Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

BRUNO CÉSAR DIAS

ANÁLISE DA RECEPCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP: SUA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL

São João del-Rei

2016

BRUNO CÉSAR DIAS

ANÁLISE DA RECEPCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP: SUA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado, sob a orientação do prof. Gian Miller Brandão.

São João del-Rei

2016

BRUNO CÉSAR DIAS

ANÁLISE DA RECEPCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP: SUA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____

Prof. Gian Miller Brandão (Orientador)

_____

Prof. Ricardi Arruda Pecirelli

_____

Prof. Marcos Cardoso Atalla

RESUMO

A Constituição brasileira de 1988 inaugurou novo panorama jurídico para o ordenamento pátrio, tendo fortes influências no Direito Processual Penal. Dentro desse contexto, objetiva-se, neste trabalho, analisar se o art. 385 do Código de Processo Penal, o qual permite ao magistrado condenar o acusado mesmo diante de um pedido de absolvição do Ministério Público, foi recepcionado pela CF/88, pois, mesmo após 27 anos da promulgação da Constituinte, há divergência quanto sua compatibilidade com o sistema processual acusatório previsto no texto constitucional. Para alcançar esse objetivo, o presente trabalho lançará mão de uma vertente teórico-metodológica denominada como jurídica-dogmática, debruçando-se sobre o tema através do método de pesquisa bibliográfica, utilizando como corpus metodológico a norma, doutrina e jurisprudência. Durante a investigação da problemática desse trabalho, percebe-se que há duas correntes discutindo a recepcionalidade desse dispositivo. A primeira corrente, majoritária na doutrina e jurisprudência, defendem que aquele artigo encontra total respaldo constitucional, haja vista a função jurisdicional incumbida constitucionalmente ao Poder Judiciário, sendo que, se assim não o fosse, essa função seria transferida transversalmente ao MP. Para a segunda corrente, tal dispositivo é totalmente incompatível com o sistema acusatório previsto na Constitucional, pois o dispositivo permite que o magistrado se substitua no exercício da pretensão acusatório, que é de titularidade do MP. Por fim, o presente trabalho demonstrou que a segunda corrente é mais coerente com CF/88, pois o processo penal, sob os novos parâmetros constitucionais, deve ser compreendido como meio de defesa do acusado, sendo o juiz um limitador do jus puniendi.

Palavras-chave: art. 385 do CPP, não recepcionado, sistema acusatório.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 6
1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL 8
1.1 Super Princípio, princípio do devido processo legal 9
1.2 Princípio da presunção de inocência 10
1.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa 11
1.4 Princípio do juiz natural 14
1.4.1 Distinção entre juiz e juízo 14
1.4.2 A garantia do juízo constitucional e do juiz imparcial 14
1.5 Princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional 15
1.6 Princípio da verdade real 17
1.7 Princípio do promotor natural 18
1.8 Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e da indisponibilidade da ação penal 20
1.9 Princípio da adstrição ou da congruência 21
2. O SISTEMA ACUSATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 24
2.1 Sistema inquisitório e sistema acusatório 26
2.2 Sistema processual penal acusatório como garantia fundamental 29
2.3 A função do Ministério Público no sistema acusatório 35
3. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 385 DO CPP COM A CF/88 38
3.1 A essência da recepção do artigo 385 do cpp 39
3.2 A incompatibilidade do art. 385 do CPP com a Constituição brasileira de 1988, desmistificando o juiz onipotente 43
3.3 Cenário atual da constitucionalidade do art. 385 do CPP. 50
CONSIDERAÇÕES FINAIS 53
REFERÊNCIA 56

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, foi inaugurado uma nova sistemática jurídica no Direito pátrio, haja vista o viés garantista da nova Carta Política, que instituiu um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, instituindo, para tanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, como um de seus fundamentos, e elencando diversas garantias e direitos fundamentais frente ao Estado.

Assim, o Direito Processo Penal, dentro desse panorama constitucional, deve ser concebido como uma manifestação do princípio da eficácia vertical dos direitos fundamentais, na medida em que ele concretiza a garantia constitucional do devido processo legal, impedindo que o Estado lance mão do *jus puniendi* de forma arbitrária.

Tendo essas premissa como diretriz, a presente monografia tem como objetivo discutir se o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 foi recepcionado pela CF/88, uma vez que esse dispositivo entra em atrito com o sistema processual penal acusatório positivado na Constituinte de 1988, pois, ao permitir que o magistrado condene o réu mesmo diante de um pedido de absolvição do Ministério Público, o Poder Judiciário suplanta o exercício do direito de ação conferido a esse órgão, em flagrante atuação inquisitorial, aglutinando, desse modo, as funções jurisdicional e acusatória no juiz.

Para alcançar esse objetivo, o presente trabalho lançará mão de uma vertente teórico-metodológica denominada como jurídica-dogmática, procurando demonstrar o embate dos princípios e garantias constitucionais com o disposto no art. 385 do Código de Processo Penal, através do método de pesquisa bibliográfica, utilizando como corpus metodológico fontes primárias, tais como a norma e jurisprudência, e fontes secundárias diretas, quais sejam, doutrina, artigos científicos e obras de Direito, sempre partindo da contraposição argumentativa dos doutrinadores e da jurisprudência brasileira, e tendo os ensinamentos de Aury Lopes Júnior como ponto norteador, já que suas críticas a corrente majoritária são amplamente difundidas no meio jurídico.

A problemática trazida nesse trabalho, mesmo após de 27 anos da promulgação da Constituição, ainda que haja um consenso jurisprudencial, se mostra atual, pois há um limbo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, uma vez que “dificilmente essa matéria é levada à discussão nos tribunais brasileiros e, mais raro ainda, é que tratam da problemática de forma adequada, ou seja, para além do reducionismo do ‘está na lei e basta’ ”. (LOPES JR. 2013, p. 1097)

Com o intuito de analisar o embate doutrinário acerca da recepcionalidade/ conformidade do disposto no art. 385 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal de 1988, este trabalho se subdividirá em três capítulos.

No primeiro capítulo, serão elencados os princípios norteadores do Direito Processual Penal brasileiro, os quais são utilizados pela doutrina e jurisprudência para formação jurídico-argumentativa sobre a compatibilidade daquele dispositivo com a Carta Constitucional de 1988.

No segundo capítulo, far-se-á, em um primeiro momento, a delimitação e comparação entre os sistemas processuais penais inquisitórios e acusatórios, visando demonstrar qual sistema é mais adequado ao Estado Democrático de Direito, e, em um segundo momento, será demonstrado, apesar de certa controvérsia dogmática, que o constituinte de 1988 consagrou o sistema processual acusatório, uma vez que positivou no texto constitucional todos os pilares informadores desses sistema. Em seguida, será analisado a função do Ministério Público como órgão de acusação dentro desse sistema processual.

Por fim, no terceiro capítulo, será apresentada uma análise doutrinária e jurisprudencial (por amostragem) acerca dos argumentos contrários e favoráveis sobre a recepcionalidade do art. 385 do CPP, buscando-se demonstrar que a recepção desse dispositivo, posicionamento majoritário, não é o mais compatível com a sistemática processual penal implantada pela CF/88, uma vez que o magistrado atua fora dos limites constitucionais decorrentes do sistema processual acusatório, se substituindo ao exercício do direito de ação do órgão de acusação, em clara manifestação parcial e em desrespeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da adstrição.

1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Toda ciência tem como base de sua estrutura princípios que regem sua dinâmica, visando criar um sistema lógico e integrado. Desta forma, o Direito Processual, por ser um ramo da ciência jurídica, está sujeito a princípios norteadores de todo seu desenvolvimento na dinâmica jurídica, seja na criação da norma ou na sua aplicação ao caso concreto.

Ávila (2005, p.80 *apud* LOPES Jr. 2013, p. 163) conceitua princípio como

> *Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.* (grifo do autor)

Tais princípios são de suma importância, pois eles são instrumentos indispensáveis para a manutenção da harmonia de um sistema complexo com inúmeras leis e institutos, os quais geram grandes conflitos em virtude de lacunas e disposições legais contraditórias, pois o

> Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si, o Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios [...] (MIRANDA, 1990, p. 197-198 apud LEITE, 2011, p. 52-53).

É importante salientar que a doutrina moderna preleciona que as normas jurídicas se subdividem em normas-regras e normas-princípios, pois "ambos descrevem algo que deve ser", exigem uma conduta facultativa, comissiva ou omissiva (BRANCO, 2011, p. 83).

Ainda segundo Branco (2011, p. 83-84) as normas-regras são aquelas normas que possui todo seu conteúdo delimitado pelo legislador, e, como regra, são sempre positivadas em leis e de aplicabilidade imediata. Já as normas-princípios possuem um conteúdo mais aberto do que as normas-regras, possuindo um conteúdo apenas determinável, o qual necessita de uma intervenção do jurista/sociedade para emitir seu conteúdo.

Logo, as normas-princípios têm o mesmo peso regulamentador que as normas-regras, e quando essas normas principiológicas ganham *statu* constitucional, elas se revestem de tripulo viés; a) informativo, se destinando ao legislador, direcionando sua atividade

legiferante; b) interpretativa, se destinando ao aplicador do direito, o qual deverá interpretar a lei, observando o comando e os limites insculpidos pelos princípios; c) normativo, se destinando ao aplicador do direito, o que permite que tais princípios sejam aplicados diretamente como normas no caso concreto (FERREIRA, 2014).

Desta forma, fica evidenciado a necessidade de se fazer uma analise dos princípios norteadores do Direito Processual Penal, mesmo que seja uma analise perfunctória.

1.1 Super Princípio, princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal, que tem origem no *due process of Law*, está consagrado no art. 5° inciso LIV da Constituição brasileira de 1988, a qual preleciona que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (BRASIL, Constituição, 1988).

Ele é o alicerce de toda a estrutura processual brasileira, pois todos os princípios, garantias, procedimentos e formalidades processuais são calcados neste princípio constitucional (CÂMARA, 2010, p. 35). Basta enumerar, a título de exemplo, a garantia da proibição de tribunais de exceção, do juiz natural, princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio da presunção de inocência, dentre outros.

O *due process of law* apresenta na modernidade duas concepções, uma formal, a qual circunscreve uma igualdade dos cidadãos e do Estado perante a lei, e sua vertente material, a qual determina que, na aplicação da lei, deve-se atender aos valores e princípios emanados da Lei maior, a Constituição (FIGUEIREDO, 2002, p. 4).

É o que Câmara (2010, p. 37-38) considera como a "garantia do trinômio 'vida-liberdade-propriedade' através da qual se assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, [...] demonstrando assim sua finalidade social".

Dessa forma, esse princípio, no seu viés formal, tem como essência a garantia da observância de um processo regularmente instruído, perante um juízo competente e predeterminado, sob o crivo do contraditório, da ampla defesa, dos procedimentos regulados por lei e dos demais princípios processuais, para que a constrição de liberdade ou de bens de uma pessoa seja lícita.

Ou seja, o princípio do devido processo legal exige que todas as normas-regras e normas-princípios sejam observadas para que a constrição dos direitos seja um ato de legalidade e de justiça.

Em seu viés material, esse princípio determina uma nova semântica para o processo penal, o qual deve ser traduzido como um meio de defesa do indivíduo frente ao Estado prepotente, revestido de diversos aparatos coercitivos e detentor do poder político (LOPES Jr, 2013, p. 59-62).

Logo, é no processo penal que as garantias constitucionais funcionam como catalisador da limitação do poder do Estado frente a uma parte hipossuficiente, o qual, para exercer seu *jus puniend*, deve se submeter as normas e princípios que regem o Processo Penal.

1.2 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, conhecido também como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, está insculpido no art. 5°, inciso LVII da Constituição, o qual determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, Constituição, 1988).

Isso decorre do fato das pessoas nascerem "[...] inocentes" e livres, "sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu" (NUCCI, 2012, p. 85).

Desta forma, subtrai-se desse princípio que a distribuição do ônus da prova da culpabilidade do réu é incumbida exclusivamente ao órgão acusador, devendo o julgador manter o estado *a quo* do réu, estado de inocência e liberdade, em caso de dúvida quanto a sua culpabilidade (ALVES, 2013, p. 40).

Outro efeito desse princípio é o de limitar a utilização das medidas cautelares que restringe os direitos individuais do investigado. Assim, apenas em situações excepcionais, devidamente comprovadas pela acusação, em que a conduta do imputado gere ou possa gerar situações periclitantes ao processo, como a coação de testemunhas, ou possa tornar inócuo função punitiva, como o risco de fuga[1], é autorizado ao juiz decretar medidas cautelares que possam restringir a liberdade do acusado, conforme artigo 282 do Código de Processo Penal (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, 1941).

Neste sentido, Nucci preleciona que, até mesmo para a produção de prova, essas "[...] medidas constritivas de direitos individuais devem ser excepcionais e indispensáveis, como ocorre com a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico [...]" (2012, p. 85).

[1] Artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Lopes Jr. lembra que

> [...] a presunção de inocência impõem um verdadeiro **dever de tratamento** (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.
> Na **dimensão interna**, é um dever de tratamento imposto-primeiramente- ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; [...] implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares [...]
> **Externamente** ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu [...] (2013, p. 786, grifo do autor).

Em suma, o princípio da presunção de inocência veda a condenação pretérita à sentença penal condenatória transita em julgada, a qual é o liame divisor entre o estado de inocência e a culpabilidade penal. É dessa máxima que se subtrai o dever de tratamento do judiciário e da sociedade em considerar o suspeito ou o denunciado como inocente, vedando atos injustificáveis que firam tal alicerce do Direito Processual Penal.

1.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa está consagrado no artigo 5°, inciso LV da Constituição brasileira de 1988, o qual prescreve que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

Esses princípios visam a permitir a consecução da dialética processual, autorizando que as partes se informem de todos os atos processuais, possibilitando uma reação que venha proteger seu direito sobre o bem jurídico em litígio.

Apesar de serem sempre referidos simultaneamente, o princípio do contraditório não se confunde com o direito de ampla defesa, podendo o direito de defesa ser exercido sem que se tenha o contraditório.

GRINOVER explica que

> defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta- como poder correlato ao de ação- que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório , mas também por este se manifesta e é garantida [...] (p. 63 apud LOPES Jr., 2013, p. 232)

Desta forma, para se ter a amplitude desse princípio, deve-se analisá-los separadamente, devendo debruçar primeiramente sobre o contraditório.

O contraditório veda que as partes sejam surpreendidas por uma decisão sem que elas tenham a oportunidade de influir no convencimento do julgador. Esse princípio pressupõe o direito audiência bilateral, participação, contraditório eficaz e prévio, e congruência de prazos (GRECO LEORNADO, 2002, p.23).

Leornado Greco explica que o direito de audiência bilateral está calcado no dever do judiciário de comunicar as partes de todos os atos processuais, desde à citação à sentença proferida pelo magistrado, como também no direito de argumentar frente a frente com o julgador em audiência (2002, p. 23).

Já o direito de participação, concede às partes a possibilidade de se manifestar acerca de todos os atos processuais, como, por exemplo, apresentar alegações, propor e produzir provas, o qual está ligado diretamente ao direito de um contraditório eficaz e prévio, antes de qualquer decisão, ressalvados os casos excepcionais em que sua "postergação seja fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão." (*Idem, ibidem*, p. 23)

Mas, como recorda o autor acima referido, todas essas garantias seriam inócuas sem o pressuposto da congruência de prazos, pois sempre deve haver um prazo adequado e proporcional as circunstanciais processuais para que as partes possam tomar ciência dos atos e se manifestarem nos autos (2002, p. 23).

Em síntese, o contraditório pode ser resumido no binômio informação e reação, o qual está calcado nos pressuposto do direito de audiência bilateral, participação, contraditório eficaz e prévio, e congruência de prazos.

MENDES, amparado pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã e "apreciando o chamado '*Anspruch auf rechtliches gehör*' (*pretensão à tutela jurídica*)", ressalta que o contraditório ganhou novos contornos com a doutrina moderna, pois esse princípio não se restringe apenas ao direito de informação e ao direito de manifestação, só alcançando sua plenitude quando refletir o direito de "ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar", devendo o julgador "considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas", afinal, esse é um dos motivos do dever de fundamentação das decisões insculpido no artigo 93, inciso IX da Constituição brasileira de 1988 (2011, p.494, grifo do autor).

Nesse mesmo sentido, LOPES Jr. preleciona que

> Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. (2013, p. 232)

Portanto, a visão moderna do contraditório está debruçada sobre sua eficácia, devendo esse princípio ser consagrado no trinômio informação, manifestação e resposta, denominados no Direito alemão como Recht auf Information, Recht auf Äusserrung e Recht auf Berücksichtigung, respectivamente (MENDES, 2011, p. 494).

Quanto ao direito de ampla defesa, este está consubstanciado na defesa técnica e pessoal, sendo que a defesa pessoal pode ser exercida de forma positiva e negativa.

A defesa técnica se reflete na exigência de um profissional técnico, conhecedor do Direito, pois há uma presunção de hipossuficiência do réu, haja vista não possuir o "conhecimento necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal", a qual esta amparada por uma estrutura complexa e articulada (NUCCI, 2013, p. 234)

É nesse sentido que se coaduna o artigo 263 do Código de Processo Penal, o qual reza que "se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação", sendo reconhecida/ declarada a nulidade absoluta pela ausência de defesa técnica nos termos da Súmula 523 do STF[2], pois, conforme art. 261 do CPP, "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor" (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, 1941).

Já a defesa pessoal ou autodefesa, reflete em um direito disponível que está consubstanciado em duas vertes, defesa pessoal positiva e negativa.

A defesa pessoal positiva está alicerçada na resistência pessoal à pretensão estatal, permitindo ao réu atuar pessoalmente no processo penal para resguarda seus interesses pessoais. Enquanto que a defesa pessoal negativa (*Nemo tenetur se detegere*) circunscreve o direito de silêncio do réu, calcado no art. 5°, LXIII, da Constituição de 1988[3], o qual pode ser

[2] Súmula 523: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu." (BRASIL, STF, 1969)

[3] "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de *permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (BRASIL, Constituição, 1988, grifo nosso)

traduzido como o direito de não produzir prova contra si mesmo (LOPES JR. 2013, p. 237 e 241).

Desse modo, fica claro que o princípio do contraditório e a ampla defesa visam garantir a eficácia dos direitos individuais consagrados na Constituição cidadã, impedindo que atos arbitrários restrinjam às liberdades do cidadão.

1.4 Princípio do juiz natural

1.4.1 Distinção entre juiz e juízo

Antes de adentrar na análise do princípio do juiz natural, cabe ressaltar uma distinção entre os termos juiz e juízo, pois os dois termos não são sinônimos, o que pode gerar impropriedade de técnica jurídica.

Juiz se refere à pessoa que exerce a função jurisdicional em determinado lugar e tempo, ou seja, refere-se à pessoa física do julgador da lide, já o termo juízo, destina-se à dissolução do poder jurisdicional por meio da distribuição da competência jurisdicional.

Portanto, o primeiro tem caráter subjetivo ligado à pessoa física do julgador que exerce naquele momento a função jurisdicional, enquanto o segundo tem caráter objetivo, ligado ao órgão com competência jurisdicional para conhecer de determinada matéria, levando em consideração os critérios de lugar, matéria e pessoa.

1.4.2 A garantia do juízo constitucional e do juiz imparcial

O princípio do Juiz natural tem como embasamento jurídico o artigo 5°, incisos LIII e XXXVII, da Constituição brasileira de 1988, os quais determinam, respectivamente, que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" e "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

Essa garantia possui dois aspectos: "a primeira, ligada ao órgão jurisdicional, ou seja, ao juízo, e não propriamente à pessoa natural do juiz. Uma segunda faceta do mesmo princípio, porém, diz respeito à pessoa do juiz, e está ligada à sua imparcialidade." (CÂMARA, 2010, p. 46).

No primeiro aspecto, este princípio proíbe a criação de juízos com atribuições de competência diversas das previstas na Constituição, ou seja, a Carta Magna preleciona como garantia constitucional processual a tramitação do processo perante ao juízo, cuja

competência esteja constitucionalmente preestabelecida. Assim, "a competência constitucional a ser observada em um processo é aquela que estava estabelecida na Lei Maior na data em que ocorreu o fato que será submetido ao Judiciário." (CÂMARA, 2010, p. 46).

Já no segundo aspecto, ligado a pessoa física do magistrado, visa a garantir a imparcialidade do julgador, impedindo que o juiz seja tendencioso, usando sua função para interesses escusos.

É neste contexto que a lei prevê, como formas de garantir a imparcialidade, as exceções de suspeição e impedimento, as quais podem ser suscitadas por qualquer parte, inclusive pelo próprio juiz, e as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, inerentes ao cargo do magistrado, as quais visam respaldar a função jurisdicional, evitando que o magistrado seja coagido ou corrompido por grupos abastardo de poder.

> Não se deve achar, porém, que a exigência de imparcialidade esteja ligada a uma suposta exigência de neutralidade do juiz [...], tal neutralidade é absolutamente impossível, uma vez que o juiz, como qualquer ser humano, exerce seu trabalho embasado em razão e emoção. O raciocínio do juiz tem necessariamente premissas que só ele conhece inteiramente, as quais têm índole ideológica, cultural, econômica, religiosa etc. [...]. A imparcialidade que se espera do juiz é a que resulta da ausência de qualquer interesse pessoal do juiz na solução da demanda a ele apresentada. Não se pode admitir que um processo seja submetido a um juiz ligado a alguma das partes por laços de parentesco ou amizade (ou mesmo de inimizade), ou que tenha interesse, econômico, jurídico ou de outra ordem, na vitória de qualquer das partes (CÂMARA, 2010, p. 48-49).

Portanto, essa garantia visa proteger a lisura do provimento jurisdicional, tanto no que se refere à distribuição da competência jurisdicional quanto na exigência de imparcialidade do magistrado.

1.5 Princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 93 inciso IX, determina que

> todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade,** podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à

> intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (grifo nosso)

Assim, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões proferidas pelo poder judiciário é elemento indispensável para formação do devido processo legal, impondo a nulidade das decisões desprovidas de fundamentação.

A importância dessa fundamentação está calcada na sua instrumentalidade de convencimento das partes, demonstrando ser a decisão jurídica mais justa e adequada para o caso concreto, e de promover a fiscalização da função jurisdicional do magistrado (JORGE JUNIOR, 2008, 5-6).

Só a fundamentação da decisão permite auferir quais elementos levaram motivaram/ influenciaram magistrado a chegar à determinada conclusão, sendo, em última análise, uma forma de controle do poder judiciário, pois permite avaliar a racionalidade jurídica da decisão.

Portanto, a motivação das decisões judiciais

> Trata-se de razão de ordem pública, embora ligada também a interesse particular das partes. A motivação da decisão é essencial para que se possa verificar se o juiz prolator da decisão era ou não imparcial. Isto se dá por uma razão. Ao contrário do administrador e do legislador, que recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades (já que tal legitimação provém do voto popular), o juiz não é previamente legítimo. A legitimação do juiz só pode ser verificada a *posteriori*, através da análise do correto exercício de suas funções. Assim, a fundamentação das decisões é essencial para que se possa realizar o controle difuso da legitimidade da atuação dos magistrados. [...] A motivação das decisões judiciais é essencial para que se possa assegurar a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, o que lhe confere legitimidade. (CÂMARA, 2010, p. 59, grifo do autor)

Neste sentido, Lopes Junior lembra que

> [...] no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios. (2013, p. 244).

Dentro desse contexto, o Código de Processo Penal brasileiro estabelece, como princípio reitor da avaliação da prova, o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz, prescrevendo em seu artigo 155 que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]” (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, 1941).

Logo, esse princípio estabelece os limites da fundamentação do magistrado, vinculando-o ao objeto da ação, as provas produzidas no decorrer da instrução, as alegações de fatos e direito das partes, as circunstancias e fatos que conste presentes nos autos mesmo que não tenham sido alegados pelas partes, ao ordenamento jurídico com sua complexidade de princípios e normas (SILVA, 2010, p. 23 e 24).

Em suma, todas as decisões judiciais devem ser devidamente motivadas, podendo o magistrado utilizar qualquer elemento racional para formar e fundamentar sua decisão, sendo norteado pelo princípio do livre convencimento motivado, o qual limita sua apreciação aos elementos integrantes dos autos e ao ordenamento jurídico.

1.6 Princípio da verdade real

Não se trata do objeto de pesquisa da presente monografia, porém, para atender o princípio da verdade real é mister que se determine o conceito de verdade, o qual pode ser definido como "conformidade da ideia com o objeto, do dito com o feito, *do discurso com a realidade.*" (PRIBERAM, 2013, grifo nosso).

Dentro do processo judicial essa verdade ontológica tem uma acepção de dever ser, pois o magistrado se debruça sobre as provas tentando materializar um fato ocorrido no passado, logo, ele possuiu apenas uma mera perspectiva sobre os fatos que são levados a sua apreciação por meio das provas.

Portanto, o juiz nunca conseguirá materializar todos os acontecimentos pretéritos, e muito menos possuirá a capacidade cognitiva de entende-lo sobre todos os prismas possíveis, até porque, nem mesmo as pessoas que evidenciaram os fatos são capazes de compreender a verdade plena dos acontecimentos que as cercaram.

Dessa maneira, fica claro que o que é eleito como verdade por uma pessoa, pode ser rechaçado ou ser questionado por outra pessoa. Nesse sentido, MALATESTA, citado por NUCCI, afirma que

> A verdade é a 'conformidade da noção ideológica com a realidade' e que a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito legado a um fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva. Portanto, pode-se afirmar que 'certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros parece por vezes duvidosa quiçá até mesmo falsa a outras ainda. (1960, p. 22, apud 2011, p. 106)

Dentro deste contexto está inserido o princípio da verdade real, pois, se é impossível ao magistrado conhecer da verdade plena, deve ele obter uma crença segura na verdade que é exalada pelas provas produzidas nos autos. (GRINOVER, 2005, p. 26).

Partindo dessa premissa, o princípio da verdade real visa dar autonomia ao magistrado para que ele seja parte atuante dentro do processo, visando à formação do convencimento acerca dos fatos alegado pelas partes, sempre tendo em vista a persuasão racional dos fatos narrados.

Nessa diapasão, Theodoro Junior afirma que embora

> [...] a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo [...] (1999, p. 7).

Desta feita, será lícito ao juiz determinar, até mesmo de ofício, oitiva de outras testemunhas que não tenham sido arroladas (art. 209 do CPP), instaurar incidente de falsidade (art. 156 do CPP), determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, bem como a realização de diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 566, incisos I e II do CPP), dentre outras medidas (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, 1941).

É importante frisar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da verdade real sofre algumas críticas quanto a sua atual aplicação no direito penal, haja vista o princípio da presunção da inocência e do sistema constitucional acusatório, o que será melhor analisado no próximo capítulo.

1.7 Princípio do promotor natural

Em parâmetro simétrico ao princípio do juiz natural, o princípio do promotor natural veda a criação de um órgão acusador de exceção e parcial (FRANCO JÚNIOR), consagrando sua independência funcional.

A essência desse princípio está voltada a garantir o devido processo legal, blindando o Parquet de influência anômalas, exteriores ao limite da legalidade, emanadas do poder político, do poder econômico, da pressão social em busca de um culpado ou por qualquer outro forma de coação/ influência.

Esse princípio não está previsto explicitamente na constituição, mas, dentro do sistema jurídico brasileiro, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988,

pode ser subtraído da função constitucional do Ministério Público, como também das garantias funcionais prevista na Constituição e da Lei Orgânica do Ministério Público (NUCCI, 2011, p. 103).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público alçou *status* de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, dispondo em seu artigo 127 que incumbe-lhe "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (BRASIL. Constituição, 1988).

Para respaldar essa função, o legislador constituinte determinou como prerrogativas do Parquet o direito a vitaliciedade, inamovibilidade[4], e irredutibilidade de subsídio, sempre tendo em vista o princípio institucional da independência funcional do Ministério Público, calcado no artigo 127, parágrafo primeiro, da Constituição brasileira de 1988.

A Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n° 8.625 de 1993) ratificou o princípio do promotor natural, prevendo aqueles princípios constitucionais nos artigos 1° e 3°, vedando em seu artigo 10

> qualquer possibilidade de designações arbitrárias, prevendo somente competir, excepcionalmente, ao Procurador-Geral a designação de membro do Ministério Público para acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória, devendo, porém, recair a escolha sobre o membro do Ministério Público com atribuição para, em tese, oficiar no feito, segundo as regras ordinárias de distribuição de serviços. A norma busca assegurar a continuidade dos serviços em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, com ou sem consentimento deste, para, por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da Instituição. (FRANCO JÚNIOR)

Assim, o princípio do promotor natural visa a proteger o cidadão de um órgão desvirtuado de suas funções constitucionais, evitando que grupos abastados de poder, seja político ou econômico, lance mão do Parquet para perseguir seus inimigos ou encobrir atos ilegais.

[4] Salvo a exceção prevista no art. 128, I, b da Constituição Federal, a qual permite a transferência do promotor de ofício quando houver interesse público, por meio de decisão, proferida por maioria absoluta, de órgão colegiado competente do Ministério Público, sempre assegurando a ampla defesa.

1.8 Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e da indisponibilidade da ação penal

O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e o princípio da indisponibilidade da ação penal decorrem do princípio da legalidade e da titularidade constitucional privativa do Ministério Público de propor a ação penal pública (NUCCI, 2011. p. 103).

O princípio da Legalidade, insculpido no inciso XXXIX do artigo 5° da Constituição Federal de 1988, determina que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Esse princípio veda a retroatividade da lei penal; a criação de crimes e penas pelos costumes e o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (GRECO ROGERIO, 2006, p. 94).

Fica claro que, havendo uma conduta que se enquadre em um tipo legal previamente definido em lei, tem o Estado o dever, e não faculdade, de aplicar uma sanção penal previamente definida[5].

Assim, como o Ministério Público exerce privativamente o direito de ação na ação penal pública, nos termo artigo 129, inciso I, da Constituição de 1988, deve ele exercer seu direito/dever de ação quando houver prova da materialidade delitiva e indícios da autoria, (artigo 41 c/c o artigo 395, ambos do Código de Processo Penal).

Com efeito, o princípio da obrigatoriedade da ação penal significa que o órgão acusatório não tem, "nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo" (NUCCI, 2011, p. 104)

O princípio da indisponibilidade da ação penal é decorrência lógico-jurídica do princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual está previsto no artigo 42 do Código de Processo Penal, vazado nos seguintes termos: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal (BRASIL, Decreto Lei n° 3.689, 1941).

Fica claro que se há um dever jurídico de exercer o direito de ação, esse não poderá ser disponível, já que, se assim não o fosse, a obrigatoriedade da ação penal seria em vão, pois permitiria ao Promotor de Justiça abdicar de seu direito/dever de ação após o recebimento da denúncia.

---

[5] É a aplicação do princípio da oficialidade, o qual retira das mãos do particular o poder de punir os violadores de bens jurídicos e transfere tal competência ao Estado. Assim, "as tarefas de investigar, processar e punir o agente do crime cabe, aos órgãos do Estado, através da polícia judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário" (NUCCI, 2011, p. 105).

Advirta-se que não se pode confundir o pedido de absolvição feito pelo Ministério Público com disponibilidade do seu dever de ação, pois

> Quando o MP pede a absolvição, não o faz por 'imparcialidade' e tampouco por dispor da ação penal, senão que, como agente público, está obrigado à estrita observância dos princípios da objetividade, impessoalidade e, principalmente, legalidade. Logo, é absolutamente ilegal acusar alguém, ou pedir a condenação no final do processo, quando não existe justa causa, possibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade. (LOPES Jr, 2013, p. 383)

É preciso ressaltar que estes princípios são aplicados apenas nas ações em que o Ministério Público seja titular privativo do direito de ação qual seja ação penal pública, independentemente de sua divisão condiciona e incondicionada, ou a subdivisões da ação penal pública condicionada, a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça.[6]

Desta feita, esses princípios não são aplicados na ação penal privada, a qual são aplicados os princípios da oportunidade e da disponibilidade, os quais são assimétricos aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade.

1.9 Princípio da adstrição ou da congruência

O processo, formado por um conjunto de atos e procedimentos racionais e cronológicos, visa possibilitar uma tutela jurisdicional que ponha fim à lide, pacificando os conflitos sociais.

Essa tutela jurisdicional, insculpida no artigo 5° inciso XXXV da Constituição de 1988[7], é externada pela sentença judicial, a qual pode ser definida como "o ato do juiz que põe fim ao seu ofício de julgar, resolvendo ou não o mérito da causa" (CÂMARA, 2010. p. 441)[8].

Porém, esse ato não é uma manifestação absolutamente livre, sem qualquer forma de controle ou basilar que limite o poder discricionário do magistrado em dizer a quem o direito

---

[6] Ressalta-se que nos crimes de ação penal pública condicionada há incidência dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade somente após a representação do ofendido ou da requisição do Ministro de Justiça, pois esses atos pretéritos ao direito de ação do ministério público são regidos pelos princípios da oportunidade e disponibilidade (NUCCI, 2011, p. 104)

[7] Art. 5°, inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciários lesão ou ameaça a direito (BRASIL, Constituição, 1988).

[8] Esse conceito não se refere apenas ao ato do magistrado de primeiro grau, como também, ao ato dos magistrados de instancias superiores, chamados de acórdão.

assiste, o qual, no processo penal, cinge na condenação ou absolvição do réu (NUCCI, 2011, p. 659).

Dentre dessas formas de controle pode se destacar o princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio do juiz natural, ligado ao aspecto da imparcialidade do julgador, o princípio da persuasão racional do juiz[9] e o princípio da adstrição.

O princípio da adstrição, também conhecido como o princípio da congruência ou da correlação, determina que o magistrado deverá decidir nos limites da lide, em congruência aos pedidos formulados pelas partes, tendo em vista aos fatos narrados e as provas dos autos, devendo ao magistrado analisar todos os pontos controvertidos.

Logo, o princípio da adstrição "[...] determina que a sentença proferida deve ser baseada na pretensão do autor, ou seja, deve ser reflexo do pedido e da causa de pedir [...]" (HOFFMAN; MOTRESOL, 2011, p. 56)

Dessa forma, não é lícito ao juiz deferir o que não foi pedido, seja a mais ou divergente dos pedidos, ou se omitir quanto a um ou todos os pedidos, deixar de analisar o pedido.

Nesse sentido Rodrigues afirma que

> [...] o limite da sentença é o pedido, porque como ato de entrega da tutela jurisdicional, deve ficar adstrito aos limites estabelecidos pela demanda, ou seja, uma sentença não pode ficar aquém do que foi pedido, ou seja, não pode o magistrado sentenciar sem ter apreciado todos os pedidos em juízo (infra ou citra petita), superior ao pedido (ultra petita) e tampouco julgar coisa diversa do que foi pedido (extra petita) [...] (p.426, 2003).

Em suma,

> Em decorrência do princípio da segurança jurídica, e como forma de limitar a atuação estatal, o ordenamento jurídico estabeleceu o princípio da adstrição[3], segundo o qual o juiz não pode deixar de analisar a parte objetiva da demandada. Ou seja, não é lícito ao magistrado conceder bem maior ou estranho ao pedido. Não lhe cabe omitir-se quanto às questões fáticas suscitadas no momento apropriado nem se omitir de decidir com base na causa de pedir ou no pedido deduzido.
> Assim, pelo princípio da correlação, concede-se liberdade ao julgador apenas dentro dos contornos da lide, cabendo-lhe, destarte, apreciar as questões arguidas e examinar o pedido veiculado na demanda. (SANTOS, 2010.)

[9] Os quais já foram abordados nos itens anteriores deste capítulo.

No Processo Penal, esse princípio encontra contornos mais específicos, calcados no brocardo jurídico *nihil factum dabo tibi ius*[10].

O artigo 383 do Código de Processo Penal determina que o "juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave" (BRASIL, Decreto-Lei 3.689, 1941). É o que a doutrina denomina de *emendatio libelli*, pois adequar um fato pretérito ao modelo legal de conduta reprovável é o ato de promover o juízo de tipicidade (NUCCI, 2011, p. 662).

Fica claro, portanto que o indexador da sentença penal condenatória é o pedido de condenação feito pelo Ministério Público, o qual se encontra consubstanciado na narração fática da conduta do réu na denúncia.

[10] Dá-*me* os *fatos que* te darei o direito.

2. O SISTEMA ACUSATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição brasileira de 1988, em consonância ao neoconstitucionalismo, trouxe ao ordenamento jurídico uma nova metodologia de hermenêutica, colocando as normas e as normas-princípios consagradas em seu texto como epicentro do sistema normativo.

> Isso significa que "a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade [ ]. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (SILVA, 2011, p. 45).

Logo, seu caráter garantista, efeito da luta pela redemocratização após o golpe de 1964 e do AI 5 (SILVA AFONSO, 2011, p. 88), ressoou em todas as normas infraconstitucionais, sempre buscando a concretização do maior canônico da CF/88, a dignidade da pessoa humana.

Para elucidar tal assertiva, após a CF/88, os direitos fundamentais, concretizadores da dignidade da pessoa humana, deixaram de ser apenas limitadores do poder do Estado em face aos particulares, eficácia vertical dos direitos fundamentais, e passaram a impregnar as relações jurídicas entre particulares, eficácia horizontal dos direitos fundamentais (BROFMAN, 2013, p. 56-56).[11]

Acompanhando essa nova concepção do Direito Constitucional brasileiro, o Código de Processo Penal foi irradiado por todos os princípios e normas constitucionais, ganhando uma perspectiva mais consolidada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a qual é calcada na instrumentalidade do processo penal como meio de defesa do cidadão frente ao *jus puniend* do Estado.

Dessa forma, o Direito Processo Penal tornou-se instrumento para concretizar o princípio da eficácia vertical dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Penal, pois, com advento da CF/88, o Direito Processual Penal deve ser concebido como uma garantia individual limitadora do poder Estatal, impedindo que um governo autoritário lance mão do

[11] Cita-se, a título de exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o qual visa à proteção dos hipossuficientes dentro da relação de consumo, pois "o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana é incompatível com disposições contratuais, em que não se observe a boa-fé objetiva, a transparência e o equilíbrio nas relações contratuais" (GARCIA, 2009, p. 18).

jus puniendi a seu bel prazer, restringindo a liberdade dos indivíduos sem a comprovação de lastro entre o fato delitivo e sua autoria (KLOSTER. p. 9).

Neste sentido, Lopes Jr. (2013, p. 60) afirma que

> [...] os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa do que segmento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição. A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista).

Em suma, Direito Processual Penal tornou-se figura central para a proteção dos direitos fundamentais, impondo-se como condição necessária para aplicação da pena, pois "não há verdadeira democracia, nem liberdade, onde o processo penal não seja devidamente respeitado" (NUCCI. 2012, p. 81), ratificando, assim, os direitos e as garantias constitucionais elencadas na CF/88.

Há uma relação de reciprocidade entre os princípios do processo penal e os direitos fundamentais do homem, pois os direitos fundamentais são o fundamento axiológico dos princípios do processo penal, e, em contra partida, estes direcionam o Direito Processual Penal para a concretização de seu fundamento, os direitos fundamentais.

Dentro dessa nova visão da constitucionalização do Direito Processual Penal, a CF/88, em harmonia com seus princípios deflagrados, consagrou em seu art. 129, inciso I, o sistema acusatório, incumbindo ao Ministério Público o direito/dever do *jus persequendi* nos crimes ação penal pública.

Assim, se faz necessário inferir a distinção entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório, analisar qual sistema penal vige em nosso sistema jurídico e analisar a função do Ministério Público na sistemática Constitucional brasileira, para compreender a amplitude da análise da constitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal[12].

[12] Esse artigo prevê a possibilidade do magistrado, nos crimes de ação penal pública, condenar o réu mesmo com o pedido de absolvição feito pelo Ministério Público.

2.1 Sistema inquisitório e sistema acusatório

O sistema inquisitório está em oposição semântica ao sistema acusatório, na medida em que o sistema inquisitório busca um ideal de justiça por meio da primazia da função repressiva do poder punitivo, enquanto que o sistema acusatório visa à proteção do acusado, agindo como limitador do poder punitivo e vedando arbitrariedades por parte dos membros abastados de poder.

O sistema inquisitório é um modelo histórico, o qual foi moldado para atender a manutenção do poder de alguns por meio do controle repressivo da sociedade (LOPES JR., 2013, p. 111).

Mariconde (1969, p. 93 *apud* PINTO, 2010, p. 190) afirma que há divergência quanto à origem história do surgimento do sistema inquisitório, mas a "origem mais consolidada da inquisição tem suas raízes no Império romano com a *cognitio extra ordinem*" e, posteriormente, como aponta Cárcel (2000 *apud* PINTO, 2010, p. 190) com sua transmutação dentro do Direito Romano no "*inquisitio* que representava a formulação de uma acusação pela autoridade judicial, quando ausentes denúncias ou acusações sustentadas por testemunhas".

O sistema inquisitório teve sua plenitude na Idade Média, a partir de 1095, concomitante com às Cruzadas, quando o Papa Urbano II inaugurou uma nova frente de domínio para Deus, deflagrando a Inquisição Medieval, "movimento político-religioso, em que a Igreja Cristã arquitetou uma reação contra a difusão no ocidente de movimentos heréticos como o maniqueísmo, o valdismo e mais tarde o cartarismo" (PINTO, 2010, p. 190).

> [...]. Curiosamente, a Inquisição não tinha relação direta com a criminalidade – portanto com a defesa ou retribuição perante o dano ao patrimônio, ou à vida –, mas sim ao desvio em relação aos dogmas estabelecidos pela Igreja, que se viam ameaçados pela proliferação das novas crenças heréticas, no contexto da Reforma religiosa do século XVI. O aparato de repressão inquisitorial apresentava características muito específicas e tinha como fundamentação uma série de verdades absolutas, que giravam em torno do arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo religioso da época. Sem dúvida, tratava-se de um campo de saber de envergadura considerável, o que pode ser percebido pela existência de um conjunto de técnicas para atingir os fins a que se propunha, reunidas no Manual dos Inquisidores, de Eymerich. (KHALED JR., 2010, p. 295).

Essas técnicas eram calcadas na busca da verdade, denotando um processo dinâmico, o qual justificava a atuação do julgador como parte, dando-lhe poderes para investigar e

acusar, e legitimava atrocidades, como a tortura, para obter informações ou a ascensão da culpa do investigado (LOPES JR., 2013, p. 114).

Nesse sentido, Khaled Jr. (2010, p. 296) afirma que "confissão era entendida como a prova máxima e não havia qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, visto que eram justificados pela sagra missão de obtenção da verdade."

Não existiam freios ou regras que limitassem os meios de torturas para a busca da confissão do investigado, pois "os abusos seriam decorrentes de uma eventual omissão na aferição da verdade, jamais fruto do excessivo zelo em investigar o fato." (PINTO, 2010, p. 201).

Apesar da difusão do sistema inquisitório no Direito Canônico, esse refletiu diretamente no Direito Processou Penal, sendo suplantado sobre uma nova base, pois as "bases inquisitoriais, transportadas para uma esfera jurisdicional secularizada, não serviriam a combater o pecado, mas o delito que colocasse em risco a ordem." (MARQUES, 2014, p.29).

O sistema inquisitório, trazido para o Direito Processo Penal sobre o dogma da ordem social, introduziu uma nova perspectiva no processo, calcada na busca desenfreada pela verdade absoluta para punir os transgressores da harmonia social.

Nucci (2011, p. 121) aponta que o sistema inquisitório no processo penal foi caracterizado

> [...] pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.

O sistema inquisitório norteou o Direito Processual Penal até o final do século XVIII e início do XIX, momento em que os "novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos", emergidos das revoluções Francesas, Inglesa e do Iluminismo, removeram, paulatinamente, as influências do sistema inquisitório (LOPES JR., 2013, p.117).

Assim, aflorou uma nova concepção do Direito Processual Penal, calcado nos valores democráticos e no princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo a inauguração do sistema acusatório como basilar do processo penal (MIRZA, 2003) [13], o qual se caracteriza pela

[13] Deve-se ressaltar que o sistema acusatório não teve sua origem neste momento historio, pois sua origem é remontada ao Direito Grego e Romano (RIBEIRO, 2006). Mas é nesse momento histórico que o sistema acusatório ganha destaque para combater o autoritarismo dos governos despóticos.

> a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominante); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatório, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES JR., 2013, p. 108-109)

Diante dessas características, o sistema acusatório foi ecoado com uma nova perspectiva do Direito Processual Penal, a qual possui fulcro nos direitos fundamentais como garantia do indivíduo contra as atrocidades do Estado, buscando um ideal de justiça processual.

Essa justiça processual está alicerçada na concretização dos princípios norteadores do processo penal, tais como os princípios do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência, da legalidade, da adstrição, do juiz natural e do livre convencimento motivado, pois a observação desses princípios permite ao Estado Juiz dar a sentença mais adequada ao caso concreto sem desconsiderar o réu como sujeito de direito.

A justiça processual, portanto, só pode ser alcançada pela observação dos preceitos do sistema acusatório conjugado com os demais princípios e garantias fundamentais, impedindo um julgamento fundado em um juízo de valor intangível às partes e à sociedade ou em provas colidas e produzidas de forma antiética e desumana.

Percebe-se a contraposição de meios e fins entre os sistemas acusatório e inquisitório, pois no primeiro, por meio da imparcialidade do julgador, garantida pelas características do sistema acusatório, busca-se a concretização de uma justiça processual, enquanto que o sistema inquisitório, por meio da aglutinação das funções acusatória e jurisdicional, visa a alcançar uma verdade absoluta, quase que divina.

Nesse sentido, Busado (2010, p. 136) afirma que

> quanto mais se aproxima um sistema de um modelo acusatório, mais os resultados da aplicação processual se aproximam da realização de um escopo de justiça, em contraposição à pretensão de afirmação de verdade que é própria de um modelo inquisitivo.

Assim, com uma nova visão garantista do Direito Processo Penal, o qual é concebido como um limitador do *jus puniendi* do Estado, o sistema acusatório é o meio mais adequado para a persecução da justiça processual, haja vista sua função precípua de garantir a imparcialidade do julgador, da publicidade, da iniciativa probatória incumbida as partes, do contraditório e da igualdade de oportunidades, que se encontra em consonância com os princípios reitores do Direito Processual Penal moderno.

2.2 Sistema processual penal acusatório como garantia fundamental

Antes da Constituição brasileira de 1988, o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689 de 1941) já previa o sistema acusatório como base do Processo Penal brasileiro prescrevendo em seu artigo 24 que

> **nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público**, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (grifos nossos).

O CPP também determinava em seu artigo 197 que a confissão não é prova absoluta, devendo o magistrado, ao sentenciar, cotejar a consonância da confissão com as demais provas dos autos, o que confronta a percepção de prova no sistema inquisitório - confissão como a rainha das provas.

Entretanto, o CPP trazia uma forma mitigada do sistema acusatório, pois, em regra, garantia apenas a vedação do *ne procedat iudex ex officio*[14], permitindo ao juiz, por exemplo, determinar a produção de provas[15] e considerar o silêncio da defesa como prova contra ao réu[16].

Deve-se salientar que até mesmo a vedação do *ne procedat iudex ex officio* era mitigada, haja vista a permissão legal do processamento de ofício pelo juiz nos artigos 26 e 531 do CPP, o qual determinava o início da persecução penal com a instauração do auto de

[14] Vedação ao processamento de ofício pelo juiz, ou seja, a persecução penal deve ser iniciada por órgão ou pessoa distinta da figura do julgador.
[15] Antiga redação do art. 156 do CPP, a qual previa que "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."
[16] Antiga redação do art. 186 do CPP, a qual prescrevia que "Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa."

flagrante delito ou por meio de portarias emitidas pelo juiz ou pela autoridade policial nos ilícitos classificados como Contravenções Penais.

Desse modo, fica evidente que o modelo processual penal inaugurada pelo CPP não está próximo ao sistema acusatório, pois sua essência está voltada para o sistema inquisitório maquiada por alguns traços do sistema acusatório.

Nesse sentido, Lopes Jr. (2013, p. 121) aponta que

> a distinção entre as funções de investigar-acusar-julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante, quando não vier aliada a outras (como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades etc.).

Com a ascensão da Constituição brasileira de 1988, o cenário processual penal brasileiro teve uma mudança drástica, pois a CF/88, além de trazer novos princípios e valores fundantes do sistema acusatório, consagrou, em seu art. 129, inciso I, como função institucional do Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública.

Isso demonstra que o legislador constituinte elevou a vedação do *ne procedat iudex ex officio* ao status de norma constitucional, implicando, de imediato, na não recepcionalidade de todos os dispositivos que retiram da esfera de competência do Ministério Público, MP, o poder da persecução penal.[17]

Logo, os artigos 26 e 531 do CPP, que permitiam a persecução penal *ex officio* dos ilícitos denominados contravenções penais, foram de imediato revogados pelo art. 129, inciso I, da CF/88, tendo em vista a incompatibilidade material entre os preceitos legais.

Mas a Constituição não consagrou apenas um dos traços do sistema acusatório. Ela foi além, pois elencou explicitamente e implicitamente em seu texto toda a extensão do sistema acusatório.

Basta pensar em todos os princípios explícitos e decorrentes do texto constitucional, tais como os princípios do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, da legalidade, da persuasão racional, da presunção de inocência, do livre convencimento motivado e da publicidade, este último previsto no artigo 5°, inciso LX da CF/88.

Dessa forma, não há outra conclusão possível senão do reconhecimento do sistema acusatório como norteador do Direito Processual Penal Brasileiro, o que determinou uma

[17] "Nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas [ ] de **revogação** da lei anterior pela nova Constituição, por falta de **recepção**." (LENZA, 2012, p. 199).

nova leitura do CPP, revogando diversas normas que afrontam os postulados do sistema acusatório.

Assim, foi revogada, por exemplo, a antiga redação do artigo 186, pois a presunção de inocência e a distribuição do ônus da prova sobre as partes, postulados do sistema acusatório, vedam a utilização do silêncio da defesa como elemento formativo da convicção do julgador, na medida em que o réu, que se encontra em estado de inocência, não é obrigado a produzir provas.

Corroborando para tal assertiva, Capez (2011, p. 379) leciona que

> A prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável.
> A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito.

Nesse ponto, cabe apontar um problema no Direito Processual Penal brasileiro. Apesar do sistema acusatório ser emanado pela Constituição brasileira de 1988 como núcleo estrutural do processo penal, o CPP ainda possui várias normas que apontam resquícios do sistema inquisitório, as quais, equivocadamente, são consideradas, por meio de subterfúgios jurídicos, compatíveis com a Constituição por boa parte da doutrina e da jurisprudência, que tentam esconder o caráter inquisitivo da norma, seja para saciar uma ideologia punitiva ou por medo de desconstruir o sistema atual e apontar soluções.

Um exemplo claro dessa situação é a nova redação dada ao artigo 156 do Código de Processo Penal pela Lei número 11.690 de 2008, o qual está vazado nos seguintes termos:

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, **facultado ao juiz de ofício**:
> I – **ordenar**, **mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas** consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
> II – **determinar**, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a **realização de diligências** para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (grifos do original).

Salta aos olhos o caráter inquisitivo de tal dispositivo, pois há delegação de atos que são exclusivos da parte, que consistem na produção de provas para influir na convicção do magistrado sobre os fatos alegados pela parte.

Esse dispositivo fere claramente o sistema acusatório em seu principal basilar, a repartição das funções em órgãos distintos para acusar, defender e julgar o réu, demonstrando sua incompatibilidade com a Constituição brasileira de 1988.

Nesse sentido, Cruz (2008, p. 18) afirma que não cabe ao juiz natural da causa nenhuma iniciativa probatória, mesmo antes de iniciar-se o processo penal, pois "são impertinentes e atentatórias à imparcialidade e ao modelo acusatório as iniciativas judiciais tendentes a [ ] buscar provas."

Entretanto, vige como posição dominante, a concepção de que tal dispositivo não fere o sistema acusatório quando aplicado de forma residual. Nas palavras de Capez (2011, p. 381), se referindo ao art. 156,

> [...] em razão de nosso Código de Processo Penal adotar o sistema acusatório, e não inquisitivo, tal faculdade de produção de provas pelo magistrado é supletiva, devendo, pois, ser comedida, nesse sentido, sua atuação. Somente em casos excepcionais, quando a dúvida persistir no espírito do magistrado, é que este poderá dirimi-la, determinando as diligências nesse sentido. Essa pesquisa probatória a ser efetivada pelo juiz deve restringir-se a uma área de atuação por ele delimitada, com o fito de evitar a quebra da imparcialidade.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, TJMG, (AP. 1.0024.13.378729-1/001, 1ª Câm. Pen., rel. Des. Walter Luiz, J. 05-05-2015 2015, DOJMG) já decidiu, por voto unânime, que

> [..] APELAÇÃO CRIMINAL - PENAL E PROCESSUAL PENAL - NULIDADE PROCESSUAL - PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP AO PROCEDIMENTO DA LEI Nº 11.343/06 - REJEIÇÃO - NORMA ESPECIAL SE SOBREPÕE À NORMA GERAL - LEITURA DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS NA FASE POLICIAL EM JUÍZO - VIOLAÇÃO AOS ARTS.203 E 204 DO CPP - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - MÉRITO - CRIME DE COLABORAÇÃO AO TRÁFICO - ART.37 DA LEI ANTIDROGAS - ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE E AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. **Com efeito, também o art.156 do CPP também faculta ao Juiz a iniciativa probatória, sendo assim, não há que se falar em quebra do sistema acusatório, o qual, como se vê, pela própria legislação processual penal,é mitigado diante da possibilidade legal de que o Magistrado possa, no curso da instrução, determinar a realização de diligências para dirimir dúvida acerca de ponto relevante, ou seja, in casu, a oitiva de testemunha não arrolada pelas partes** [..]. (grifos nosso).

Tal posição encontra-se em conflito com os preceitos constitucionais, pois, além de ferir o sistema acusatório, essa posição desconsidera o princípio da inocência, já que, se há dúvida quanto ao ponto divergente, significa que o órgão acusador não desincumbiu do seu ônus de provar a culpabilidade do réu, logo, ele deve ser absolvido por falta de provas que comprove a sua autoria.

Ademais, não justifica a afronta ao sistema acusatório a urgência e a relevância da produção da prova, haja vista a usurpação de função pelo magistrado.

O ônus é do órgão acusador, pois a ele compete à discricionariedade de afirmar qual prova é relevante ou urgente para provar suas alegações, ou seja, se há risco da prova se perder ou ser ela de precípua relevância. Deve, assim, o órgão acusador pleitear sua produção ao judiciário, o qual, observando o contraditório, decidirá acerca de sua produção.

Outro exemplo de resquício do sistema inquisitório que ainda paira dentro do CPP, talvez o maior deles, é a afirmação pela doutrina de que o sistema penal brasileiro é misto e não acusatório.

Em linhas gerais, o sistema processual penal misto é a junção dos sistemas inquisitório e acusatório, de modo a estabelecer "uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório" (CAPEZ, 2011, p. 83).

Assim, tendo em vista o CPP brasileiro, o qual prevê um procedimento administrativo exoprocessual[18], Nucci (2011, p. 122) afirma que

> O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva [ ].
> Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje [ ]. Essa junção do ideal (CF) com o real (CCP) evidencia o sistema misto.

[18] Trata-se do Inquérito Policial, com várias características do sistema inquisitivo, como o sigilo, previsto no artigo 20 do CPP brasileiro.

Tal concepção deturpa toda a estrutura jurídica brasileira baseada no neoconstitucionalismo, ao arrepio do seu maior postulado dogmático, calcado na supremacia da constituição sobre o restante do ordenamentos jurídicos.

Deve-se ressaltar, nesse ponto, que o neoconstitucionalismo implementou o ideal de supremacia normativa desenvolvida no constitucionalismo moderno, pois a Constituição não é apenas norma formal hierárquica superior, ela é também axiologicamente superior as demais normas, em outros termos, os valores explícitos e implícitos na Carta Magna são fundante de toda estrutura infraconstitucional, norteando o ordenamento jurídica para a concretização dos direitos fundamentais (LENZA, 2012, p. 61-62).

Logo, afirma que o sistema processual penal brasileiro é o sistema misto, afronta a Constituição brasileira de 1988, mitigando os direitos fundamentais que foram conquistados pela sociedade mediante dor e sangue, entretanto, não se pode fechar os olhos para a realidade processual penal brasileira, onde borbulham inegáveis resquícios do sistema inquisitório.

Portanto, tendo em vista os valores, as normas e normas-princípios da CF/88, o jurista não pode se acovardar diante de tais problemas ou mascarar tal realidade, devendo enfrentar o problema, apontar soluções e interpretações compatíveis com os valores e normas programáticas da CF/88.

Basta pensar no atual Inquérito Policial, que foi criado sobre o manto do sistema inquisitivo, o qual deve ser adequado os princípios e normas consagrados na Constituição de 1988, e não o contrário.

Assim, para garantir a publicidade, um dos postulados do sistema acusatório, o artigo 20 do CPP, que possibilita o sigilo do inquérito policial para a elucidação do fato, deve ser interpretado nos moldes do art. 5°, inciso LX da CF/88, que permite a mitigação da publicidade para a defesa da intimidade ou para assegurar um interesse social.

Porém, esse sigilo também deve ser entendido como uma garantia ao investigado, evitando que a publicidade de provas e indícios inconclusivos gere sua condenação social antes de uma sentença penal transitada em julgado.

Questão pertinente sobre esse assunto, haja vista o princípio da ampla defesa que inerente ao sistema acusatório, é a possibilidade do acesso pelo investigado aos termos, atos e provas dos autos de Inquérito Policial, mesmo com a decretação de seu sigilo, pois ele tem interesse jurídico direto em fiscalizar a lisura dos procedimentos investigatórios e, se quiser, colaborar com as investigações, princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Nesse sentido, a súmula vinculante número 14 do Supremo Tribunal Federal determina que

> É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Em suma, o sistema acusatório foi elevado ao status de norma constitucional com o advento da CF/88, haja vista sua instrumentalidade em concretizar os direitos fundamentais do homem, principalmente o direito à liberdade.

Em virtude desse caráter instrumental, o sistema acusatório foi alçado ao rol de garantias constitucionais do cidadão frente ao poder do Estado, pois seus postulados estão indubitavelmente difundidos em todo o texto constitucional da CF/88, principalmente em seu artigo 5°, o qual consagra os direitos fundamentais.

Portanto, deve ser extirpado do ordenamento infraconstitucional todos os resquícios do sistema inquisitivo, mesmo que para isso seja necessário construir novas sendas para o processo penal brasileiro.

2.3 A função do Ministério Público no sistema acusatório

A origem do Ministério Público é bastante controversa, mas, de uma forma geral, os trataditas apontam sua origem na França, mesmo reconhecendo antecedentes remotos, pois foi na França do século XIV que houve um caráter de continuidade de suas funções como representante do interesse social, em ruptura com a defesa exclusiva do monarca, que caracterizava um interesse particular (MORAES, 2014, p. 614).

Percebesse que a característica protuberante da visão moderna do Ministério Público está na sua instituição como órgão jurídico voltado à defesa dos interesses público.

A Constituição brasileira de 1988, dentro do seu Título IV, da organização dos poderes, elencou o Ministério Público como uma função essencial da justiça, garantindo-o em seu artigo 127 como instituição permanente, sendo-lhe incumbindo “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

O MP não é o quarto Poder do Estado brasileiro, apesar de entendimentos em contrário, pois, mesmo que esteja em capítulo diverso dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dentro do Título IV da Constituição brasileira, o artigo 2° da CF/88 determina que são Poderes da República Federativa do Brasil, independentes e harmônicos entre si, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ademais, as atribuições do MP

> [...] são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. (SILVA, 2011, p. 598).

Dentro das atribuições funcionais do MP elencadas no artigo 129 da CF/88 está a promoção privativa da ação penal pública, exteriorizando o postulado mais marcante do sistema processual penal acusatório, *ne procedat iudex ex officio*.

O MP é, portanto, parte no processo penal, exercendo

> atividade postulatória, probatória e qualquer outra destinada a fazer valer a pretensão estatal em juízo. Todavia, há que se reconhecer que o mesmo não é uma parte qualquer, porquanto age animado não por interesses privados, mas por interesses públicos, coincidentes com os escopos da atividade jurisdicional (atuação do direito material, pacificação social e asseguramento da autoridade do ordenamento jurídico). Por isso se diz, com propriedade, que o Ministério Público exerce acusação pública, não mera acusação de parte. Daí algumas peculiaridades que lhe são inerentes, como a possibilidade de impetrar *habeas corpus* [e] recorrer em favor do réu [...] (CAPEZ, 2011, p. 219).

Dessa forma, o Ministério Público é uma "instituição de caráter público que representa o Estado-Administração, expondo ao Estado-Juiz a pretensão punitiva." (CAPEZ, 2011, p. 219), ou seja, o *jus puniend*[19] do Estado, concretizado por uma sentença penal transitada em julgado proferida pelo Poder Judiciário, só pode ser alcançado pelo exercício do *jus persequend*[20], que é atribuido ao MP.

Isso decorre da impossibilidade do exercício da autotutela dentro do Direito Penal, incumbido ao Estado o exercício exclusivo do *jus puniend* frente aos infratores das normas penais (GRECO FILHO, 2010, p.41-42). Logo, em decorrência da previsão constitucional do sistema acusatório, o Estado-Administrativo, encarnado no MP, pede ao Estado-Juiz a constituição do seu *jus puniend* por meio do processo penal.

Nesse ponto, deve-se ressaltar que o *jus persequend*, apesar de ser um direito/dever do Estado, é exercido por sujeitos processuais distintos quando se tratar de ação penal pública e ação penal privada. No primeiro, o *jus persequend* e exercido pelo Ministério Público em

[19] Expressão latina que significa direito de punir.
[20] Direito/dever subjetivo de promover um processo para formação do *jus puniend*.

virtude do art. 129, inciso I, da CF/88, no segundo é exercido pelo querelante, nos crime em que a Lei determina a iniciativa persecutória à vítima.

Isso decorre da sobreposição de interesses, pois há infrações penais que ofendem mais a intimidade da vítima do que o interesse público, fazendo com que o legislador lhe entregue o *jus persequend*. "Nestas hipóteses, a persecução criminal é transferida excepcionalmente ao particular que atua em nome próprio, na tutela de interesse alheio." (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 218).

Diante do que foi exposto, fica nítido que a Constituição brasileira de 1988, ao consagrar o sistema acusatório em seu texto, incumbiu ao Ministério Público, órgão independente e autônomo, o exercício do *jus persequend* nos crimes de ação penal pública como uma de suas funções precípuas, atuando dentro do processo penal como parte processual, garantindo a imparcialidade do julgador.

3. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 385 DO CPP COM A CF/88

O Processo Penal brasileiro ganhou uma nova roupagem com a consagração da Constituição brasileira de 1988, pois a proclamação dos direitos e garantias fundamentais e a ascensão do sistema penal acusatório a status de norma constitucional, inauguraram a busca pela eficácia da instrumentalidade do Processo Penal como limitador do *jus puniend* do Estado.

Essa mudança pode ser percebida, de plano, pela simples leitura do artigo 5°, inciso LIV, da Constituição de 1988, já que o constituinte, ao elencar o princípio do devido processo legal como uma garantia fundamental, alçou o processo penal a condição necessária para que o Estado exerça seu *jus puniend*.

Nesse sentido, Greco Filho (2010, p.40) salienta que o "processo constitucionalmente estruturado [...] atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessa garantia".

Dessa forma, o Direito Processo Penal brasileiro foi reestruturado para dar eficácia vertical a esses preceitos fundamentais, o que culminou, principalmente, na declaração da não recepcionalidade[21] de diversos artigos do Código de Processo Penal brasileiro de 1941, bem como na releitura de diversos preceitos, adequando-os aos parâmetros constitucionais.

É nessa senda que se faz necessário uma análise do artigo 385 do CPP, o qual determina que, "nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição [...]".

Mesmo após 27 anos da promulgação da Constituição de 1988, alguns doutrinadores apontam a incompatibilidade deste dispositivo com as normas constitucionais da Carta de 1988, haja vista a consagração de todos basilares do sistema processual acusatório no texto constitucional, conforme salientado no capítulo anterior.

Ressalta-se que a discussão sobre a recepcionalidade do artigo 385 do CPP é extremamente complexa, pois envolve a essência da estrutura processual penal brasileira, um dogma ainda arreigadp por resquícios do sistema penal inquisitório, o que vem de encontro

[21] O fenômeno da recepção é a declaração de validade e eficácia de um ordenamento infraconstitucional pretérito a uma nova Constituição, pois este ordenamento não é materialmente contrario aos preceitos da nova Carta Constitucional, podendo continuar regendo a matéria a qual foi destinado. Se isso não ocorre-se, haveria um caos jurídico em decorrência da anomia jurídica (BRANCO. 2011, p. 123).

com a função instrumental do processo penal, qual seja, meio de defesa do acusado frente ao poder descomunal do Estatal.

Além desse fato, a doutrina e a jurisprudência, de forma geral, não se debruçam sobre o tema, e, quando o fazem, trata-o de forma perfunctória.

Corroborando para tal assertiva, Lopes Jr. (2013, p. 1097) assevera que "dificilmente essa matéria é levada à discussão nos tribunais brasileiros e, mais raro ainda, é que tratam da problemática de forma adequada, ou seja, para além do reducionismo do 'está na lei e basta'".

Para elucidar esse fato, basta apontar que Capez (2011, p. 521), um dos mais tradicionais processualistas penais brasileiros, apenas transcreve o disposto no art. 385 do CPP, ressaltando que as agravantes de natureza objetiva devem estar descritas, mesmo que implicitamente, na denúncia ou queixa subsidiária para não ferir o princípio da correlação.

Dessa forma, neste capítulo serão expostos os argumentos jurídicos utilizados para embasar a recepcionalidade e a não recepcionalidade do artigo 385 do CCP pela Constituição brasileira de 1988, apontando ainda alguns julgados dos Tribunais de Justiça e do STJ, expondo ao final a posição mais adequada com a Constituição brasileira de 1988.

3.1 A ESSÊNCIA DA RECEPÇÃO DO ARTIGO 385 DO CPP

Os defensores da recepcionalidade do artigo 385 do CPP embasam seu posicionamento jurídico na independência funcional do Poder Judiciário, apoiada na vedação da usurpação da competência funcional do Poder Judiciário, na indisponibilidade do *jus puniendi*, no livre convencimento motivado e no dogma *nihil factum dabo tibi jus*[22].

A função do Direito é regular as atividades/condutas do homem enquanto ser social, sendo desenvolvida por meio de uma "atividade valorativa ou axiológica orientada para realizar a ordem, a segurança e a paz social [...], impondo-se como princípio da vida social." (Venosa, 2011, p. 4).

Por essa razão, a sociedade criou diversos mecanismos dentro dos vários ramos do Direito para coibir a transgressão de suas normas, permitindo a manutenção da coesão e pacificação social.

É nesse contexto que o Direito Penal deve ser compreendido, pois sua finalidade

[22] A tradução desse dogma é "dá-me os fatos que te darei o direito" (MILLER, 1994, p.6).

> é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, [...] [tutelando] os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito (GRECO, 2011 p. 02)

Assim, o Direito Penal pacifica a sociedade quando puni os transgressores, infligindo-os uma pena com função de retribuição, ressocialização e prevenção (CUNHA, 2015, p. 385).

Nesse contexto, o exercício do *jus puniendi* no ordenamento jurídico brasileiro é monopólio do Estado, pois "os bens tutelados pelas normas penais são eminentemente públicos, e a sociedade é o principal sujeito passivo do crime" (NABETA, 2015).

Outro motivo justificante desse monopólio está calcado na acepção do Estado como instituição representativa da ordem política da sociedade (BONAVIDES, 2001, p. 64), evitando que as funções retributivas e preventivas da pena, provenientes do *jus puniendi*, se revelem como um mero instrumento de uma vingança privada em detrimento da justiça sociojurídica.

Nesse sentido, Mirabete (2002, p. 39) afirma que o processo penal possui duas finalidades; mediata e imediata.

> A finalidade mediata do processo penal se confunde com a do Direito Penal, ou seja, é a proteção da sociedade, a paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação. O fim direto, imediato, é conseguir, mediante a intervenção do juiz, a realização da pretensão punitiva do Estado derivada da prática de uma infração penal [...]

Mas esse direito do Estado não é exercido de forma incondicionada, pois isso permitiria que grupos sociais abastados de poder o utilizasse para fins particulares, mitigando ou exaurindo a função instrumental do *jus puniendi*.

Dessa forma, para que o Estado possa exercer seu direito de punir, é necessário que o Estado-Juiz constitua esse direito após um processo que respeite todas as garantias constitucionais do réu.

Essa competência do Estado-Juiz decorre do art. 2° da Constituição brasileira de 1988, que consagrou o princípio da separação dos poderes, sendo que o texto constitucional incumbiu ao Poder Judiciário, como função típica, o exercício do poder jurisdicional, que consiste em aplicar a lei no caso concreto, dirimindo os conflitos que lhe são levados (LENZA, 2012, p. 483).

A função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário é uma garantia fundamental individual, pois ela é um pressuposto do princípio do juiz natural, consagrado no art. 5°, LIII, da Constituição de 1988.

Se o princípio do juiz natural impõe como garantia fundamental a tramitação do processo penal perante um juízo competente e julgamento por um juiz imparcial, é decorrência lógica que o Poder Judiciário exerça como atividade típica a função jurisdicional.

É com base nessa hermenêutica sistemática que é possível afirmar que o art. 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição de 88, já que, ao vincular a sentença absolutória ao pedido de absolvição do Ministério Público, estaria, por vias transversas, ferindo a garantia constitucional do juiz natural, pois quem decidiria pela absolvição do réu seria o titular da ação penal pública, sendo relegado ao magistrado apenas a 'homologação' do pedido de absolvição.

Outro motivo elencado pela doutrina em defesa da possibilidade do magistrado condenar o réu nos crimes de ação penal pública, mesmo com o pedido de absolvição do Ministério Público, está calcado na indisponibilidade do *jus puniendi.*

Nucci (2011, p. 670) afirma que

> Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outro não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso.
> Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas plena necessidade de se produzir a acusação e, consequente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la.

Fomentando esse entendimento, Greco Filho (2013, p.361) lembra que se o parecer do Ministério Público propondo a absolvição fosse vinculante, estaria ele dispondo, indiretamente, da ação penal pública.

A indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública, em última analise, estão ligadas ao *jus puniendi* do Estado, pois, visando à pacificação social, o Estado avocou para si o direito de punir os transgressores das normas penais, banindo da sociedade a justiça privada (LOPES JR. 2013. p.75).

Se o Estado é o detentor do monopólio punitivo, não se pode permitir que o utilize de forma seletiva ou com juízo de oportunidade e conveniência, haja vista que tais possibilidades vão de encontro ao senso de justiça social.

Assim, como forma de proteção ao cidadão e da sociedade, essa, sempre vítima indireta do fato delituoso, o exercício do *jus puniendi* do Estado não pode ser visto como um direito, mas como dever político e jurídico que mantém a ordem e coesão social, pois esse dever é uma forma de manifestação da soberania interna do Estado, "[...] que deflui de seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada da sociedade" (BONAVIDES, 2001, p. 147).

Percebe-se, portanto, que o julgador, ao condenar o réu, mesmo com o pedido de absolvição do titular da ação penal pública, está resguardando um direito/dever indisponível do Estado, consagrado nos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública.

Ressalta-se que o julgar, observando o princípio constitucional do livre convencimento motivado e o princípio da verdade real, somente poderá permitir que o *jus puniendi* "[...] seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa [...]" (MIRABETE, 2002, p. 44), ou seja, se, ao sentenciar, o magistrado observar que foi comprovado a autoria do crime, deve, mesmo com o pedido de absolvição do titular da ação penal pública, condenar o réu, pois seu convencimento é livre dentro dos limites dos fatos descritos na denúncia e nas provas arrecadadas nos autos.

Dessa forma, opera-se dentro do processo penal a máxima do *nihil factum dabo tibi jus* "[...] como expressão da função jurisdicional penal, a importar a correta aplicação da lei, independentemente da atuação das partes." (PACELLI, 2014, p.664)

Nesse sentido, cita-se as seguintes decisões

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 241 DO ECA. CONDENAÇÃO PAUTADA EM ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE,NA PRESENTE VIA RECURSAL. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ.PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO PARQUET. NÃO VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO. DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ART. 385 DO CPP. AGRAVOREGIMENTAL IMPROVIDO. [...] 2. **O pedido de absolvição do denunciante não vincula o julgador, que tem liberdade de decidir de acordo com seu livre convencimento.** 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1358590 SC 2012/0267135-2, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Data de Julgamento: 23/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2013)

> ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM MENOS DE 14 ANOS DE IDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ART. 224, 'a', DO CP. **MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA APELARAM EM FAVOR DO RÉU QUESTIONANDO PRELIMINARMENTE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP** E NO MÉRITO PUGNARAM PELA ABSOLVIÇÃO DO RÉU POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. **DISPOSITIVO QUESTIONADO CONSTITUCIONAL.** O JULGADOR NÃO ESTÁ VINCULADO À MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE, EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS, REQUER A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. AUTORIA E MATERIALIDADE DOS FATOS NARRADOS NA DENÚCIA DEVIDAMENTE COMPROVADOS. PALAVRA DA VÍTIMA EM HARMONIA COM OS ELEMENTOS DE PROVA. **IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO** [...] 1- **A decisão do Juiz não é vinculada pelas alegações finais apresentadas pelo Ministério Público, podendo ele condenar o réu, mesmo quando o parquet opina pela absolvição. Havendo provas para julgar o feito, condenando o réu, o juiz não fica vinculado à opinião do Ministério Público, quando este requerer a absolvição. Inteligência do art. 385 do Código de Processo Penal.** [...] (TJ-PR - ACR: 5565011 PR 0556501-1, Relator: Miguel Pessoa, Data de Julgamento: 29/10/2009, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 268)

Em suma, o art. 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição brasileira de 1988, haja vista sua consonância com a função constitucional do poder judiciário, o qual, amparado pelo princípio constitucional do livre convencimento motivado e o dogma do *nihil factum dabo tibi jus*, é livre para condenar o réu mesmo com o pedido de absolvição do titular da ação penal pública.

Se assim não o fosse, o sistema processual penal brasileiro iria de encontro com o princípio constitucional do juiz natural, transferindo indiretamente a função jurisdicional ao titular da ação penal.

3.2 A incompatibilidade do art. 385 do CPP com a Constituição brasileira de 1988, desmistificando o juiz onipotente

A Carta constitucional de 1988 trouxe nova sistemática para o Direito Processual Penal, criando nova concepção do processo penal em detrimento da dogmática do CPP.

> Se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta [...]. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal,

> mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. (PACELLI, 2014, p.8)

Uma das mudanças marcantes para o processo penal, com a nova Carta constitucional, foi a ascensão do sistema processual acusatório a status de norma constitucional, o que implicou na incompatibilidade do disposto no art. 385 do CPP com a Constituição brasileira.

Conforme salientado no segundo Capítulo, o sistema processual penal brasileiro, conforme art. 27 do CPP, foi confeccionado sobre os moldes do processo penal acusatório, todavia, vários dos seus postulados fundantes foram mitigados ou excepcionados pelo próprio CPP.

Nesse contexto, o art. 385 do CPP estava em total consonância ao ordenamento processual penal, pois a possibilidade do magistrado condenar o réu nos crimes de ação penal pública, mesmo com o pedido de absolvição do titular da ação penal, era uma exceção ao sistema processual acusatória criada por fonte normativa de mesma hierarquia.

Porém, a Constituição de 1988 inverteu esse quadro, trazendo para seu texto todos os princípios norteadores do sistema acusatório, e não apenas a exigência da distinção entre órgão acusador e julgador.

Basta lembrar que CF/88 consagrou em seu texto os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência, da legalidade, da isonomia (tratamento paritário das partes), da adstrição, do livre convencimento motivado e do juiz natural.

A sistematização de todos os princípios/elementos do sistema acusatório no texto constitucional decorre da proeminência de que uma mera distinção entre acusador e julgador dentro do processo penal, conforme a estrutura processual do CPP de 1941, não impede que o juiz assuma um papel claramente inquisitorial, ferindo a igualdade das partes, mitigando o contraditório e a própria estrutura dialética do processo (LOPES JR, 2008).

Desse modo, vige no Direito Processual Penal brasileiro o sistema acusatório-constitucional, o qual foi concebido como um limitador do *jus puniendi* do Estado, evitando abusos como outrora difundidos por meio do sistema inquisitório.

Em seu art. 129, I, a Constituição de 1988, para garantir o postulado da distinção entre órgão acusador e julgador, atribuiu-se ao Ministério Público o exercício privativo da pretensão acusatória nas ações penais pública.

Percebe-se que o Estado exerce dualidade de papeis, porém, por órgãos distintos, já que, o Estado-Administração, representado pelo Ministério Público, pleiteia ao Estado-Juiz a constituição do *jus puniendi* (CAPEZ, 2011, p. 153).

Essa dualidade de funções, mesmo que proveniente do próprio Estado, são complementares e imprescindíveis, pois o *jus puniendi* é condicionado a manifestação do Estado-Juiz, que, por sua vez, é condicionado pelo exercício da pretensão punitiva do Estado-Administração.

Nesse sentido, Lopes Jr. (2013, p. 1095-1096), afirma que

> O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém.
> Como conseqüência, **não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação**, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. [...] Essa construção é inexorável, se realmente se quer efetivar o projeto acusatório da Constituição. Significa dizer: aqui está um elemento fundante do sistema acusatório. (grifos do autor)

Fica evidente a incompatibilidade do disposto no art. 385 do CPP com a Constituição, pois permite que o Estado-Juiz usurpe a função constitucional do Estado-Administração, haja vista que o texto constitucional concedeu ao Ministério Público o exercício privativo do direito de ação, compreendido como um "direito subjetivo público de pleitear ao Poder Judiciário uma decisão sobre uma pretensão" (GRECO FILHO, 2013, p.123).

Salienta-se que do "crime nasce a pretensão punitiva estatal, mas não o direito de ação, que preexiste à prática da infração penal [...]" (NUCCI, 2011, p. 187), ou seja, o direito de ação é autônomo, não podendo ser confundido com a pretensão da tutela do direito material.

Endossando tal assertiva, Távora (2015, p. 55) afirma que esse direito subjetivo é desvinculado do direito material, já que "para cada direito material há uma ação que o tutela, ou seja, para a diversidade de crises jurídicas existe uma pluralidade de tutelas jurisdicionais aptas a solvê-las".

Nesse ponto cabe fazer uma observação, a doutrina majoritária, conforme os autores acima citados, consagram que o conteúdo da pretensão jurídica no processo penal é a pretensão punitiva, aderindo, dessa forma, a teoria de Binding (LOPES JR., 2013, p. 153).

Contudo, esse posicionamento se mostra inadequado ao processo penal, pois induz ao entendimento que o exercício do jus puniendi pode ser concretizado/ realizado fora do processo penal, sem a manifestação do Estado-juiz.

> (...) para BINDING, o Estado comparece no processo penal através do MP da mesma forma que o particular no processo civil (...). **No Direito Civil existe a "exigência jurídica", pois existe a possibilidade de efetivação do Direito Civil fora do processo civil** (ao contrário do Direito Penal, que só possui realidade concreta através do processo penal) e a pretensão só nasce quando há a resistência, a lide. Logo, o autor no processo civil (verdadeiro credor na relação de direito material) pede ao juiz a adjudicação de um direito próprio, que diante da resistência ele não pode obter. Essa exigência jurídica existe antes do processo civil e nasce da relação do sujeito como bem da vida.
> Isso não existe no processo penal. **Não há tal "exigência jurídica" que possa ser efetivada fora do processo penal**. O Direito Penal não tem realidade concreta fora do processo penal (....), **o Ministério Público (ou querelante) não pede a adjudicação de um direito próprio, porque esse direito (potestativo) de punir não lhe corresponde, está nas mãos do juiz. O Estado realiza seu poder de punir não como parte, mas como juiz**. Não existe relação jurídica entre o Estado-acusador e o imputado, simplesmente porque não existe uma exigência punitiva nas mãos do acusador e que eventualmente pudesse ser efetivada fora do processo penal (...) (grifos nossos) (LOPES JR., 2013, 154/155)

Por isso, a pretensão jurídica no processo penal é acusatória, e não punitiva, já que o poder de imposição de uma sanção penal é anterior ao processo, pois provém do delito.

Dessa forma, o *Parquet*, no exercício do direito de ação, manifesta a pretensão acusatória por meio da denúncia, sendo que durante todo o processo penal, em cada manifestação desse órgão, há o exercício daquele direito, que pode ser destinado à formação do *jus puniendi* do Estado-juiz, consubstanciado na manutenção da pretensão acusatória emanada na denúncia, ou para a absolvição do réu.

Quando um magistrado condena o réu, mesmo com o pedido de absolvição feito pelo MP, invocando a proteção do *jus puniendi* por meio dos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública, avocando, para si, a função do órgão acusador, demonstrando uma clara manifestação inquisitiva, além de suplantar o direito de ação do *Parquet* que, no seu exercício, manifestou uma pretensão destinada à absolvição do réu.

Não há que se discutir que os princípios limitadores/ norteadores do exercício da ação penal pública (princípio da legalidade, indisponibilidade e obrigatoriedade) são, em essência, políticas criminais destinadas a evitar o árbitro do órgão acusador, que poderia exercer seu direito de forma seletiva, imoral e omissa.

Contudo, se o magistrado puder condenar o réu, mesmo diante do pedido de absolvição, sob o argumento jurídico de que essa manifestação fere os princípios balizadores do exercício do direito de ação, estaria se admitindo, salvo não houvesse expressa vedação na parte final do art. 28 do CPP[23], a possibilidade da utilização da mesma análise argumentativa diante de um pedido de arquivamento de uma peça investigatória feita pelo órgão de acusação.

Nesse sentido

> APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS - VINCULAÇÃO DO JULGADOR - SISTEMA ACUSATÓRIO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA. I - **Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador**. II - O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor. III - Afirma-se que, **se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório.** IV - A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público [...] (TJMG - Apelação Criminal 1.0309.10.003324-5/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 20/09/2011, publicação da súmula em 03/10/2011) (grifos nossos)

Ademais, a condenação do denunciado, mesmo diante de um pedido de absolvição pelo MP, fere os princípios da adstrição ou da correlação, arrimo da eficácia do princípio do contraditório e da ampla defesa, os quais se vincula diretamente ao sistema acusatório, no

---

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

viés/ pilar do princípio da inércia da jurisdição – *ne procedat iudex ex officio* (LOPES JR, 2013, p. 1100).

A doutrina majoritária, a exemplo de NUCCI (2011, p. 664/665), interpreta o princípio da adstrição no processo penal como encarnação do dogma do *nihil factum dabo tibi jus*, haja vista o disposto nos artigos 41 e 383 do CPP, os quais afirmam, respectivamente, que a denúncia deverá conter, dentre outros requisitos, a exposição do fato criminoso com todas suas circunstâncias, sendo que o magistrado, "sem modificar a descrição do fato contido na denúncia, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave".

> Afirma-se, com isso, que o pedido seria sempre genérico, no sentido de com ele se viabilizar a correta aplicação da lei penal, independentemente da alegação do direito cabível trazida aos autos pelas partes. O Juiz Criminal estaria vinculado apenas à imputação dos fatos, atribuindo-lhes, uma vez reconhecidos, a consequência jurídica que lhe parecer adequada, tanto no que respeita à classificação (juízo de tipicidade) quanto à pena e à quantidade de pena a ser imposta. (PACELLI, 2015, p. 646)

Segue, nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais superiores, *in verbis:*

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TESE DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO OU DA CONGRUÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 383 DO CPP. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]
> 2. **Nos termos da jurisprudência do STJ**, **à luz do princípio da correlação ou da congruência**, **o juiz está adstrito aos limites da acusação, sendo-lhe defeso afastar-se dos fatos descritos na denúncia, podendo, contudo, sopesar as provas e decidir de acordo com seu livre convencimento**, o que ocorreu na espécie. [...] (HC 135.102/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016) (grifos nossos)

Todavia, a aplicação do princípio da adstrição, apenas sobre esses moldes, não se coaduna com a nova sistemática jurídica implantada pelo Constituição de 88.

Pode-se subtrair dos ensinamentos de Lopes Jr (2013, p. 1098/1102), a verdadeira extensão da correlação entre acusação e sentença, que é formada pelo trinômio pretensão acusatória, contraditório e direito de defesa.

A denúncia é a moldura da imputação feita pelo órgão de acusação, que delimita todos os substratos do fato delituoso, tais como circunstâncias de tempo, lugar, conduta, modo

e autoria (art. 41, do CPP), sendo, portanto, a primeira manifestação da pretensão acusatória do Estado.

O órgão de acusação renova sua pretensão acusatória em todas a suas manifestações, seja requerendo a produção e colheitas de provas, pleiteando medidas cautelares, interpondo recursos ou exercendo contraditório sobre todas as manifestações do acusado, podendo, caso assim entenda, pugnar pela a absolvição do acusado.

Destaca-se que pedido de absolvição não vai de encontro aos balizadores do direito de ação (princípio da legalidade, indisponibilidade e obrigatoriedade), pois o órgão de acusação, diante da ausência de pressupostos da manutenção do seu direito de ação, não pode exercê-lo, sob pena de incorre em ilegalidade, indo, dessa forma, contra esses princípios, que visam, em sua essência, evitar arbitrariedades pelo órgão de acusação.

É nesse ponto que se observa que o pedido de absolvição é clara manifestação da sua pretensão acusatória, todavia, sobre seu viés negativo, já que "(...) o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém." (LOPES JR., 2013, p. 159)

Por isso, apesar da importância da denúncia como delimitador da imputação feita pelo órgão de acusação, a correlação deve ser feita de uma análise mais ampla, que é emanada pela pretensão acusatório, exercida por todo o curso do processo penal.

O contraditório e o direito de defesa agem, nesse contexto, complementarmente a pretensão acusatória para fixar os parâmetros de correlação entre acusação e defesa, uma vez que "o binômio informação-reação deve pautar o campo decisório, não podendo o juiz decidir sobre questões que não foram debatidas pelas partes no processo." (LOPES JR., 2013, p. 1101).

Assim, a dialética processual penal não se restringe apenas aos fatos imputados, vai muito além disso, pois a essência da dialética decorre do exercício pretensão acusatória em contraditório, assegurando ao réu, como forma de efetivação do contraditório, o direito à ampla defesa.

Essa concepção do princípio da adstrição ganha mais força com a Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), que trouxe novos contornos processuais para o ordenamento brasileiro, dentre dos quais, destaca-se à busca pela efetividade do contraditório, já que, conforme a doutrina moderna, o contraditório só alcança sua plenitude quando reflete o direito de "ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar" (MENDES, 2011, p.494).

Dispõe o CPC/2015 que

> Art. 10. **O juiz não pode decidir**, em grau algum de jurisdição, **com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar**, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.
> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - **não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador**;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (grifos nossos)

Assim, por força do art. 3° do CPP, esses dispositivos possui aplicabilidade no processo penal, haja vista sua consonância com o sistema acusatório e os princípios e garantias informadores do processo penal (LIMONGI, 2015), reforçando a exigência de correlação entre a decisão com o trinômio pretensão acusatória, contraditório e ampla defesa.

Diante de tudo que foi exposto, fica claro que o art. 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição de 1988, pois a possibilidade de condenação do acusado quando o órgão de acusação pleiteia sua absolvição ataca diretamente o sistema acusatório previsto na Constituição, já que o magistrado suplanta o direito de ação conferido constitucionalmente ao Ministério Público, se substituindo ao exercício da pretensão acusatória do órgão de acusação, em clara ingerência funcional, mitigando, ainda, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

3.3 Cenário atual da constitucionalidade do art. 385 do CPP.

Conforme foi apresentado neste capítulo, as duas correntes que analisam a compatibilidade do art. 385 do CPP com a Constituição brasileira de 1988 se valem de vasta argumentação jurídica para a defesa de seu posicionamento, lançando mão de uma análise sistemática do processual penal decorrente da CF/88.

A análise da compatibilidade desse dispositivo com a constituinte vigente está calcada na independência funcional do Poder Judiciário, pois a ele foi incumbido a função

jurisdicional, consistente na aplicação do direito ao caso concreto, dirimindo conflitos e pacificando a sociedade.

Assim, ao vincular a decisão do magistrado a manifestação do Ministério Público, transfere-se indiretamente a função jurisdicional, que é exclusiva do Poder Judiciário, para o órgão de acusação, uma vez que não haverá margem de decisão ao magistrado, cabendo-lhe uma mera homologação do pleito absolutório do órgão ministerial.

Ademais, o princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 93, IX, da CF/88, garante ao magistrado uma livre apreciação das provas colhidas nos autos, vedando, dessa forma, que a convicção do órgão de acusação a substitua, ou seja, o magistrado tem o dever funcional de proferir decisão condenatória quando, pelas suas convicções, vislumbrar prova da materialidade delitiva e culpa do acusado, independentemente do juízo de responsabilização proferido pelo o órgão de acusação.

Contudo, diante da sistemática garantista implantada pela CF/88, essa não é a interpretação mais adequada acerca da recepcionalidade do art. 385 do CPP.

A CF/88, ao constitucionalizar todos os substratos do sistema acusatório, modificou drasticamente a estrutura processual penal brasileira, uma vez que o processo penal tornou-se verdadeiro óbice ao exercício do *jus puniendi*.

Nesse novo contexto jurídico, o Ministério Público ganhou a titularidade constitucional do direito de ação, vinculando a decisão do magistrado ao exercício do direito de ação, o qual é exercida durante todo processo penal, seja para pleitear uma condenação ou uma eventual absolvição.

“Isso se dá porque o poder de penar – que é do juiz – está condicionado à existência de uma pretensão acusatória” (MARTELETO FILHO, 2009, p. 209).

Portanto, quando o magistrado condena o acusado, mesmo diante de um pedido de absolvição do órgão de acusação nas ações penais públicas, o juiz está usurpando a função constitucional do MP, em nítida atuação inquisitorial, pois exerce, cumulativamente, a pretensão acusatória e jurisdicional.

Além disso, essa decisão é eivada de flagrante desrespeito ao contraditório, pois os argumentos jurídicos e fáticos utilizados para condenação do acusado não foram debatidos pelas partes, impossibilitando que elas influenciassem na convicção do magistrado.

Destaca-se que o contraditório deve ser concebido como pressuposto do livre convencimento motivado, ou seja, o campo decisório/ convencimento do magistrado é delimitado pelas razões de fatos e de direito apresentados pelas partes.

Assim, o art. 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição de 1988, haja vista sua incompatibilidade com o sistema acusatório previsto na CF/88.

Diante disso, surge a seguinte indagação: Se o magistrado está vinculado a pleito absolutório do MP, o juiz deverá absolver o réu, mesmo diante de flagrante erro crasso ou conluio entre o membro do MP com o acusado?

Em uma análise afoita, essa seria uma conclusão lógica, contudo, conforme salientado anteriormente, o princípios reitores do exercício do direito de ação do MP (indisponibilidade e obrigatoriedade) vedam essa atuação irregular do órgão de acusação, porém, também não legitimam que o Poder Judiciário se substitua ao exercício do direito de ação do MP.

Deve-se, para solucionar esse impasse, aplicar o art. 28 do CPP, por analogia, *in verbis*:

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

Dessa forma, o juiz deve remeter os autos ao Procurador-geral de Justiça, para que ele analise se o membro do MP se desvinculou dos princípios norteadores do exercício do direito de ação, podendo, por ser membro integrante do órgão de acusação, pleitear eventual condenação ao verificar alguma irregularidade.

Por fim, frisa-se que a doutrina majoritário e a jurisprudência consolidada nos tribunais defendem que o art. 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição brasileira de 1988, sendo que o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (2009, p. 105) mantém quase que a integralidade textual do art. 385, *in verbis*;

> Art. 407. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.
> §1° Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.
> §2° Tratando-se de infração da competência de outro juízo, em razão da matéria, a este serão encaminhados os autos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, neste trabalho, analisar a compatibilidade do art. 385 do Código de Processo Penal com a Constituição brasileira de 1988, o qual permite que o magistrado profira decisão condenatória mesmo diante do pedido de absolvição do Ministério Público.

Verificou-se que, mesmo após 27 anos da promulgação da constituinte, não há unanimidade quanto a recepcionalidade desse dispositivo pela CF/88, sendo que, diante da necessária concretização da eficácia vertical dos direitos fundamentais, alguns doutrinadores prescrevem que esse dispositivo é incompatível com a nova sistemática constitucional, pois a Constituição vigente, além de consagrar em seu texto todos os pilares do sistema acusatório, concedeu ao Ministério Público a titularidade da pretensão acusatória, nas ações penais de iniciativa pública, vedando, como consequência lógica, que a norma infra legal transfira ao Poder Judiciário seu direito de ação.

A fim de analisar a compatibilidade do art. 385 do CPP com a Constituição brasileira de 1988, iniciou-se o trabalho buscando elencar e delimitar os principais princípios do Direito Processual Penal brasileiro ligados diretamente a problemática em tela, uma vez que eles alicerçam a estrutura da dogmática jurídica, proporcionando um sistema lógico e integrado.

Para tanto, elencou-se, primeiramente, o princípio constitucional do devido processo legal, tendo em vista sua amplitude, já que todos os demais princípios, garantias, procedimentos e formalidades processuais são por ele emanado. Assim, o plano de eficácia desse princípio somente é concretizado pela observância das ‘regras do jogo’ processual.

Em seguida, tratou-se dos princípios constitucionais da presunção de inocência, dos princípios intrínsecos do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, do livre convencimento motivado, e dos princípios decorrentes da adstrição, verdade real, do promotor natural, da obrigatoriedade da ação penal e da indisponibilidade da ação penal, demonstrando o viés garantias do processo penal brasileiro, o qual deve ser, diante da nova sistemática implantada pela CF/88, compreendido como meio de defesa do indivíduo frente ao Estado, que o é superior em termos de poder, em virtude de sua estrutura, aparato coercitivo e poder político-econômico.

Na sequência, visando subsidiar elementos para discussão da problemática desse trabalho, apresentou-se a distinção entre os sistemas processuais inquisitórios e acusatório, discutindo-se, ainda, qual sistema foi adotado pelo ordenamento pátrio e a função do Ministério Público na dinâmica processual penal implantada pela CF/88.

Viu-se que o sistema inquisitorial é assimétrico ao sistema acusatório, pois, finalisticamente, buscam, respectivamente, a primazia da função repressiva do poder punitivo e da defesa do acusado frente ao Estado.

Assim, a implantação do sistema inquisitório visou a manter a harmonia social por meio da máxima efetivação do poder punitivo, tendo como características marcantes a concentração de poder, conferindo a um órgão/ pessoa as atribuições de acusar e julgar, o sigilo do processo, ausência de contraditório e a defesa como peça decorativa do processo.

Por outro lado, o sistema acusatório, moldado sobre valores democráticos e no princípio da dignidade da pessoa humana, preza pela liberdade do acusado, servido como seu instrumento de defesa frente ao poder do Estado, porque esse sistema almeja à imparcialidade do julgador, impedindo que exerça a função acusatória e a iniciativa probatória, ao tratamento igualitário entre as partes processuais por meio do contraditório e defesa, além de instituir mecanismos de controle da atuação jurisdicional por meio do princípio do livre convencimento motivado, publicidade e da impugnação das decisões.

A partir dessa distinção, analisou-se no presente trabalho qual sistema processual penal é adotado pela ordenamento pátrio, momento em que apontou-se que a Constituição brasileira de 1988 modificou a sistemática jurídica, uma vez que positivou em seu texto todos os pilares do sistema acusatório, exigindo uma releitura de todo Código de Processo Penal.

Após, discutiu-se a função do Ministério Público, o qual exerce com primazia a titularidade do *jus persequend* nos crimes de ação penal pública, atribuição definida no artigo 129 da CF/88, ou seja, ele exerce a função de órgão de acusação, lhe sendo imposto o ônus destinado a efetivar a pretensão acusatória, sempre agindo em nome e no interesse da sociedade, pois sua atuação, no sistema processual acusatório, é condição necessária a formação do *jus puniend*.

Por fim, após ser delimitado os princípios norteadores do Direito Processual brasileiro e analisar o sistema processual penal vigente em conjunto com função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público, buscou-se estudar, pormenorizadamente, as argumentações jurídicas utilizadas para defesa da recepcionalidade ou incompatibilidade do art. 385 do CPP frente aos novos panoramas jurídicos trazidos pela CF/88.

Foi exposto que a defesa da compatibilidade desse dispositivo com a constituição vigente decorre da independência funcional constitucionalmente assegurada ao Poder Judiciário, pois, vincular a decisão do magistrado ao pedido de absolvição do MP, significa transferir indiretamente ao órgão de acusação a função jurisdicional, além de desconsiderar o princípio constitucional do livre convencimento motivado, impedindo que o julgador coteje as

provas dos autos com os fatos narrados na denúncia, para auferir a materialidade delitiva e a culpabilidade do acusado.

E, sentido contrário, demonstrou-se que a defesa pela não recepcinalidade do art. 385 do CPP parte da constitucionalização do sistema processual penal acusatório, principalmente pela atribuição constitucional do Ministério Público como órgão de acusação nas ações penais públicas, ou seja, o MP exerce o direito de ação, sendo vedado ao magistrado se substituir à pretensão acusatória daquele órgão, mesmo que essa seja emanada por um viés negativo (pedido de absolvição).

Concluiu-se, ao final desse trabalho, que a doutrina majoritária e a jurisprudência defendem que o art. 385 do CPP encontra-se em total consonância com a CF/88, havendo, em contrapartida, alguns precedentes judiciais prelecionando que tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição brasileira de 88.

Contudo, em que pese os argumentos da corrente majoritária, demonstrou-se que a posição minoritária é tecnicamente mais adequada com a sistemática trazida pela Constituinte, pois o processo penal transmutou-se em verdadeiro óbice ao exercício do *jus puniendi*, sendo que o juiz é mais um limitador do que um facilitador de sua constituição, uma vez que ele só pode proferir decisão condenatória quando provocado pela pretensão acusatória do órgão de acusação, o qual detém o ônus probatório dos fatos imputados na denúncia.

Desse modo, o trabalho demonstrou que o art. 385 do CPP é incompatível com a Constituição brasileira de 1988, implicando na sua não recepcionalidade.

REFERÊNCIA

ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito processual penal*. 7ª edição revista, 2010. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/avulsas-Colecao%20Sinopses-%20Processo%20Penal%20-%20parte%20geral%20-%20v.7%20-%203a%20ed.pdf>. Acesso em: 10 mar.2015.

BONAVIDES, Paulo. *Ciências Políticas*. 10. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Noções Introdutórias". p. 45-116. MEDES, Gilmar Ferreira (Org.). *Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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>. Acesso em: 5 jan.2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 5 jan.2015.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal* / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal n° 1.0024.13.378729-1/001*, 1ª Câm. Pen., rel. Des. Walter Luiz, J. 05-05- 2015. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=950&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=art.%20156%20CPP&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 20 mai.2015.

BROFMAN, Paula Eschholz Ribeiro. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. 2013. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/30878/M%20964.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 5 mai.2015.

BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 31, n. 60, p. 133-161, 2010. Disponível em: Acesso: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p133/15069>. em: 18 fev.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil/ Alexndre Freitas Câmara*.- 20. ed.– Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
CRUZ, Rogério Schieti Machado. Com a palavra, as partes. In: *Boletim do IBCCRIM*, p. 17-18, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Bahia: Juspodivm. 2015.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. *Considerações acerca dos Princípios Instrumentais de Hermenêutica Constitucional*. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-acerca-dos-principios-instrumentais-de-hermeneutica-constitucional,46557.html>. Acesso em: 21 jan.2015.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica*, n. 13, p. 12, 2002.

FRANCO Jr., Raul de Mello. *Princípio do promotor natural*. Disponível em: <http://www.raul.pro.br/artigos/pjnatur.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*: Código Comentado e Jurisprudência. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Novos estudos jurídicos*, v. 7, n. 14, 2008. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1/2>. Acesso em: 20 fev. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- parte geral*. Ed. Impetus, volume I. Niterói/RJ. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1, n. 18, p. 15, 2005. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/biblioteca-on-line-2/biblioteca-on-line-revistas/revista-do-cnpcp-n18.pdf#page=15>. Acesso em: 12 mar. 2015.

HOFFMAN, Glauci Aline; MOTRESOL, Deise. O pedido e a causa de pedir, princípio da fungibilidade, princípio da congruência e o projeto do novo código de processo civil. In: *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 14, n. 1, 2013. p. 55-68.

JORGE Jr., Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. ISSN 1984-1094*, n. 1, 2008. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/735/518>. Acesso em: 22 mar.2015.

KHALED JR, Salah H. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. *Civitas-Revista de Ciências Sociais*, v. 10, n. 2, 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513/5607>. Acesso em: 13 mai.2015.

KLOSTER, Ângelo Márcio. *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*. p. 9. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F1312630&ei=RME_VIKREo-QNrzSgfAP&usg=AFQjCNHM73Eld1H44g6WoR3aGhcs1hxhrA&bvm=bv.77648437,d.eXY>. Acessado em: 16 nov. 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMONGI, Celso. *O novo Código de Processo Civil e sua influência no processo penal*. Migalhas. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228317,101048-O+Novo+Codigo+de+Processo+Civil+e+sua+influencia+no+processo+penal>. Acesso em: 5 jan. 2016.

LOPES JR, Aury. Bom para quê (m)?. *Boletim IBCCRIM nº 188-Julho/2008*. Disponível em: <https://276dd27f-a-62cb3a1a-s-sites.googlegroups.com/site/monofinal/leituras-de-processo-penal-na-fesmpdft/IBCCRIM-AuryreformaCPP.pdf?attachauth=ANoY7cqHqMMAcFTX1-1MAAJrNMSN_kHa60uKZtE6VDe7Df2I3Wg2xdoDCVbRjni0S7Cd8UBB0FYynoUJ7Tvhhs8xJRorgFiD9x_chd5TCiNzHE_X6_28rGIWwzCJyOZyk7cdGz4Fe6he1mQyt85VvF9AGayDv4Gp397YxOFMQp9-kDKuA5kGpFg4YayhXqPzag1Pn7itXAC81-ywWrjjiHQMdIYRdQXsMGiZ__9QSaPV1BF22f6h-d9NxOeT-iy8ym0Ee4FXR4I99HaREQAwaynkkbZ6X2vcBQ%3D%3D&attredirects=0>. Acesso em: 11 set. 2015.

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

MARQUES, Carlos Henrique Alvarenga Urquisa. *Tortura: de método a crime.* 2014.195 f.. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9HKKDU/disserta__o_de_mestrado___tortura_de_m_todo_a_crime____000.pdf?sequence=1>. Acesso em 28 fev.2015.

MARTELETO FILHO, Wagner. Sistema acusatório e garantismo: uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código de Processo Penal. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2009. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/139/sistema%20acusatorio_Mateleto%20Filho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1 set. 2015.

MEDES, Gilmar Ferreira. "Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo". p. 433-648. MEDES, Gilmar Ferreira (Org.). *Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILLER, Fernando Faria. Abordagem Crítica do Direito Alternativo. *Revista Forense, Rio de Janeiro*, v. 327, p. 43-50, 1994. Disponível em: <http://www.milleradvocacia.com.br/portugues/artigos/art_001.pdf>. Acesso em: 18 jun.2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo pena*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRZA, Flávio. Os Sistemas Processuais e o Processo Penal Brasileiro-breves notas. *Mundo Jurídico. Rio de Janeiro*, 2003. Disponível em: <http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/3IueY4KjLYydnaJfZG6Klw/88lPYJtlOFRQ_ZJSwarZGQ/Os_Sistemas_Processuais_e_o_Processo_Penal_Brasileiro_-_breves_notas.doc>. Acesso em: 23 fev.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NABETA, Thainá Mayumi Carducci. O direito à informação no inquérito policial e a garantia do jus puniendi. *ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498*, v. 10, n. 10, 2015. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/4140/3899>. Acesso em: 4 set.2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8.ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. *REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG*, n. 56, 2010. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/116/108 >. Acesso em: 20 abr. 2015.

PRIBERAM, Dicionário. *Dicionário da língua portuguesa*. 2013. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/verdade >. Acesso em: 29 jan.2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Sandro de Rezende. *A nova prespectiva do princípio da adstrição no Código de Processo Civil*. 2010. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-nova-perspectiva-do-principio-da-adstricao-no-codigo-de-processo-civil,29489.html>. Acesso em: 15 fev. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Viviane Aparecida Liz da. O *princípio do livre convencimento motivado*. 2010. Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Viviane-Aparecida-Liz-da-Silva.pdf >. Acesso em: 27 jan. 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. *Código de Processo Penal*. 6. ed. Juspodivm, 2015.

THEODORO JR, Humberto. Prova—Princípio da Verdade Real—Poderes do Juiz—Ônus da prova e sua Eventual Inversão—Provas Ilícitas—Prova e Coisa Julgada nas Ações relativas à Paternidade (DNA). In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 03, p. 5-23, 1999. Disponível em: <http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2015.