

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 385, *IN FINE*, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: É POSSÍVEL AO JUIZ RECONHECER AGRAVANTES NÃO CONTIDAS NA DENÚNCIA?"**

**THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 385, *IN FINE*, OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE: IS IT POSSIBLE FOR THE JUDGE TO RECOGNIZE AGGRAVATING FACTORS NOT CONTAINED IN THE COMPLAINT?"**

Eduardo Igor Lima Costa<sup>1</sup>  
Ester Moreira de Paula e Paiva<sup>2</sup>  
Deny Ellen Vieira Marques da Costa Shayani<sup>3</sup>  
Ricardo Dirceu de Castro Fontainha<sup>4</sup>  
Sandy Adriana Salume Rezende<sup>5</sup>  
Stela Marques do Nascimento<sup>6</sup>

**RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo discutir, com base no sistema acusatório, a possibilidade de condenação e aplicação de agravantes de ofício pelo juiz, perquirindo possível invalidade do artigo 385, *in fine*, do Código de Processo Penal. A operacionalidade processual penal, do ponto de vista constitucional, adota um modelo acusatório no qual existe uma clara distinção entre as atividades de acusar, defender e julgar. Entretanto, não restam dúvidas de que o Código de Processo Penal ainda possui resquícios inquisitivos nos quais consta uma forte atividade do julgador e consequentemente acarreta violação aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. A escolha do tema se deu a partir da necessidade de uma postura crítica acerca da aplicação do processo penal brasileiro do ponto de vista infraconstitucional, principalmente após a inclusão do Art. 3<sup>a</sup>- A ao Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime, reafirmando que no Brasil o sistema adotado é o acusatório, vedando a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal; Art. 385 do Código de Processo Penal; Sistema acusatório; Imparcialidade do juiz; Condenação e aplicação de agravantes de ofício.

**ABSTRACT**

The present work aims to discuss, based on the accusatory system, the possibility of conviction and application of ex officio aggravating factors by the judge, investigating the possible invalidity of article 385 of the Code of Criminal Procedure. Criminal

---

<sup>1</sup> Bacharelado em Direito – Doctum – JF/MG

<sup>2</sup> Bacharelada em Direito – Doctum – JF/MG

<sup>3</sup> Bacharelada em Direito – Doctum – JF/MG

<sup>4</sup> Bacharelado em Direito – Doctum – JF/MG

<sup>5</sup> Bacharelada em Direito – Doctum – JF/MG

<sup>6</sup> Bacharelada em Direito – Doctum – JF/MG

procedural operation, from a constitutional point of view, adopts an accusatory model in which there is a clear distinction between the activities of accusing, defending and judging. However, there is no doubt that the Code of Criminal Procedure still has inquisitive remnants in which there is a strong activity on the part of the judge and consequently leads to a violation of the fundamental rights and guarantees of the citizen. The choice of the topic was based on the need for a critical stance regarding the application of the Brazilian criminal process from an infraconstitutional point of view, mainly after the inclusion of Art. 3rd-A to the Code of Criminal Procedure by the Anti-Crime Package, reaffirming that in Brazil The system adopted is accusatory, prohibiting the judge's initiative in the investigation phase and the substitution of the prosecuting body's evidentiary role.

**Keywords:** Criminal Procedural Law; Art. 385 of the Criminal Procedure Code; Accusatory system; Impartiality of the judge; Conviction and application of ex officio aggravating factor.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolve uma análise crítica acerca da atual sistemática de aplicação do art. 385, *in fine*, do Código de Processo Penal frente a Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo da lei infraconstitucional permite que o juiz reconheça circunstâncias agravantes de ofício, ou seja, sem que a acusação tenha suscitado a existência destas circunstâncias.

Ao longo da história, vários sistemas processuais penais foram desenvolvidos, e com base no artigo 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil e, recentemente com a inclusão do art. 3º - A, ao CPP, a partir da promulgação da Lei nº 13.963/2019 (Pacote Anticrime), não restaram dúvidas de que o Brasil adota, por excelência, o sistema acusatório, coibindo a iniciativa do juiz na busca pela verdade dos fatos.

Sendo assim, no Capítulo I, serão examinados alguns dos sistemas processuais penais historicamente desenvolvidos (acusatório, inquisitório e misto) apresentando as principais diferenças entre eles, com ênfase na adoção do sistema acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, se fará uma análise da importância do princípio da iniciativa das partes, ou inércia do órgão jurisdicional, como essencial ao pleno atendimento dos direitos do acusado, passando por questões como a imparcialidade e independência judicial.

No segundo capítulo, será apresentado o princípio da correlação entre acusação e sentença, apontando os posicionamentos doutrinários favoráveis ao dispositivo ora em questão, concluindo o trabalho defendendo pela inconstitucionalidade do artigo 385 frente à Constituição Federal de 1988.

## 2. CAPÍTULO 1: BREVE RESUMO SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Ao se analisar o desenvolvimento dos diferentes sistemas processuais penais adotados pelos países em seus ordenamentos jurídicos, três tipos ganham destaque: o sistema inquisitorial, o sistema acusatório e o sistema misto.

O sistema inquisitivo é caracterizado pela ausência dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Neste sistema o juiz concentra todas as funções, ele é investigação, acusação, defesa e julgador.

Tal sistema foi adotado pelo Direito Canônico, a partir do século XIII, propagando-se pela Europa, sendo empregado, inclusive, por tribunais civis até o século XVIII.

Conforme aduz Aury Lopes Júnior (2020, p. 56 do e-book):

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

É bem claro que neste sistema, o juiz ocupa uma função hierarquicamente superior no processo, com violação explícita aos direitos e garantias individuais, não se exigindo que a acusação seja realizada por órgão específico ou pelo ofendido, podendo o juiz instaurar o processo de ofício. O objetivo é obter uma completa reconstrução dos fatos, através da descoberta da verdade real, sendo o acusado mero objeto do processo, e não um sujeito de direitos (LIMA, 2020, p. 40)

Por tais características, não pairam dúvidas de que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias fundamentais. O acúmulo de funções por parte do magistrado resulta na ausência de um julgador equidistante das partes, comprometendo sua imparcialidade, configurando um descompasso com a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1), que goza de status supralegal no sistema brasileiro.

Com características absolutamente opostas, o sistema acusatório é informado pelo princípio dispositivo, caracterizando-se pela separação absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar. Tal sistema, veio reconhecido na Constituição Federal com a criação do Ministério Público, que possui o poder de acusação, sendo que o Juiz passa a ter a única função de julgar, devendo adotar uma postura imparcial e estática, enquanto os outros sujeitos com poderes de investigação, acusação e defesa buscam chegar ao seu convencimento.

Gustavo Henrique Badaró (2020, p. 96) faz uma distinção muito acertada entre o sistema acusatório e o inquisitivo:

(...) sob o ponto de vista do acusado, a diferença fundamental é que no modelo inquisitório, o acusado não era um sujeito de direito, mas sim um objeto do processo, uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, pelo inquisidor, ainda que

mediante tortura. O acusado era, portanto, epistemologicamente, um inimigo do inquisidor que, na busca da verdade, poderia torturá-lo para obter a confissão *ex ore rei*. Já no modelo acusatório o acusado é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade.

Assim, podemos concluir que o sistema acusatório é aquele capaz de assegurar ao acusado, direitos e garantias fundamentais essenciais à consecução de um Estado Democrático de Direito, e realização da Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, o sistema misto ou francês, mescla elementos dos sistemas inquisitório e acusatório. A fase preliminar de investigação é marcada pela presença do sistema inquisitivo, e a fase de instrução e julgamento é regida pelo sistema acusatório.

Em síntese, Fernando Capez (2017, p. 82) dispõe:

Há uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório.

Em resumo, a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta fase se busca apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso.

Já na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.

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.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, de 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, como se passará a ver a seguir.

## 2.1 O Sistema Acusatório Brasileiro

A princípio, é importante destacar que o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942 (art. 810 do CPP), no contexto político-social do Estado Novo (1937-1945), tendo claras influências do modelo fascista italiano, que deu origem ao “Código de Rocco” de 1930.

Desde o início de sua vigência, e durante muitos anos, o entendimento que predominava era o de que o sistema processual penal brasileiro era misto, com uma fase inicial em que se tinha o inquérito policial, como inquisitorial e, com o início da fase processual, tinha-se uma fase acusatória, com o Ministério Público fazendo a acusação.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 a discussão ganhou novos contornos, uma vez que a Carta Magna passou a prever expressamente a criação do Ministério Público como órgão de acusação, passando a estabelecer clara distinção entre as funções de acusar, defender e julgar, típicas do sistema acusatório.

Assim, percebe-se que a ordem constitucional inaugurada em 1988:

(...) passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado (PACELLI, 2020, p. 32 do e-book).

Importante é ainda destacar outros princípios processuais penais explícitos no texto constitucional, que ajudam a afirmar a estruturação adequada do sistema acusatório, quais sejam: devido processo legal (art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), plenitude de defesa no Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, a), presunção de inocência (art. 5º, LVII), juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), publicidade (art. 5º, LX) e motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

A adoção pelo sistema acusatório ganhou destaque ainda maior com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, uma vez que o referido sistema passou a ser consagrado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 3º-A, inserido no diploma processual penal, prevê que: “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”.

Entretanto, cumpre ressaltar que, com a concessão de liminar na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro Luiz Fux no dia 22 de janeiro de 2020, o referido artigo encontra-se com a eficácia suspensa, *sine die*.

Em que pese a suspensão feita pela Corte Suprema, não restem dúvidas de que o sistema processual penal brasileiro é acusatório, conforme aquele explicitamente adotado pela Constituição (art. 129, I), que atribui à pessoa diversa da autoridade judiciária a titularidade da ação penal pública.

Ademais, trata-se de um modelo democrático, cujo núcleo (gestão da prova), vinculado ao seu princípio informador, qual seja, o dispositivo, orienta uma atividade judicial imparcial durante a fase investigatória e judicial, respeitando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa, na busca limitada da verdade processual, e não real (RITTER, 2019, p. 175).

## **2.2 A garantia da imparcialidade e o princípio da inércia da jurisdição**

O princípio da imparcialidade é pressuposto de validade do processo, devendo o juiz colocar-se entre as partes e acima delas, sendo esta a primeira condição para que possa o magistrado exercer sua função jurisdicional.

Referido pressuposto, dada sua importância, tem caráter universal e consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo X:

“Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes e, embora não esteja expressa, é uma garantia constitucional. Por isso, tem as partes o direito de exigir um juiz imparcial; e o Estado que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

Por outro lado, a inércia do órgão jurisdicional ou, em outras palavras, a vedação da atuação de ofício do magistrado, constitui a base do processo acusatório. Com relação a este princípio, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 60) preconizam:

Este princípio significa que, sendo a jurisdição inerte, cabe às partes a provocação do Poder Judiciário, exercendo o direito de ação, no intuito da obtenção do provimento jurisdicional. Neste contexto, o artigo 26 do CPP não foi recepcionado pela Constituição de 1988, não se admitindo mais que nas contravenções a ação penal tenha início por portaria baixada pelo delegado ou pelo magistrado (que se chamava processo judicialiforme). De fato, a partir da nova ordem constitucional, a titularidade da ação penal foi, a partir de então, conferida privativamente ao Ministério Público (art. 129, I), admitindo-se, nos casos previstos, a iniciativa privada (ação penal privada exclusiva, personalíssima e subsidiária da pública).

Assim, com base no trecho destacado os autores deixam bem claro o entendimento no sentido de que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório, asseverando que o órgão jurisdicional deve ser inerte, deixando todo o protagonismo para as partes.

Tais argumentos sustentam a tese explanada no presente estudo, no sentido de que o juiz ao reconhecer na sentença agravantes que não foram apontadas pelo órgão de acusação, fere de morte os princípios acima elencados, bem como o sistema acusatório, indo de encontro ao que preconiza legislação constitucional e infraconstitucional.

### **3. CAPÍTULO 2: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385, *IN FINE*, DO CPP**

#### **3.1 Princípio da correlação entre acusação e sentença**

O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado de “princípio da congruência” preleciona que a sentença deve guardar plena consonância com o fato delituoso descrito na inicial acusatória, não podendo dele se afastar, sendo vedado ao juiz, proferir decisão *extra petita*, *citra petita* ou *ultra petita*, sob pena de reconhecimento de nulidade absoluta, em razão da afronta aos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e do próprio sistema acusatório, afetando ainda, a imparcialidade do juiz.

A sentença que julga além ou fora dos limites da denúncia, denota a “quebra” da imparcialidade do magistrado, bem como uma arbitrariedade que remete imediatamente ao modelo inquisitório de persecução penal, que vai de encontro ao que determina a Constituição Federal e o próprio Código de Processo Penal.

A sentença, considerados todos os seus elementos (relatório, fundamentação e dispositivo), tem como destinatário, não só o acusado, mas a sociedade como um

todo. Assim, quando o juiz considera circunstâncias agravantes não alegadas pela acusação, fica muito difícil esclarecer de onde surgiram estas. Tratar-se-ia de um segundo órgão acusador? Como poderia este órgão acusar, tendo em vista que é o responsável, também, pelo julgamento? São indagações que angustiam muitos operadores do Direito, e, inclusive, esta incoerência entre imputação e sentença, salta aos olhos, até mesmo dos leigos.

Para complementar o posicionamento firmado, importante mencionar ainda, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2020, p. 79), outro notório expoente das ciências criminais:

Iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da *res in judicio deducta*, de sorte que o juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e no limite das exceções deduzidas pelo réu. Quer dizer então que, do princípio do *ne procedat judex ex officio*, ou, como dizem os alemães, do princípio do *Wo kein Ankläger ist, da ist auch kein Richter* (onde não há acusador não há Juiz), decorre uma regra muito importante, de aplicação tanto no cível como no penal: *ne eat judex ultra petita partium*, isto é, o Juiz não pode dar mais do que foi pedido, não pode decidir sobre o que não foi solicitado.

No contexto apresentado, não é possível defender a constitucionalidade do artigo 385, *in fine*, do CPP, no ordenamento jurídico pátrio. Quando a legislação ordinária permite ao juiz incluir agravantes que sequer foram referidas pela acusação, viola frontalmente o princípio da congruência, bem como todos os outros já mencionados acima.

A seguir, à título de complementação do estudo, serão analisados alguns dos argumentos que defendem pela constitucionalidade do mencionado dispositivo, para ao final concluir que tais argumentos não merecem prosperar frente a adoção do sistema acusatório.

### **3.2 Posicionamentos favoráveis a constitucionalidade do Art. 385, *in fine*, CPP e como o tema é tratado pelos Tribunais Superiores**

A argumentação para defesa de que a previsão do artigo 385, *in fine*, do CPP encontra guarida no ordenamento pátrio, ampara-se exclusivamente em sua previsão legal.

Consoante os ensinamentos de Nucci (2020, p. 1.110 do e-book):

Há possibilidade legal do reconhecimento de agravantes pelo juiz, ainda que atue de ofício, uma vez que elas são causas legais e genéricas de aumento da pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação. São de conhecimento das partes, que, desejando, podem, de antemão, sustentar a existência de alguma delas ou rechaçá-las todas. O fato é que o magistrado não está vinculado a um pedido da acusação para reconhece-las.

Pondera-se ainda que, se o juiz está autorizado a aplicar circunstâncias judiciais do art. 59, caput, do Código Penal, as quais exigem ampla discricionariedade, também pode aplicar as agravantes, cuja previsão legal é bem descrita na lei. Inclusive, não é comum o contraditório e ampla defesa acerca das circunstâncias agravantes, assim como ocorre com as judiciais (NUCCI, 2020, p. 1.111 do e-book).

Os tribunais pátrios, segundo as observações acima expostas, também entendem pela validade da previsão normativa do referido artigo, acerca da aplicação das agravantes de ofício:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. APLICAÇÃO DE AGRAVANTE GENÉRICA NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA OU CORRELAÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO E IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA JUSTIFICADOS. 1. "Salvo nos casos de Júri, onde é expressa a limitação, à arguição pelas partes, nada impede a aplicação de ofício de agravantes genéricas, descritas ou não na denúncia. A congruência ou correlação é exigida, apenas, para a definição do crime a ser objeto de eventual condenação" ( HC n. 352.237/RJ, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 11/11/2016). 2. "É idônea a fixação do regime inicial semiaberto ao sentenciado cuja pena haja sido fixada em quantum igual ou inferior a 4 anos de reclusão, se houve valoração negativa de uma ou mais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal" ( AgRg nos EDcl no AgRg no HC n. 476.217/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/4/2021, DJe 20/4/2021). 3. E, quanto à substituição, "presente circunstância judicial desfavorável, a qual justificou o estabelecimento da pena-base acima do piso, a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos não é recomendável à espécie, ainda que o montante da pena atenda ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP" ( HC n. 361.623/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016). 4. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no HC: 745644 SC 2022/0163091-0, Data de Julgamento: 27/09/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2022).”

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVANTES. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. É possível o reconhecimento das agravantes pelo magistrado, ainda que não descritas na denúncia, porquanto, a recongnição de agravante não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença. Inteligência do art. 385 do CPP (precedentes). Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 335413 SC 2015/0222194-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 23/08/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2016).”

Assim, apesar da permissão da jurisprudência para aplicação de circunstâncias agravantes de ofício, respaldada por parte da doutrina, sustenta-se o entendimento de não ser possível tal postura por parte do magistrado.

A falta de alegação da circunstância agravante acarreta a sua não discussão no processo. Aplicar as agravantes de ofício configura violação ao sistema acusatório e ao contraditório, de modo que se o juiz verificar que alguma agravante não foi debatida nos autos ou não consta na peça acusatória, deve instar as partes a se manifestarem sobre ela (DEZEM, 2016).

### **3.3 A inconstitucionalidade do Art. 385, *in fine*, CPP**

É certo que embora o posicionamento doutrinário e jurisprudencial esteja a favor da constitucionalidade do artigo Art. 385, *in fine*, do CPP, os argumentos utilizados para sustentar a tese não merecem prosperar, sendo que conforme defendido no presente estudo, o ordenamento jurídico brasileiro é adepto ao sistema acusatório e permitir ao juiz reconhecer agravantes que não foram mencionados pelo órgão acusador na inicial acusatória fere de morte não só tal sistema, como também todos os demais princípios basilares de um sistema penal garantidor dos direitos fundamentais do cidadão.

Se o processo penal for pensado dessa maneira, não existira razão para existência do órgão acusador, já que o juiz passa a ter em suas mãos o protagonismo, tendo tanto o poder punitivo, bem como o acusador, o que ao certo não pode existir, não só pela disparidade de armas como também pela falta de isonomia processual

Quem exerce a pretensão acusatória é o Ministério Público e não o magistrado, ao modo que se o titular desta pretensão não aponta na inicial acusatória as agravantes que considera pertinentes ao caso, não cabe ao juiz imiscuir em seu papel e reconhecê-las na sentença.

Assim sendo, conclui-se pela inaplicabilidade da norma infraconstitucional externada no artigo 385, *in fine*, do Código de Processo Penal, uma vez que referido dispositivo afronta aos ditames constitucionais, especialmente ao sistema acusatório, não podendo o juiz ser ao mesmo tempo a “mão” que acusa e pune, em desrespeito à separação de poderes.

#### **4. CONCLUSÃO**

Em um sistema acusatório, as funções de cada parte são bem delineadas: o órgão acusador (Ministério Público) é o responsável pela acusação, o réu (defesa) se defende, o órgão julgador (juiz) julga. Se o magistrado exerce qualquer ato próprio das partes, há um desvirtuamento do modelo, retirando a confiança de um julgamento justo e alinhado aos valores de um Estado Democrático de Direito.

O presente estudo indicou claramente a previsão constitucional e infraconstitucional, bem como os princípios que pautam o ordenamento jurídico, sustentando que a aplicação de agravantes de ofício por parte do julgador, trata-se de previsão ineficiente, por implicar na usurpação das funções do titular da acusação, além de causar eventuais dificuldades práticas já abordadas.

A previsão vai de encontro com o sistema constitucional acusatório, restando este corrompido em razão da violação à garantia fundamental da imparcialidade do juiz, além da possibilidade de transgressão aos princípios do contraditório, ampla defesa e correlação entre acusação e sentença.

Assim sendo, muito embora exista forte posicionamento jurisprudencial e doutrinário na contramão do que foi apresentado, conclui-se pela inaplicabilidade da norma infraconstitucional externada no artigo 385, *in fine*, do código de processo penal, verificando-se evidente afronta aos ditames constitucionais, especialmente ao sistema acusatório, principalmente após a inserção do Art. 3<sup>a</sup> – A, ao CPP pelo Pacote Anticrime.

Portanto, não devem ser toleradas normas infraconstitucionais que ferem de morte princípios e garantias fundamentais previstas na Constituição, para que, somente assim, seja alcançado um direito processual penal democrático.

## 5. REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)> Acesso em: 10/03/2024.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. **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: 10/03/2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual.** – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de processo penal didático**. São Paulo: Atlas, 2023.

PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 5. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2023.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.