

## **1 INTRODUÇÃO**

A aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal contribui para a manutenção do sistema inquisitório no país. Por esse dispositivo legal, nos crimes de ação penal pública, o juiz pode proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público peça pela absolvição. Além disso, o magistrado pode reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

No sistema processual inquisitório, as funções de acusar; de defender e de julgar, estão reunidas na mesma figura. Dessa forma, inexistente respeito ao devido processo legal, aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O réu fica, claramente, à mercê do livre convencimento do juiz, que também tem, além de julgar, o dever de punir.

O acusado se torna mero objeto da persecução penal, pois o juiz age de maneira investigativa, mesmo após a fase de instrução probatória. De forma alguma, deve haver relação jurídica entre o Juiz-acusador e o imputado, visto que não existe no procedimento penal, uma exigência punitiva nas mãos do julgador.

Fica evidente que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a que o imputado seja inocentado. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação do Ministério Público, cuja função é privativa, por meio do oferecimento da denúncia como pretensão acusatória.

O Ministério Público, ao requerer a absolvição, automaticamente está renunciando do direito de atuar contra o indivíduo. Como consequência, não cabe ao juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem o devido chamamento. Condenar sem pedido é desrespeitar o Princípio da Correlação, posto que a decisão é construída sem o contraditório, uma garantia fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## **2 INFLUÊNCIA EXTERNA À EPOCA DA PUBLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO BRASIL**

Sob a análise do contexto histórico brasileiro quando da publicação do diploma processual penal, existe no ordenamento jurídico uma herança das ditaduras que se transformaram, ao longo do tempo, em “cicatrices” jurídicas (ZAPATER, 2016). O Código de Processo Penal Brasileiro, assim como o Código

Penal, é um decreto-lei imposto por Getúlio Vargas, durante o regime militar do Estado Novo, carregado de tendências fascistas.

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal é possível identificar a intenção do legislador que, em 1941 foi o então Ministro da Justiça Francisco Campos, de suprimir a defesa do réu em benefício do interesse da sociedade e do bem comum.

A REFORMA DO PROCESSO PENAL VIGENTE (...) As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um **indireto estímulo à expansão da criminalidade**. Urge que seja abolida a **injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social**. Não se pode continuar a contemporizar com **pseudo direitos individuais em prejuízo do bem comum**. (...) No seu texto [o CPP de 1941], não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos. **O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e Joeirado de certos critérios normativos com que, sob influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.** [GRIFO NOSSO]<sup>1</sup>

Fica evidente a ideia promissora de proteger o “cidadão de bem”, com intuito de evitar que os criminosos encontrassem lacunas na lei e tivessem muitos direitos.

De lá pra cá, muitas mudanças foram feitas e recepcionadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas ainda assim o direito de defesa é paralisado em diversos pontos do Código Processual Penal. Um desses pontos é a permanência do artigo 385 do aludido Código, que permite a condenação do réu, ainda que o Ministério Público tenha requerido sua absolvição, além de possibilitar o reconhecimento de agravantes mesmo que não tenham sido alegadas.

### **3 OS MODELOS DE SISTEMAS PROCESSUAIS E A BUSCA PELA “VERDADE REAL” DOS FATOS**

A palavra “*prova*” deve ser usada como referência aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob a proteção do contraditório e

---

<sup>1</sup> Trecho retirado da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal produzida pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, disponível em [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf).

da ampla defesa, garantias fundamentais asseguradas na Carta Magna de 1988. Essa estrutura dialética da produção da prova, que se caracteriza pela possibilidade de indagar e de verificar os contrários, funciona como eficiente mecanismo para a busca da verdade. De fato, as opiniões contrapostas das partes adversas ampliam os limites da cognição do magistrado sobre os fatos relevantes para a decisão da demanda e diminuem a possibilidade de erros (LIMA, 2018).

No sentido de impor a observância do contraditório, ao longo da persecução penal, a Lei nº. 11.690/08 foi bastante incisiva, dando nova redação ao artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal. Por esse dispositivo, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da **prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.<sup>2</sup>

O ideal democrático de cada civilização pode ser vislumbrado de acordo com a adoção de determinado sistema (inquisitório, acusatório e misto). Com verdade, no sistema inquisitório, há clara supressão dos direitos e garantias constitucionais do acusado, que é mero espectador da investigação criminal.

Nessa ótica, por determinação do Princípio do Devido Processo Legal, o procedimento penal exige partes em posições antagônicas, sendo uma delas em posição de defesa, havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária, conforme enfatiza Renato Brasileiro de Lima.

No âmbito processual penal, está em jogo a liberdade de locomoção do indivíduo, direito constitucional indisponível. Por essa razão, o magistrado deveria ser dotado de amplos poderes instrutórios, em relação a produção de provas de ofício, sob o argumento da busca pela verdade substancial ou verdade real dos fatos.

A descoberta da verdade real, obtida a qualquer preço, era premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor ainda mais precioso do que a própria proteção da liberdade

---

<sup>2</sup> A Lei 11.690/08 alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências, como exemplo, o artigo 155 do CPP.

individual. (...) Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade. (LIMA, p. 67 e 68)

Atualmente, é possível afirmar a impossibilidade de se chegar uma “verdade absoluta”. A prova produzida em juízo é incapaz de oferecer ao magistrado um juízo de certeza sem questionamentos. Cândido Rangel Dinamarco argumenta: “a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo”.<sup>3</sup>

A verdade absoluta é uma ilusão processual inalcançável. O máximo que se pode obter é uma aproximação da certeza dos fatos.

### **3.1 O Sistema Inquisitorial e a figura única do julgador, acusador e defensor**

O sistema inquisitório é regido pela concentração das funções de acusar, julgar e defender. Esse modelo vigorou com maior força no Direito Canônico, a partir do século XIII, cujo objetivo era a punição do infrator, a qualquer custo. Por essa razão, o julgador cometia uma série de arbitrariedades, incluindo torturas e castigos, com intuito de obter provas que sustentassem seu juízo pré-concebido.

Não há, nesse modelo, relação jurídico-processual. O juiz participa do processo como acusador, julgador e defensor, de modo que perfaz a supressão do contraditório e da ampla defesa. É claramente um sistema intolerante, pelo qual o acusado não é sujeito de direitos e está submetido ao Estado. Acerca dessas premissas, Aury Lopes Júnior dispõe:

A estrutura do sistema inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor o corpo do herege. De posse dele, para a busca da verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá a confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para o bem do sistema. (LOPES JR, p. 126)

---

<sup>3</sup> A instrumentalidade do processo. 1987. Fundamentos do processo civil moderno. 2ª ed. p.449. n°44

Na gestão da prova, o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória e acusatória, sendo permitido que decreta de ofício a colheita de elementos informativos e de prova, seja no curso das investigações ou da instrução processual. Há incompatibilidade da concentração dos poderes nas mãos do juiz, e a iniciativa probatória dela decorrente, com a garantia de imparcialidade (Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH – art. 8º, parágrafo primeiro) e com o Princípio do Devido Processo Legal (LIMA, 2018).

O atual modelo processual adotado no Brasil comporta uma fase preliminar investigatória, que possui estreita relação com o modelo de sistema inquisitório. No inquérito policial inexistente separação clara dos poderes processuais e o indiciado é objeto de investigação, sem que haja presença do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A Autoridade Policial, responsável pelo inquérito, procura esclarecer o fato constante na notícia-crime, com intuito de reunir provas favoráveis a acusação e ao imputado. Não existe nessa fase de investigação uma relação dialética.

No entanto, não é somente a fase pré-processual que é dotada de características inquisitórias. O artigo 385, do Código de Processo Penal, que garante ao juiz a possibilidade de proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público pleiteie pela absolvição, remonta aos moldes do sistema inquisitivo.

Ao agir de forma contrária em prejuízo do acusado, o magistrado adota uma postura ativa e se torna parte do processo penal, ferindo o princípio da imparcialidade do juiz. Tal concepção claramente ofende o axioma do garantismo penal *nullum indicium sine accusatione*, de Luigi Ferrajoli, pelo qual não há processo sem acusação.<sup>4</sup>

De forma incontestável, o sistema inquisitório está diretamente relacionado à época de promulgação do Código de Processo Penal, em 1941, sob a égide do período ditatorial. Por esse modelo inquisitivo, há clara supressão aos direitos e garantias constitucionais, sendo totalmente incompatível com as premissas do Estado Democrático de Direito, fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, 4ª ed., Revista dos Tribunais, pg. 522.

### **3.2 O Sistema Acusatório e a garantia dos direitos fundamentais**

O sistema acusatório é o modelo adotado pela Carta Magna de 1988, ao atribuir a iniciativa da ação penal pública exclusivamente ao Ministério Público (art. 129, I, da CR/88) e ao determinar a imparcialidade da jurisdição como garantia fundamental. Para Aury Lopes Júnior, o Princípio da Imparcialidade é uma construção do Direito, que impõe ao juiz, um afastamento estrutural da atividade das partes.

Sob essa ótica, a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, estabelece que toda a pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria.

O modelo acusatório, sem dúvidas, é a forma mais democrática de conduzir o processo. Diferentemente do sistema inquisitório, essa sistemática tem como característica a presença de partes distintas, de modo que a acusação se contrapõe a defesa em igualdade de condições, e um julgador imparcial priorizado.

Quanto à iniciativa probatória, o juiz não era dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas deveriam ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. Com o objetivo de preservar sua imparcialidade, o magistrado deve deixar a atividade probatória para as partes. Ainda que se admita que o juiz tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária das partes. (LIMA, p. 40)

No sistema acusatório, o Princípio da Verdade Real é substituído pelo Princípio da Busca pela Verdade, de forma que a prova deve ser produzida com fiel observância ao contraditório e à ampla defesa.

Conseqüentemente, o órgão acusador tem o dever de provar ser o acusado culpado como autor do crime. Sendo assim, deve haver prova da materialidade do fato e da autoria e na ausência delas, o réu deve ser absolvido. Nestes termos, dispõe Paulo Rangel:

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a

acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inertes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inertes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu. (RANGEL, p. 49)

Importante demonstrar que no sistema acusatório, o juiz age de acordo apenas com aquilo disponibilizado em juízo pelas partes. O julgador não inicia a persecução penal. No entanto, há diversos diplomas legais que estão em desarmonia com o modelo acusatório e não vão ao encontro dos dispositivos da Carta Magna de 1988 (RANGEL, 2013).

Paulo Rangel cita como um dos exemplos, o artigo 385, do Código de Processo Penal, pois o juiz quebra a sua imparcialidade. Para ele, a investigação probatória, em nome do famigerado princípio da verdade processual, decidindo contrário ao que quer o autor, somente é válida para conceder ao acusado, uma sentença absolutória e livrá-lo das grades que a justiça quer impor.

### **3.3 O Sistema Misto ou Francês e suas fases distintas**

O denominado Sistema Misto surgiu, por toda a Europa, após o processo inquisitório sofrer alterações, a partir do século XIII. Trata-se de um modelo baseado na fusão dos dois sistemas anteriores, com a entrada em vigor do *Code d'Instruction Criminelle* francês, de 1808. Por esse motivo é conhecido como modelo francês.<sup>5</sup>

A primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e sem contraditório. Já a segunda etapa é de caráter acusatório, com as três funções (acusar, defender e julgar) em figuras distintas.

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. (LIMA, p. 41)

O Código de Processo Penal do Brasil não é essencialmente acusatório, inclusive possui inspiração no modelo fascista italiano e no regime totalitarista. Na

---

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

ideia central do diploma processual penal, o juiz tem poderes instrutórios cuja metodologia pode ser observada a partir dos seguintes artigos:

**Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao **juiz de ofício**: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) I - ordenar, **mesmo antes de iniciada a ação penal**, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) II - determinar, **no curso da instrução, ou antes de proferir sentença**, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). [GRIFO NOSSO]

**Art. 209.** O juiz, **quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.** § 1º: **Se ao juiz parecer conveniente**, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem. § 2º: Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa. [GRIFO NOSSO]

**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. [GRIFO NOSSO]

A lei processual penal permite que o juiz tenha interesse na causa e instrua o processo com pretensão condenatória. Torna-se visível a existência de uma afronta aos dispositivos da Constituição da República de 1988, inclusive ao próprio princípio penal *in dubio pro reo*, pelo qual no caso de dúvidas, o réu deve ser inocentado.

Luiz Flávio Gomes explica que o processo penal é norteado pelo Princípio da Verdade Real, como forma do Estado exercer o seu direito de punir.

Diferentemente do que pode acontecer em outros ramos do Direito, nos quais o Estado se satisfaz com os fatos trazidos nos autos pelas partes, no processo penal (que regula o andamento processual do Direito penal, orientado pelo princípio da intervenção mínima, cuidando dos bens jurídicos mais importantes), o Estado não pode se satisfazer com a realidade formal dos fatos, mas deve buscar que o *ius puniendi* seja concretizado com a maior eficácia possível. (GOMES)

Uma das funções do processo penal é tutelar os direitos fundamentais, garantir um tratamento justo e digno ao acusado objetivando a ressocialização. Segundo o jurista italiano fundador da Teoria do Garantismo Penal, Luigi Ferrajoli, o garantismo penal “se propõe como um sistema de limites, de vínculos, voltado para a garantia de funcionamento de todos os direitos declarados em nossas Constituições”.

Resta claro, portanto, ser imoral o fato de ocorrer abusos aos direitos fundamentais, assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de

1988, por meio do próprio Código de Processo Penal, tais como desrespeito à ampla defesa e ao contraditório. Não garantir os direitos dos cidadãos é afirmar ser a Carta Magna apenas uma fonte retórica, legitimada por discurso lento e vazio.

#### 4 O DIREITO DO ESTADO DE PUNIR

Diferentemente do Código de Processo Penal, o Código Penal preocupa-se em definir os crimes e lhes atribuir a pena. Enquanto o diploma processual penal é o modo como será demonstrada a verdade sobre o fato típico, ilícito e agente culpável. Esse modo depende diretamente da forma de governo e da Constituição vigente no país. Além disso, é a forma pela qual a decisão judicial deve resolver o conflito entre o dever de punir e o interesse da liberdade do indivíduo.

O Direito Penal tem por finalidade essencial proteger os principais valores da sociedade e do indivíduo, entre os quais se destacam a vida, a liberdade e o patrimônio público. Porém, apenas proibir ou exigir, não é suficiente para que as pessoas, em geral, se comportem de acordo com os preceitos da norma. É necessário que haja uma sanção ou uma punição por trás de cada regra descumprida.

Nesse sentido, o Estado tem direito de punir (*ius puniendi*) o infrator da norma. Especificamente, é um poder-dever do Estado de punição, consagrado pela Constituição da República Federal de 1988, em seu artigo 144, *caput*:

**Art. 144.** A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, 1988)

Porém, quando essa pretensão de punir é exercida perante um Juízo, é necessário possibilitar que a parte tome conhecimento da acusação que lhe é feita. Isso somente é possível com o exercício do contraditório.

O Direito de Punir somente poderá ser exercido se a pessoa for considerada autora da prática de um crime. Inteligência do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, relacionado com o Princípio da Não Culpabilidade

e se extrai a premissa de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988)

Por força do Princípio da Presunção de Inocência (*in dubio pro reo*), diante da dúvida do juiz, após a análise de todas as provas, a decisão deve ser a favor do réu. Isso deve ocorrer quando o quadro probatório se revelar frágil, vacilante e insuficiente para a formação do juízo de certeza. Tendo como exemplo, algumas ementas dos julgados abaixo:

APELAÇÃO – CRIME DE AMEAÇA – ART. 157 DO CPB – INDÍCIOS FRÁGEIS – **PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO” – ABSOLVIÇÃO MANTIDA** – É de se aplicar o princípio “in dubio pro reo” se os **indícios são frágeis** e amparados apenas em conjectura acerca do envolvimento do réu na prática de crime. [GRIFO NOSSO]

(TJ-MG – APR: 10525130076645001 MG, Relator: Catta Preta, Data do Julgamento: 03/12/2015, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 14/12/2015)

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FURTO QUALIFICADO – AUTORIA NÃO COMPROVADA – **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO” – ABSOLVIÇÃO MANTIDA.** – Imperiosa a aplicação do princípio in dubio pro reo nos casos em que **não há provas suficientes para a condenação pelo crime** de furto qualificado. [GRIFO NOSSO]

(TJ-MG – APR: 102840500147600001 MG, Relator: Catta Preta, Data de Julgamento: 10/12/2015, Câmara Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/01/2016)

Ao Ministério Público cabe o ônus de afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado.

Ademais, quando o órgão acusador não conseguir demonstrar os termos da Exordial, deve-se pugnar pela absolvição do réu. Aplicar o artigo 385 do Código de Processo Penal, nas hipóteses de pedidos absolutórios por parte do Ministério Público, viola série de vetores constitucionais, notadamente o princípio do sistema processual penal acusatório, o contraditório e a ampla defesa.

#### **4.1 A Lei 11.719/2008 e a revogação parcial do artigo 385 do Código de Processo Penal**

A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, alterou substancialmente o Código Processual Penal. A nova legislação trouxe mudanças significativas sobre a defesa do réu, a suspensão do processo, aos procedimentos, a *mutatio* e *emendatio libelli*.

Luiz Flávio Gomes ensina a diferença entre *mutatio libelli* e *emendatio libelli*. Trata-se de matéria relacionada ao processo penal, no qual vigora o Princípio da Correlação entre a imputação e a sentença. Ou seja, os fatos narrados na inicial (denúncia ou queixa) devem manter relação lógica com a sentença, pois deve limitar-se a imputação inicial e aos eventuais aditamentos existentes no curso do feito.

De acordo com a *emendatio libelli*, o juiz, ao proferir a sentença, caso constate que a tipificação não corresponda aos fatos narrados na petição inicial, poderá de ofício definir a correta definição jurídica. Dessa forma, dispõe o artigo 383, do Código de Processo Penal:

**Art. 383.** O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Em contrapartida, na lógica da *mutatio libelli*, os autos do processo sejam remetidos ao Ministério Público, para fins de aditamento da denúncia, na hipótese do juiz concluir que os fatos narrados na Inicial não correspondem aos fatos provados na instrução processual.

Para Gabriel Queiroz, diante das várias alterações da nova lei, ganhou destaque a nova sistemática da *mutatio libelli*, trazida no artigo 384, do Código de Processo Penal. É que o *caput* do referido artigo, afora outras complicações, permitia ao próprio juiz a formulação de uma nova imputação penal de acordo com os elementos dos autos.

Agora, porém, pela atual redação do artigo 384, do Código Processual Penal, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, caso entenda ser cabível nova definição jurídica do fato.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup>Art. 384, caput, do Código de Processo Penal: 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).

Dentro desse contexto, percebe-se que mesmo com o advento da Lei 11.719/08 e com os preceitos garantistas da Constituição da República de 1988, a jurisprudência admitia a possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, mesmo que o Ministério Público demande pela absolvição, o que claramente retrata quebra da congruência entre a imputação e a sentença.

O Princípio da Imparcialidade do Juiz e o respeito ao contraditório estão relacionados com o Princípio da Congruência, no que diz respeito a correlação da sentença com a acusação. Queiroz afirma que retirar a interferência direta do julgador é mecanismo de respeito também à ampla defesa, na medida em que o acusado vai pautar toda a sua estratégia processual de acordo com a imputação posta. Em outras palavras, a defesa e a dialética processual não devem ser abstratas, mas, sim, de acordo com o que o órgão acusador colocou em debate.

Portanto, para fins de garantir o devido contraditório e a ampla defesa, o acusado tem o direito de saber previamente toda a extensão dos fatos que lhe são imputados. E daí a pertinência do que disposto no art. 41, do CPP, que ao tratar dos requisitos da denúncia ou queixa, é peremptório no sentido de que o fato criminoso deverá ser exposto com todas as suas circunstâncias. (QUEIROZ, p. 27)

Com a publicação da Lei 11.719/08, a nova redação dada ao *caput* do artigo 384 do CPP deixa expressa que, encerrada a instrução, deve o Ministério Público aditar a denúncia se entender cabível nova definição jurídica do fato, e abrange qualquer das duas modalidades (circunstância e elementar).

Por conta de tal previsão, pode se falar que houve uma revogação parcial do artigo 385, do Código de Processo Penal, relativa à possibilidade de o juiz reconhecer agravantes ainda que não tenham sido alegadas. A nova definição jurídica do fato deve sempre partir do Ministério Público. Além disso, o aditamento deve abranger não apenas as elementares, como também as circunstâncias agravantes (QUEIROZ, 2010). Veja o comparativo entre a antiga e a nova interpretação:

**Art. 384.** Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de

---

que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindose, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas. **(Redação antiga alterada pela Lei nº 11.719, de 2008).**

**Art. 384.** 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) 14 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).**

Para Rômulo de Andrade Moreira, o legislador perdeu a oportunidade de revogar expressamente o artigo 385, do Código de Processo Penal. Assim, acabaria com a possibilidade do Juiz proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes embora nenhuma tenha sido alegada. Tais disposições do referido artigo 385, do Código de Processo Penal, não foram recepcionadas pela Constituição da República de 1988, especialmente pelo art. 129, inciso I, que disciplina sobre as funções institucionais do Ministério Público.

Com a mesma percepção, Queiroz afirma que a não revogação do artigo 385, do Código de Processo Penal, viola os princípios da congruência, da ampla defesa e do contraditório.

Violação ao princípio da congruência, porque o art. 41 do CPP, sempre foi claro ao prever que “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias (...)”. Como já visto, o termo circunstância tem sentido técnico-jurídico em direito penal que o julgador não pode desconsiderar. Sabe-se que as agravantes referidas no artigo 385 do CPP, também são circunstâncias, cuja listagem geral é a dos arts. 61 e 62, do CP. Assim sendo, para se considerar determinada circunstância agravante numa eventual condenação, deve haver imputação prévia, seja na denúncia ou em eventual aditamento. (QUEIROZ, p.29)

Além disso, é uma afronta à ampla defesa e ao contraditório, pois o imputado tem direito de saber previamente toda acusação que lhe é feita. Essas garantias fundamentais são necessárias para traçar a estratégia processual, o que abrange as teses jurídicas em favor do réu e as provas que serão produzidas durante a instrução. Portanto, não se deve admitir qualquer surpresa que inviabilize a contradita por parte do acusado.

A aplicação do disposto no art. 385, do Código de Processo Penal, ofende direitos e garantias asseguradas constitucionalmente e não mais guarda pertinência com o novo sistema da *mutatio libelli*.

## **5 ANÁLISE DE JULGADOS RELACIONADOS COM O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA**

O caso abaixo foi avaliado pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e trata-se de uma apelação criminal em face da sentença de primeira instância que condenou o acusado pelo crime de receptação, previsto no art. 180 do Código Penal.

A defesa buscou a absolvição pelo crime imputado de direção não habilitada gerando perigo de dano, conforme artigo 308 do Código de Trânsito Brasileiro, e também pela absolvição pelo crime de receptação.

APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. CONDENAÇÃO COM BASE EM FATO NÃO NARRADO NA DENÚNCIA. MANIFESTA VIOLAÇÃO AO **PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA**. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Em obediência ao princípio da correlação – corolário do postula do constitucional da ampla defesa e do contraditório-, é defeso ao juiz a análise do fato, circunstância elementar, qualificadoras e causas de aumento de pena não descritos na exordial acusatória.

(TJ-MG – APR:10084140002076001 MG, Relator: Nelson Missias de Moraes, Data de julgamento: 09/04/2015, Câmara Criminal/ 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de publicação: 22/04/2015)

No julgado em tela, quanto ao crime de receptação, foi declarada a absolvição, pois a denúncia sequer narrou os fatos da conduta tipificada descrita no art. 180 do CP. Entendeu o Relator, em atenção aos Princípios do Contraditório e Ampla Defesa, que a denúncia deve narrar o fato criminoso de forma clara, descrevendo detalhadamente a conduta praticada pelo agente que se amolda ao tipo penal em epígrafe, o que não ocorreu no presente caso, em claro prejuízo à defesa.

Em seu voto, o Relator elucidou que o magistrado incorreu em afronta ao artigo 384 do Código de Processo Penal (correlação entre denúncia e sentença), sendo a absolvição do apelante a medida imposta.

Pela análise do Princípio da Congruência, a mesma violação acontece quando o órgão jurisdicional criminal condena o réu, ainda que o Ministério Público peça absolvição. O juiz não pode julgar o acusado com sentença *extra petita*, *ultra petita*, ou *citra petita*. Em outras palavras, o magistrado estaria condenando fora dos limites do pedido e o réu seria julgado por fato a ele não imputado.

De modo a acrescentar, o Relator do caso citou a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, a nulidade não arguida no recurso da acusação, ressaltando os casos de recurso de ofício”. O Princípio da Correlação entre acusação e sentença também se trata de uma garantia do réu de não ser condenado por fato ao qual não teve oportunidade de se defender.

Na prática, nossos Egrégios Tribunais, baseados no Princípio do Livre Convencimento motivado do juiz, a maioria das decisões proferidas ferem moralmente os direitos dos cidadãos, com fundamento no dispositivo do art. 385 do Código de Processo Penal.

O Superior Tribunal de Justiça também tem esse entendimento:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ÉSTUPRO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTES. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Mostra-se inviável o pedido de absolvição do paciente por ausência de provas, porquanto evidente a necessidade de amplo reexame do material fático-probatório dos autos, procedimento incompatível com a estreita via do habeas corpus. II - Mostra-se possível a majoração da pena-base em patamar acima do mínimo legal quando as circunstâncias do crime ultrapassarem aquelas ínsitas ao tipo penal e o aumento se basear em elementos concretos, como no caso, em que a pena-base em relação ao delito de estupro foi exasperada em um ano em razão das lesões corporais praticadas em face da vítima. III - **É franqueado o reconhecimento de agravantes pelo magistrado, ainda que não descritas na denúncia, porquanto tal reconhecimento não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, sendo aplicável o disposto no art. 385 do CPP (precedentes)**. Habeas corpus não conhecido. (STJ – T5 QUINTA TURMA - HC - 385.736 – Santa Catarina – Rel. Min. Felix Fischer – DJe 09/05/2017) [GRIFO NOSSO]

Referido julgado trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado contra o acórdão prolatado, pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Em seu voto, fundamentado com o disposto nos artigos 385 e 387, inciso I, do Código de Processo Penal, o Ministro Relator, Felix Fischer, sustenta não haver ofensa ao Princípio da Congruência, a condenação por agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia.

Em sentido contrário à aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal, o Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Alexandre de Carvalho, é voto vencido.

Para Carvalho, a "autorização" dada ao juiz para proferir sentença condenatória, além da possibilidade de reconhecer agravantes, ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição do réu, não se sustenta diante do sistema acusatório, acolhido inequivocamente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO DE UM RÉU - PEDIDO VEICULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS - AUSÊNCIA DE PROVAS CARACTERIZADA - CONDENAÇÃO MANTIDA DE OUTRO ACUSADO - REDUÇÃO DA PENA PELA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS - NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA - CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DA FRAÇÃO E NÃO PARA NEGATIVA DE SUA APLICAÇÃO - REDUÇÃO MÍNIMA - PENA-BASE EXASPERADA - APREENSÃO DE MAIS DE CINQUENTA QUILOS DE CRACK. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.11.289441-5/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/02/2013, publicação da súmula em 01/03/2013)

Carvalho afirma que o oferecimento da denúncia não esgota e pereniza a pretensão acusatória. Para ele, o pedido de absolvição em alegações finais é uma oportunidade da argumentação acerca das provas produzidas, de forma que impõe a absolvição pelo julgador, uma vez que equivale à retirada da acusação.

Sem a dedução legítima da pretensão acusatória no momento destinado aos debates, o julgador não pode assumir o "espaço vazio" deixado pelo órgão acusador e acolher uma imputação não mais existente. Repito que há, na solução do art. 385 do Código de Processo Penal, violação à necessária separação entre as funções de julgar e acusar e também grave ofensa à garantia do contraditório, afinal, as provas não foram alvo de argumentação que pretendesse a condenação. O julgador extrairia seu convencimento, sobre a condenação, de suas próprias conclusões sobre as provas, sem qualquer atuação contraditória argumentativa do Ministério Público. (CARVALHO, 2013)

Mediante a análise dos recentes julgados, embora o artigo 385, do Código de Processo Penal, seja amparado pela Constituição da República de 1988, é

necessário levar em consideração o contexto histórico do ano de 1941. Foi a época da publicação do diploma legal processual penal, sob fortes influências ditatoriais e de supressão dos direitos do indivíduo em prol do bem comum.

Em suma, pelo artigo 385, do Código de Processo Penal, a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor. O magistrado que decide dessa forma, em prejuízo do réu mesmo existindo pedido absolutório, atua de forma ativa e sem provocação. Em contrapartida, o seu convencimento, que deveria estar limitado pelo contraditório, é nitidamente motivado pelo livre convencimento e imparcialidade. Como resultado, há substituição do órgão acusador, fazendo perdurar uma pretensão outrora abandonada pelo Ministério Público.

## **6 CONCLUSÃO**

Após sucinta passagem sobre os dispositivos inseridos no Código de Processo Penal e na Constituição da República de 1988, concernentes aos direitos e garantias fundamentais e aos princípios norteadores do procedimento penal, percebeu-se a enorme “cicatriz” deixada pelo histórico de sistemas processuais penais.

Toda a metodologia para entrada em vigor do Código de Processo Penal se desenrolou perante um Estado totalitário, com ideais fascistas e antagônicas. O objetivo era punir o acusado, inexistindo a função principal de ressocialização e de segurança jurídica para todos os cidadãos.

Embora o Estado tenha o dever de punir os infratores, não deve ser confundido com a função de acusar, que é atividade privativa do Ministério Público. Como prova, foram mencionadas decisões de Tribunais Superiores e do Superior Tribunal de Justiça, tratando sobre a correlação da acusação e da sentença. Ficou demonstrada a necessidade de obediência ao Princípio da Congruência, no entanto, ainda existem julgados que violam essa garantia, fundamentados no artigo 385 do Código de Processo Penal.

A inconstitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal, consiste na impossibilidade do réu de ter direito ao contraditório e a ampla defesa. Viu-se, ainda, violação ao devido processo legal, aos direitos e garantias

fundamentais do réu, tais como o princípio “favor rei” e a imparcialidade do juiz, que deveria ficar adstrito aos pedidos das partes.

Não restam dúvidas que o sistema acusatório, tal qual foi acolhido pela Constituição de 1988, é regido por um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas: julgamento, acusação e defesa. Em respeito aos direitos e garantias fundamentais, o juiz, como terceiro imparcial, deve ser inerte diante da atuação acusatória e deve se afastar da gestão probatória, pois essa deve ficar a cargo das partes.

De forma incontroversa, a possibilidade da sentença condenatória, ainda que o Ministério Público peça, em sede de alegações finais, pela absolvição, fere as garantias e os direitos fundamentais à luz da Constituição da República Federativa do Brasil 1988.

O pedido de absolvição ao final do procedimento, é a argumentação sobre as provas produzidas no processo e impõe a decisão do julgador, por ser equivalente à retirada da acusação. Acolher o fundamento do artigo 385 do Código de Processo Penal, é optar por uma imputação não mais existente, é infringir a separação vivente entre as funções de julgar e acusar.

## **REFERÊNCIAS:**

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de San Jose da Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O Sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46 n.183, p. 167-188, jul. /set. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2017

BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº 678/92. Promulga a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969**. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 29 de junho de 2018.

BRASIL, República Federativa do. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf). Acesso disponível em 23 de junho de 2018.

BRASIL. Decreto n. 3.689, de 3 de outubro de 1.941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em 29 de junho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº. 385.736, da 5ª Turma Criminal. Relator: Ministro Félix Fischer, DJe, 09-05-2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2ª Câmara. Apelação Criminal. Crime de furto qualificado. Autoria Não Comprovada. Aplicação do Princípio in dubio pro reo. Absolvição Mantida. Apelação Criminal nº 102840500147600001. Relator: Catta Preta, 10-12-2015. Data de Publicação: 22-01-2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5ª Câmara. Apelação Criminal. Tráfico de Drogas. Absolvição de um réu. Pedido veiculado pelo Ministério Público em Alegações Finais. Ausência de Prova Caracterizada. Apelação Criminal 1.0024.11.289441-5/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, julgamento em 25/02/2013, publicação da súmula em 01/03/2013.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 29 de junho de 2018.

CORSI, Éthore Conceição. Pena: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17376](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17376). Acesso em 03 de julho de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª ed., Revista dos Tribunais, pg. 522.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Verdade Real**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>. Acesso disponível em 29 de junho de 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Qual a diferença entre “mutatio libelli” e “emendatio libelli”**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/166134409/qual-a-diferenca-entre-mutatio-libelli-e-emendatio-libelli>. Acesso em 03 de julho de 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Mudanças no CPP e a legislação internacional**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-jul-25/mudancas\\_cpp\\_legislacao\\_penal\\_internacional](https://www.conjur.com.br/2008-jul-25/mudancas_cpp_legislacao_penal_internacional). Acesso em 03 de julho de 2018.

QUEIROZ, Gabriel. A Revogação da Parte Final do Art. 385, do CPP, pela Lei 11.719/08. **Boletim dos Procuradores da República**. Nº 82, dezembro de 2010, p. 26-30.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro: Lúmens Juris, 2013.

ZAPATER, Maria. **A herança legal da ditadura: nossas cicatrizes jurídicas**. 2016. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/05/20/a-heranca-legal-das-ditaduras-nossas-cicatrizes-juridicas/>. Acesso em 04 de julho de 2018.