



Cruzada contra o artigo 385 do CPP em nome do ‘sistema acusatório’

19/04/2024

O maniqueísmo processualista e o artigo 385 CPP

“Inquisitorial” e “acusatorial” parecem pertencer, pelo menos no Brasil, àquela classe de palavras mágicas que têm poder de desqualificar ou legitimar tudo aquilo a que se aplicam. Se “inquisitorial” é associado à tortura, perseguição de hereges e caça às bruxas, à figura do inquisidor implacável a quem está submetido um investigado totalmente desprovido de direitos, [1] “acusatorial” teria que ver com o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e isonomia das partes. [2]

“Inquisitorial” estaria para o brutal e o antiquado; “acusatorial”, para o moderno e o civilizado. Assim, quem denuncia algo como “inquisitorial” ou arroga a si um posicionamento “acusatorial”, embora não necessariamente guarde razão no que diz, tem boas chances de ganhar a audiência.

É sob a sombra desse maniqueísmo tacanho que o Supremo Tribunal Federal se vê novamente [3] confrontado com a questão da constitucionalidade do artigo 385 CPP (cf. ADPF 1.122). A Associação Nacional da Advocacia (Anacrim) enxerga nesse dispositivo uma violação aos princípios do devido processo legal e do contraditório e pede que seja reconhecida a sua inconstitucionalidade.

Papel central na argumentação é desempenhado pelo “sistema acusatório”, que teria sido adotado pela CF. Produto do regime ditatorial getulista, o CPP teria um “cariz originário punitivista, inquisitório”. O artigo 385 CPP seria uma expressão desse cariz inquisitorial e deveria “ser expungido, para não funcionar como antípoda do princípio-sistema acusatório”. [4]

O problema da constitucionalidade do artigo 385 CPP é assim encenado como a luta da democracia contra o autoritarismo, da civilização contra a barbárie. Há outra opção, senão concluir por sua inconstitucionalidade?

O ‘sistema acusatório’ enquanto modelo de processo penal

Sim, há outra opção. [5] Ela implica não se deixar entusiasmar pelos slogans e perguntar se há, de fato, razões para considerar inconstitucional a referida norma. Um primeiro passo consiste em saber o que significa “sistema acusatório”. Que esse cuidado conceitual até hoje não receba a atenção que merece, é coisa que espanta, pois, como já alertava Pellegrini Grinover em importante contribuição hoje aparentemente esquecida, a “ambiguidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido”. [6]

Diante disso, é imprescindível a uma boa argumentação explicitar o sentido atribuído a esses conceitos. Quem não o faz pode estar querendo auferir os ganhos da carga emocional das palavras, sem ter que pagar o preço de fundamentar o próprio posicionamento. [7]

Suficientemente clara e amplamente aceita é a afirmação de que o *princípio* acusatório estabelece a separação das funções de acusar e julgar. [8] Com base nesse princípio, o processo penal teria uma estrutura acusatória quando acusação e julgamento não estiverem reunidos em uma única pessoa. [9]

Principais argumentos a favor desse princípio são o de que a identificação das figuras de acusador e juiz concentra muitos poderes em poucas mãos, favorecendo abusos, e implica perigo psicológico para a busca da verdade, pois aquele que julga estaria desde o princípio comprometido com a acusação.

Seria possível denominar também acusatório o processo em que há predomínio das partes na atuação processual e na gestão das provas, embora devêssemos cogitar se não seria mais preciso falarmos aqui em processo adversarial, como já sugeria igualmente Pellegrini Grinover. [10]

Isso porque é concebível um processo que reconhece um órgão de acusação diferente do juiz, mas que confere a este, após a apresentação e acolhimento da denúncia, a possibilidade de realizar atos de ofício e requisitar a produção de provas (sistema *acusatório-inquisitório*, na terminologia de Pellegrini Grinover). [11]

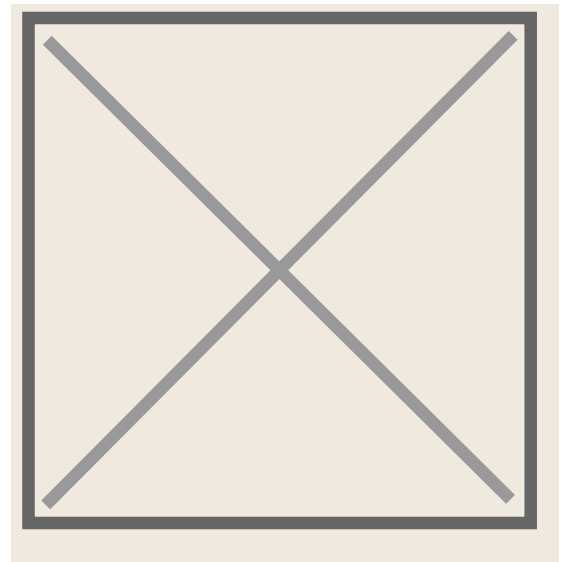
Isso, contudo, não são mais do que classificações de modelos possíveis, que provavelmente nunca encontraram uma realização pura em qualquer ordenamento. [12] Dessas classificações por si só não podem ser derivadas implicações normativas acerca de qual modelo seria mais legítimo.

Sem esclarecimentos conceituais e uma exposição clara dos argumentos a favor desta ou daquela conformação do processo, a propagação insistente de um “sistema acusatório” é mais proselitismo que argumentação jurídica. Vamos então ao que interessa, aos argumentos.

Argumentos a favor da inconstitucionalidade do art. 385 CPP

a) Origem autoritária do CPP

A tese de que o artigo 385 CPP seria uma reminiscência do Estado Novo e assim inconstitucional é claramente falaciosa. A legitimidade de uma norma não pode ser valorada apontando simplesmente para sua data de origem. Fosse assim, seria inconstitucional não apenas o art. 385 CPP, mas todo o Código de Processo Penal, a CLT, o Código Penal, o Código Eleitoral, o Código Tributário Nacional. O simples fato de que a norma se origina em um regime



autoritário não tem relevância para aferir a sua constitucionalidade. Trata-se de óbvia falácia genética. [13]

O mesmo vale, a propósito, em relação à estratégia de enumerar ordens jurídicas estrangeiras nas quais a tese defendida seria aceita. Isso não só porque é fácil encontrar contraexemplos (como Portugal [14], Alemanha [15] e Suíça [16]), mas porque esses exemplos e contraexemplos, por si mesmos, não nos fornecem razões para segui-los e não têm relevância para fins de controle de constitucionalidade. [17]

b) O princípio do contraditório

Afirma-se também que o artigo 385 CPP afrontaria o princípio do contraditório (artigo 5º LV CF). [18] Uma vez que o Ministério Público pede a absolvição, não haveria debate sobre os argumentos que pesam contra o réu, e ele não os poderia contraditar.

O princípio do contraditório exige que tenha sido dada às partes a possibilidade de se posicionar sobre os fatos e os fundamentos jurídicos que basearam a decisão, bem como a chance de influenciá-la. Disso não se pode afirmar a exigência de que tenha havido de fato debates entre acusação e defesa sobre todos os pontos que fundamentaram a decisão. [19]

O que se exige é que a defesa possa se informar e se posicionar sobre aquilo que está nos autos. Se a sentença se restringe aos limites estabelecidos pela denúncia (artigo 383 CPP), que fixa o objeto da cognição judicial, e tem por base as provas produzidas no âmbito do processo, tendo sido dada ao réu a oportunidade de manifestar-se, por que haveria aqui uma violação ao princípio do contraditório?

Que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição não impede o réu de contraditar imputações carreadas na denúncia e no conjunto probatório auferido no curso do processo. Tampouco o pedido de condenação em alegações finais implica que o juiz está limitado a proferir veredito condenatório apenas pelos fundamentos arguidos na ocasião.

O artigo 383 CPP permite, inclusive, que o juiz faça valoração jurídica dos fatos diversa da contida na denúncia. O máximo que se pode querer extrair do contraditório é que, nesses casos de *emendatio libelli*, seja dada à defesa a possibilidade de se posicionar sobre essa a valoração. Isso, no entanto, não é incompatível com o artigo 385 CPP.

c) Poder de disposição do Ministério Público?

O principal argumento contra a constitucionalidade do artigo 385 CPP é o de que, no sistema acusatório, supostamente adotado pela CF, o Ministério Público seria o titular da ação e, como tal, poderia dela dispor: “se o *dominus litis* não quer a condenação, por qual razão o juiz, que não é inquisidor, pode contrariar um pedido da parte legítima?”. [20]

Uma vez que o artigo 385 CPP reconhece precisamente o contrário, isto é, que é possível condenação ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como o reconhecimento de agravantes por ele não alegadas, aquele dispositivo seria inconstitucional.

Há vários problemas nesse argumento. O “sistema acusatório”, pelas razões expostas acima, não cumpre a função argumentativa desejada, porque não se sabe no que ele consiste. O artigo 129 I CF atribui ao Ministério Público a função de promover a ação penal.

Disso decorre o reconhecimento do princípio acusatório, pois se atribui a acusação a órgão distinto daquele que julga. Elemento fundamental dessa distinção é a peça acusatória, a denúncia, que fixa o objeto da cognição judicial e estabelece o que será objeto da coisa material julgada (artigo 383 CPP).

Disso não se pode *deduzir* que ao Ministério Público é dado dispor da ação. Essa argumentação *confunde* a máxima acusatória com a máxima da disponibilidade, esta típica do processo civil.

Para o processo penal valem, no entanto, a máxima oficial e a máxima da legalidade, o que está inclusive expresso pelo mesmo artigo 129 I CF: o Ministério Público promove, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Significa dizer que a persecução de crimes se dá por órgão de Estado, que o faz enquanto representante de interesse público, não podendo, portanto, dispor livremente do interesse que representa, senão que deve agir “na forma da lei”. Restrições a essa máxima, como explicita o próprio artigo 129 I CF, ao mencionar apenas ação penal *pública*, existem somente para as ações privadas.

Como representante de interesse público, não é dado ao Ministério Público dispor da ação, pois não age para realizar pretensões próprias, como o fazem as partes no processo civil.

É por essa razão que o artigo 42 CPP afirma com todas as letras: “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal.” Ao que consta, esse artigo continua vigente, e já se pode prever a dor de cabeça que juízes terão para quadrar o círculo e encontrar uma interpretação que concilie a vigência do art. 42 CPP com eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 385 CPP. [21]

Se repararmos bem, *a cruzada contra o artigo 385 CPP em nome do “sistema acusatório” é, na verdade, o oposto do que pretende ser*. Se o juiz está obrigado a extinguir o processo no caso em que o Ministério Público opine pela absolvição, é o Ministério Público, o órgão de acusação, que está a exercer materialmente a atividade jurisdicional. [22]

Noutras palavras, acusação e julgamento estarão reunidos nas mãos de um único órgão. Deveria restar claro que isso é um problema para um processo de estrutura acusatória, dando margem a abusos, ainda que, neste caso, por parte do Ministério Público.

E assim a defesa apaixonada do “sistema acusatório” se transforma em seu avesso: se for para garantir ao réu mais chances de absolvição, aí se tornam toleráveis a reunião dos poderes de acusação e julgamento em um único órgão e os possíveis abusos daí decorrentes. Mas isso seria compatível com a ordem constitucional?

Conclusão

O processo penal é uma realidade complexa e não pode ser reduzido a fórmulas mágicas. Quando refletimos sobre essa realidade, mais vale o ceticismo do que a paixão das boas causas. Um olhar cético e criterioso constatará que o artigo 385 CPP não apenas é compatível com a CF, mas compõe uma unidade sistemática com outras normas vigentes no processo penal brasileiro. A eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 385 CPP criará mais problemas do que resolverá.

[1] O desenvolvimento histórico do processo inquisitório é muito mais complexo do que essas associações fazem supor, cf. p. ex. Winfried *Trusen*, *Der Inquisitionsprozeß*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 1988, p. 168 e ss. O reconhecimento de direitos do réu tampouco é incompatível com um modelo processual em que vigora o princípio inquisitorial após recebimento da denúncia. Nesse sentido, Bernd *Schünemann*, Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial?, in: *Direito penal como crítica da pena – Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário*, p. 634 e ss.

[2] É o que sugere, p. ex., a petição inicial da ANACRIM nos autos da ADPF 1122, p. 5 (n. 6).

[3] Cf., por todos, AP 976/PE, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 13/4/2020, com outras referências.

[4] Cf. petição inicial da ANACRIM nos autos da ADPF 1122, p. 7 (n. 14) e 12 (n. 30).

[5] As linhas a seguir são uma modesta contribuição para essa resposta, ou seja, a de que o art. 385 CPP não é inconstitucional. Uma análise mais profunda e pormenorizada da questão foi recentemente apresentada por Ronan *Rocha*, *A curiosa proposta de transferência da jurisdição para o Ministério Público: reflexões críticas sobre a interpretação alternativa do artigo 385 do CPP*. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 352-389, 2023.

[6] Ada *Pellegrini Grinover*, *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 27/1999, p. 71.

[7] De forma semelhante, Teresa *Armenta Deu*, *Sistemas procesales penales*, Madrid: Marcial Pons, 2012, S. 20: “es muy probable que la inicial dicotomia inquisitivo-acusatorio haya esgotado su utilidade y que las categorias implicadas deban ser objeto de um necesario acuerdo en cuanto a su significado. Es asimismo posible que cuando se habla de ‘proceso inquisitivo’ se está traicionando el término ‘proceso’ en su acepción más simples. Y no resulta desdeñable que el uso de muchas de estas categorías, singularmente, principio, sistema o modelo acusatorio (que todos se usan indistintamente) hayan sido manipulados consciente o inconscientemente con ánimo interesado o simplemente con falta de rigor suficiente.”

[8] Cf., por todos, Luís *Greco*, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahren*, Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 401, com inúmeras referências.

[9] E, por consequência, estiver vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação, o que a recente introdução do art. 3º-A CPP tornou explícito.

[10] *Pellegrini Grinover* (nr. 6), p. 72. O art. 3º-A CPP, por exemplo, parece incorporar um traço adversarial no sentido exposto acima, ao vedar a “substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. O art. 3º-A CPP, no entanto, não decide sobre a (in)constitucionalidade do art. 385 CPP. Porque além de a distribuição das funções probatórias (art. 3º-A CPP) não afetar a soberania do ato de julgar (art. 385 CPP), o art. 3º-A não é uma norma constitucional. Ou seja, ainda que se estivesse diante de conflito de normas, a solução adequada não seria, aparentemente, a declaração de inconstitucionalidade do art. 385 CPP, senão a conciliação interpretativa de ambas as normas.

[11] Exatamente pelo fato de que a máxima acusatória e as máximas inquisitória e adversarial operam em planos distintos, nem sempre é fácil atribuir uma única nomenclatura aos modelos processuais históricos e contemporâneos. Essa tentativa de categorização gera desgaste intenso e é, por vezes, prescindível na literatura. Inclusive, até mesmo em relação aos dois modelos realmente antagônicos, o adversarial e o inquisitório, alguns autores, no contexto da “profunda” reforma do processo penal italiano de 1988, lograram demonstrar que traços distintos de ambos os modelos são combinados em alguns ordenamentos; cf., a este respeito, por exemplo, Louis F. *Del Duca*, An historical convergence of civil law and common law systems – Italy’s new “adversarial” criminal procedure system, in: *Dickenson Journal of International Law*, 10, 73–85; Lawrence J. *Fassler*, The Italian penal procedure code: An adversarial system of criminal procedure in continental Europe, in: *Columbia Journal of Transnational Law*, 29, 245–278; Nico *Jörg*, Convergence of criminal justice systems: Building bridges – bridging the gaps, in: *The International Society for the Reform of Criminal Law: 17th International Conference*, 1-8; William T. *Pizzi/Mariangela Montagna*, The battle to establish an adversarial trial system in Italy, in: *Michigan Journal of International Law*, 25 (2004), 429, 431 ss: „It is not always easy to categorize trial systems as “adversarial” as opposed to “inquisitorial” because there is no litmus test that can be applied to the features of a trial system to provide a definitive answer as to whether a trial system is adversarial or inquisitorial. Indeed, as this Article will emphasize throughout, the trial system in Italy has a mixture of features, some associated almost exclusively with inquisitorial trial systems and some that are found only in adversarial trial systems.”

[12] John H. *Langbein*, The Origins of Adversary Criminal Trial, p. 343, por exemplo, cita o fato de que os processos europeus tornaram-se híbridos a partir das reformas ocorridas no séc. XIX. A respeito dessa confusão terminológica, ver, por exemplo, *Armenta Deu* (nr. 7), p. 34, para quem a dificuldade de classificação de sistemas processuais reside no fato de que a maioria dos modelos atuais representa diferentes modalidades de sistemas mistos. Assim também Lorena *Bachmaier Winter*, *Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal*, in: *Bachmaier Winter (Coord.), Proceso penal y sistemas acusatórios*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 15, que reconhece que o chamado processo acusatório apresenta perfis muito distintos.

[13] Aprofundando, *Rocha* (nr. 5), p. 365.

[14] Cf. Maria João *Antunes*, *Direito Processual Penal*, 3ed., 2021, p. 78: “Uma das consequências do princípio da legalidade é o princípio da imutabilidade da acusação pública, de acordo com o qual não pode haver renúncia ou desistência da acusação que o ministério público tenha deduzido.”

[15] Cf. Claus Roxin/Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 30. Aufl., 2022, § 12, nm. 7.

[16] Cf. Niklaus Ruckstuhl *et. al.*, *Strafprozessrecht*, 2011, p. 51 e s.

[17] Em sentido semelhante, Daniel Medina García, El retiro de la acusación en Colombia, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXXIX, Nr. 106, 2018, p. 63: “De lo visto hasta el momento se advierte que la procedencia del retiro de la acusación no es igual en todos los ordenamientos jurídicos, y aunque en algunos es procedente por razones de legalidad (Perú), de política criminal (Estados Unidos) o de eficiencia judicial (Chile) [onde, segundo ele, a faculdade de renúncia está sujeita a controle judicial conforme art. 170 do CPP chileno], de los pocos ejemplos reseñados observamos que no es procedente en todos los Estados [citando o caso da *Espanha*, onde «se impide al Ministerio Fiscal renunciar a la acción penal por razones de política criminal, pues no está prevista la discrecionalidad o el principio de oportunidad para renunciar a la acción penal»], y en los Estados donde es procedente, no siempre es procedente por las mismas razones; por tanto, para determinar si el retiro de la acusación es admisible en nuestro proceso penal es necesario estudiar los rasgos distintivos de nuestro Estado y de nuestro ordenamiento jurídico.”

[18] Assim, por exemplo, Geraldo Prado, *Sistema acusatório*, 4ed., 2006, p. 116 e ss.

[19] A esse respeito, cf. Rocha (nr. 5), p. 359 f., com outras referências: “O argumento sugere que é pressuposto da sentença a manifestação efetiva das partes sobre todos os possíveis fundamentos da sentença e que, apenas nessa hipótese, seria respeitado o princípio do contraditório. Essa interpretação do princípio do contraditório não pode ser correta.” De fato: fosse correta a tese contrária, seria necessário afirmar que há uma violação ao contraditório não só nos casos em que a promotoria pede absolvição, mas também quando, em alegações finais, manifesta-se pela condenação do réu “nos termos da denúncia” ou “conforme a prova dos autos”, pois um pedido de condenação nesses termos também não garante melhores condições à defesa ao contraditar.

[20] Petição inicial da ANACRIM nos autos da ADPF 1122, p. 7.

[21] Os problemas de compatibilização não param por aí, cf. detalhes em Rocha (nr. 5), p. 356.

[22] Assim também, p. ex., Rocha (nr. 5), p. 8, e Min. Rogério Schietti no REsp 2.022.413/PA, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 07/03/2023.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-abr-19/a-cruzada-contra-o-art-385-cpp-em-nome-do-sistema-acusatorio/>