive, demonstram posicionamento diverso do entendimento deste artigo, afirmando pela inconstitucionalidade do art. 385 do CPP. Contudo, não há de se negar que o presente artigo ainda está em vigor e, como verificado, é respaldado pela Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

BRASIL. Lei 13.964/19, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus: 567740/SP**, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Data de Julgamento: 12/05/2020, Data de Publicação: DJe 18/05/2020).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6ª Turma). **Recurso Especial: 1521239/MG 2015/0058258-9**, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 09/03/2017, Data de Publicação: DJe 16/03/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: EDITORA ATLAS LTDA, 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. em *ebook* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2016.

LEAL, Câmara. **Comentários ao Código de Processo Penal, v. III**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 18ªed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. **O anacronismo do artigo 385 do Código de Processo Penal. Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/muniz-anacronismo-artigo-385-codigo-processo-penal>>. Acessado dia 01/05/2022.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TUPINAMBÁ, Renata Moura. **Os pilares do Código de Processo Penal de 1941 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988**. Âmbito Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-168/os-pilares-do-codigo-de-processo-penal-de-1941-e-sua-incompatibilidade-com-a-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em 10/04/2022.

## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, **Guilherme Kenji Takahashi Pisetti**, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41726650, período **noturno**, turma **10T**, tendo realizado o TCC com o título: **POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO PEDE ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**, sob a orientação do **Professor Dr. Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho** declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 20 de maio de 2022

---

**Assinatura do discente**