



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**AMON PEDREIRA FELIX**

**DA (IM) POSSIBILIDADE DO JUIZ PROFERIR SENTENÇA CONDENATÓRIA, EM  
AÇÃO PENAL PÚBLICA, CONTRARIANDO O POSTULADO ABSOLUTÓRIO DO  
*DOMINUS LITIS.***

Salvador  
2013

**AMON PEDREIRA FELIX**

**DA (IM) POSSIBILIDADE DO JUIZ PROFERIR SENTENÇA CONDENATÓRIA, EM  
AÇÃO PENAL PÚBLICA, CONTRARIANDO O POSTULADO ABSOLUTÓRIO DO  
*DOMINUS LITIS*.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Daniela Portugal.

Salvador  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

**AMON PEDREIRA FELIX**

**DA (IM) POSSIBILIDADE DO JUIZ PROFERIR SENTENÇA CONDENATÓRIA, EM  
AÇÃO PENAL PÚBLICA, CONTRARIANDO O POSTULADO ABSOLUTÓRIO DO  
*DOMINUS LITIS*.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2013.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da possibilidade ou não do juiz proferir sentença condenatória, em ação penal pública, contrariando a manifestação do Ministério Público que é o titular da ação pública. Para isso, foi necessário analisar a evolução histórica do sistema processual penal, perpassando pelo nascimento do sistema acusatório e sistema inquisitório e do sistema misto – decorrente das ideias iluministas que surgiram na França. Contudo, não se pode afirmar que essa evolução foi linear, pois os Países por vezes adotaram sistemas diferentes em épocas diversas. No Brasil, grande parte da doutrina acredita que o sistema é acolhido pelo ordenamento foi o misto, pois o Inquérito Policial seria uma fase inquisitiva e a fase judicial seria uma fase acusatória, contudo será estudado na presente monografia posições divergente. Foi realizada ainda uma aproximação entre o Código de Processo Penal e Constituição Federal, restando-se, para tal, imprescindível debruçar-se no estudo do sistema processual penal garantista proposto pelo italiano Luigi Ferrajoli. Destarte, para se chegar ao estudo do tema propriamente dito, foi preciso analisar os axiomas processuais propostos pelo mencionado autor. Deste modo, para se chegar à conclusão do embate, fez-se uma análise da natureza jurídica da pretensão acusatória, da possibilidade do Ministério Público dispor da ação penal, bem como uma análise principiológica do sistema processual penal brasileiro, sendo eles, *e.g.*, o princípio do juiz natural, da imparcialidade do juiz, do contraditório e da indisponibilidade da ação pública. Para chegar-se a uma conclusão acerca do quanto proposto, foi necessário rediscutir os papéis do Ministério Público e do Magistrado ante às modificações trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil.

**Palavras – chave:** sistema acusatório, garantismo de Ferrajoli, inconstitucionalidade do artigo 285 do CPP.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

art.	artigo
CPP	Código Processual Penal
CRFB	Constituição Federal da República 1988
MP	Ministério Público

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	05
<b>2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b>	07
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PROCESSOS PENAIS	07
2.1.1 Dos sistemas processuais penais na Grécia	09
2.1.2 Dos sistemas processuais em Roma	11
2.1.3 Do Sistema Processual Penal Na Idade Média	16
2.1.4 Da época moderna	19
2.1.5 As inovações após a Revolução Francesa	21
2.2. DAS CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	23
2.2.1 O sistema processual penal inquisitivo	24
2.2.2 O sistema processual penal misto	27
2.2.3 O sistema processual penal acusatório	28
2.3 O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	31
<b>3 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PROCESSO PENAL</b>	36
3.1 GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI	40
3.1.1 Os axiomas processuais garantistas	43
3.1.2 <i>Nulla Culpa Sine Judicio</i> e a Constituição Federal de 1988	44
3.1.3 <i>Nullum Judicium Sine Accusatione</i> e a Constituição de 1988	46
3.3.4 <i>Nulla Accusatio Sine Probatione</i> e a Constituição de 1988	49
3.5.5 <i>Nulla Probatio Sine Defensione</i> e a Constituição de 1988	52
<b>4 DA (IM) POSSIBILIDADE DO JUIZ PROFERIR SENTENÇA CONDENATÓRIA, EM AÇÃO PENAL PÚBLICA, CONTRARIANDO O POSTULADO ABSOLUTÓRIO DO <i>DOMINUS LITIS</i></b>	56
4.1 DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO (SISTEMA) ACUSATÓRIO	58
4.1.1 Da violação ao Princípio da Imparcialidade do Juiz	62
4.1.2 Da violação ao princípio ao princípio do contraditório	64
4.2 MINISTÉRIO PÚBLICO – PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL – ESVAZIAMENTO DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA	67
<b>5 CONCLUSÃO</b>	77
<b>REFERÊNCIAS</b>	80

## 1 INTRODUÇÃO

O problema de pesquisa enfrentado na presente obra consiste na análise constitucional acerca da possibilidade do juiz, na ação penal pública, proferir sentença condenatória contrária ao postulado absolutório proferido pelo Ministério Público. Diante de tal fato, tal estudo debruçasse sobre a verificação de tal hipótese a partir de uma análise Constitucional.

Neste sentido, impende analisar se a referida hipótese encontra respaldo constitucional ou se, em sentido diverso, representa um óbice à concretização dos direitos e garantias fundamentais acolhidos pelo atual Estado Democrático de Direito. Desta forma, a escolha do tema do presente trabalho foi motivada pela atual insegurança jurídica diante do contexto normativo imposto.

Diante da situação aparente, mostra-se de grande relevância jurídica e social a referida análise, sobretudo por se tratar de garantias penais, as quais tratam da liberdade dos indivíduos. Assim, para se chegar a uma conclusão sobre o presente trabalho, utilizou-se de estudo e análise de livros, manuais, revistas científicas, bem como artigos e dissertações do âmbito jurídico, promovendo a confrontação e diálogo entre as fontes e informações coletadas.

Portanto, pode-se dizer que a metodologia aplicada no presente trabalho monográfico foi a dialética de análise doutrinária. No primeiro capítulo do desenvolvimento, foram analisados os modelos de sistemas processuais penais desenvolvidos ao longo da história, bem como das suas principais características, debatendo-se, por fim, acerca do modelo adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo do desenvolvimento, aproximou-se a Constituição e o Processo penal, sendo sinalizada a necessária filtragem constitucional a que o processo deve passar, a fim de que sejam rechaçados todos os artigos que se mostrem contrários aos preceitos constitucionais. Ainda no segundo capítulo, procurou-se trabalhar a ideia garantista proposta por Luigi Ferrajoli, fazendo sempre uma comparação com o sistema adotado no ordenamento brasileiro.

O último capítulo, por sua vez, adentra-se efetivamente no tema proposto por este trabalho, sendo analisados os princípios constitucionais que norteiam o presente trabalho, como: imparcialidade do juiz, princípio do contraditório e o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, bem como foi amplamente discutido o papel do Ministério Público e do Juiz, após a promulgação da Constituição Federativa Brasileira.

Diante dessas premissas, foram explanadas as teses favoráveis e contrárias à possibilidade do magistrado proferir sentença condenatória contrariando o postulado ministerial.

## 2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para poder discorrer acerca dos sistemas processuais, imperioso se faz definir a palavra “sistema” etimologicamente, sob pena de correr em um erro metodológico, sem contar a falta de compreensão do assunto que tal omissão pode vim a acarretar (RANGEL, 2010, p.49).

Desta feita, sistema, de acordo com o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2007, p.742), é:

Conjunto de elementos, entre os quais haja uma relação. 2. Disposições das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que formam uma estrutura organizada. 3. Reunião de elementos naturais da mesma espécie. 4. Método, plano. 5. Modo, jeito. 6. Modo de governo, de administração, de organização social.

Com efeito, o sistema jurídico é composto por um conjunto de normas organizadas e estruturadas a partir da Constituição. E “nela estão organizadas as estruturas conceituais, os princípios fundamentais, os objetivos do Estado, a ordem econômica, política e social” (THUMS, 2006, p.77).

Ante o exposto, por sistema processual penal pode-se entender como sendo:

[...] conjunto de regras aplicáveis a partir da ocorrência de uma infração penal, visando disciplinar o procedimento da apuração de uma infração penal, a formulação de uma acusação, o rito a ser observado, o julgamento do réu, os recursos existentes, bem como as normas relativas à execução de eventual pena imposta (MAGNO, 2007, p.5).

Em sentido semelhante, porém mais aprofundado, observa RANGEL (2010, p.49) que sistema processual penal é o conjuntos de axiomas e regras constitucionais que variam de acordo com o momento político de cada Estado, responsáveis por balizar a aplicação do direito penal a cada caso concreto. Cabe, então, ao Estado dar efetividade à ordem normativa penal, garantindo a aplicação de suas regras, bem como seus preceitos básicos, sendo tais aplicações realizadas através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PROCESSOS PENAIS

*Ab initio*, esclarece-se que o presente trabalho não pretende exaurir de forma exaustiva o estudo histórico acerca dos sistemas processuais penais, no entanto, a

realização de uma abordagem histórica mostra-se imprescindível para uma melhor compreensão do embate proposto neste.

Por ser o Direito uma produção humana, produto do tempo histórico no qual a sociedade que o produziu ou produz está inserida, pode-se afirmar que o Direito se assemelha com a necessidade histórica da sociedade que o produziu, revelando-se como uma produção cultural e um reflexo das exigências desta sociedade (CASTRO, 2008, p.4).

Neste diapasão, o estudo da história do direito mostra-se essencial, ao passo que auxilia na compreensão das conexões existentes entre a sociedade, suas características, e o direito que produziu, permitindo, então, uma melhor visualização e entendimento do próprio direito em sua essência (CASTRO, 2008, p.4-5).

Com efeito, ao analisar os sistemas processuais penais, os olhos sempre devem estar voltados para a história, sem, contudo, olvidar que os elementos característicos predominantes dos sistemas processuais variam não só do ponto de vista histórico como também na perspectiva teórica (PRADO, 2006, p.61).

Ademais, não obstante hodiernamente não existirem em nenhum ordenamento jurídico sistemas puros, tal qual se originaram historicamente, o estudo das origens dos sistemas ainda se mostra de extrema pertinência, quiçá imprescindíveis, seja como objeto de estudo histórico, seja como modelo de organicidade, ou ainda como parâmetro valorativo em sede positiva e critérios de política criminal, no âmbito legislativo (MALAN e SAAD, 2005, p.290).

Os primeiros grupos humanos não dominavam métodos mais sistematizados no tocante à solução dos conflitos de interesses penais, confundindo, por vezes, o Direito, a Moral e a Religião (PRADO, 2006, p.68-69). Foi justamente com a supressão da vingança privada e a implantação de critérios de justiça que surgiu o Estado como único titular do poder de punir – ou penar, se considerar a pena como essência do poder punitivo. O Estado, como ente jurídico e político, avocou para si o direito, e conseqüentemente o dever, antes entregue às mãos dos particulares, de proteger a comunidade e também o próprio réu, como meio de cumprir sua função de procurar o bem comum, que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal, por causa de uma conduta delitiva (LOPES JÚNIOR, 2013, p.75).

Ressalve-se que o Estado, assumindo o poder-dever de punir, não deixa de proteger o cidadão de abusos, pelo contrário, deve sempre procurar resguardar o seu *status libertatis* (LIMA, 2012, P.19).

Neste passo, à medida que foi o Estado se fortalecendo, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, trouxe para si a titularidade exclusiva do monopólio da justiça, ocorrendo não só a revisão da natureza contratual do processo, senão tornando defeso, de maneira expressa, que os particulares exerçam a justiça por suas próprias mãos – vedou-se, pois, a autotutela. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, a única atividade cabível passa a ser a invocação da devida tutela jurisdicional. Impõe-se a imprescindível utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – o processo penal – em que, mediante a atuação de um terceiro (juiz), cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição da estrutura institucional, será apurada a existência do delito e sancionado o autor delituoso. O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição de pena (LOPES JÚNIOR, 2013, p.75).

### **2.1.1 Dos sistemas processuais penais na Grécia**

O nome “Grécia” não se refere a um país ou a uma unidade política na Antiguidade. Por conta de suas condições geográficas, bem como pela sua economia, Grécia na Antiguidade significava uma região (Cidade-Estado), a qual representava uma verdadeira unidade cultural, com deuses, dialetos e alguns hábitos em comum (CASTRO, 2008, p.65).

Da Grécia Antiga, a ilustração clássica de modelo de sistema processual penal pode ser observada pela forma de expressão da Justiça Ateniese. Nesta legislação, havia duas classes de delitos, impropriamente designados como públicos e privados, cuja nota distintiva residia no interesse público, ou privado da infração, permitindo-se, nesta última classe, a desistência e transação durante o curso do processo (PRADO, 2006, p.73).

Os crimes denominados como públicos eram aqueles que prejudicavam a coletividade, e, por conseguinte, sua repressão não podia ficar ao bel-prazer do ofendido; Em sentido oposto, eram classificados como particulares os crimes em que

a lesão produzida era de somenos importância para o Estado, e, assim, a repressão dependia da exclusiva iniciativa da parte (TOURINHO FILHO, 2012, p.101).

Alguns delitos considerados tidos como graves, que atentavam contra a própria cidade, eram denunciados perante a Assembleia do Povo, ou perante o Senado, pelos *Tesmotetas*, e a quem coubesse, escolhia o cidadão que devia proceder à persecução penal (TOURINHO FILHO, 2012, p.101).

Após a formulação da acusação, das provas e prestado o juramento, o *Arconte* procedia à devida prelibação da seriedade da acusação e, ato contínuo, designava o Tribunal competente, convocando as pessoas que deveriam constituí-lo. Os Juízes, por seu turno, terminavam por ocupar uma posição puramente passiva de árbitro, em meio a uma luta real entre as partes; afinal, votavam sem deliberar. A decisão era tomada por maioria dos votos, sendo o acusado absolvido sempre que houvesse empate (TOURINHO FILHO, 2012, p.102). Deste modo, nota-se que era assegurado neste modelo o princípio do *in dubio pro reo*, o qual será abordado em momento próprio.

Ademais, em Atenas, havia cerca de quatro jurisdições criminais, a saber: o *Areópago*, os *Heliastas*, os *Éfetos* e a Assembleia do povo (PRADO, 2006, p.73).

O *Areópago* era o Tribunal ateniense mais célere, sendo competente para julgar os homicídios premeditados, incêndios e traição, além de todos aqueles crimes a que se cominava pena capital. Nestes julgamentos, o Tribunal se reunia ao cair do sol, as partes não podia afastar-se da matéria de fato, e a votação era secreta (TOURINHO FILHO, 2012, p.102).

O Tribunal dos *Heliastas*, ou *Hélion* - assim conhecido porque se reuniam em praça pública sob o Sol - era composto por cidadãos considerados honrados, todos maiores de trinta anos e eleitos anualmente por sorteio. As decisões deste Tribunal eram consideradas proferidas pelo povo, e sobressaiu-se entre os demais principalmente por força de sua ampla competência, bem como pela publicidade da sua atuação (PRADO, 2006, p.73).

Ainda no que se refere a este Tribunal, aponte-se que ele exercia jurisdição comum (por isso sua ampla competência). Destaque-se, ainda, que funcionavam, por vezes, no mesmo julgamento, 100, 500, 1.000 e até mesmo 6.000 Juízes. Era a crecha de que tantas cabeças asseguravam uma melhor justiça, ou talvez a explicação esteja

na cupidez dos três óbolos (moeda ateniense) que o Estado destinava à explicação dos Juízes, por cada crime que estes julgavam (TOURINHO FILHO, 2012, p.102).

Os Tribunais dos *Éfetas* eram compostos por cinquenta e um juízes – sendo todos membros do senado -, e possuíam competência para julgar os homicídios involuntários e não premeditados (TOURINHO FILHO, 2012, p.102).

Contudo, o prestígio do modelo ateniense de persecução penal derivou exatamente do sistema de acusação popular, em relação aos crimes públicos, faculdade deferida a qualquer cidadão, de um modo geral, pela Assembléia do Povo, para em nome do próprio povo, sustentar a acusação perante o *Arcone* e este, conforme se cuidasse de delito público, convocava o Tribunal, cabendo ao acusado defender-se por si mesmo (em algumas ocasiões era auxiliado por certas pessoas). Cada parte apresentava as suas provas e formulava suas alegações, não incumbindo ao tribunal a pesquisa ou aquisição de elementos de convicção. Ao final, a sentença era ditada na presença do povo. (PRADO, 2006, p.73).

### **2.1.2 Dos sistemas processuais em Roma**

Como aponta Hélio Tornaghi, “para mostrar todos os aspectos do processo acusatório nada melhor do que examiná-lo na sua mais perfeita organização no mundo antigo: a romana” (1980, p.10). Desta feita, passa-se à uma análise mais minuciosa acerca do complexo modelo romano.

Os romanos, assim com os gregos, distinguiram os *delicta publica* dos *delicta privata*, havendo, então, o processo penal público e o processo penal privado. Enquanto neste o Estado exercia a mera função de árbitro, estando o Magistrado limitado a proceder à análise das provas que lhe eram apresentadas pelas partes, naquele, o Estado atuava como sujeito de um poder público de repressão (TOURINHO FILHO, 2012, p.102/103).

Delitos como a traição (*perduellio*), o homicídio (*parricidium*) e o incêndio eram tidos como delitos de ordem pública. Em contra partida, o furto, o roubo, o dano injustamente causado, a injúria, o dolo e a coação são exemplos de delitos que eram considerados como privados (CASTRO, 2008, p.114).

O processo penal público em Roma merece maior destaque, seja por ter o Processo Penal Privado, com o passar dos anos, sido abandonado quase que na sua integralidade, seja por ter atravessado interessantes fases (TOURINHO FILHO, 2012, p. 103), senão observe-se.

No começo da Monarquia, a acusação era prescindível, ao passo que bastava a *notitia criminis* para que o Magistrado passasse a proceder às investigações. Esta fase preliminar ficou conhecida como *inquisitio*. Neste período, não existiam limites ao arbítrio dos juízes, e ao acusado não eram asseguradas nenhuma forma de garantia (TOURINHO FILHO, 2012, p.103).

Assim explica Geraldo Prado:

O mais antigo dos sistemas procedimentais penais conhecidos em Roma surgiu com a denominação de *cognitio*, baseado na *inquisitio*, tratando-se de procedimento de natureza pública, porquanto realizado em nome e pela intervenção do Estado romano, e porque deixava ao magistrado, como representante do rei, amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades que se saiba e mesmo sem partes, conforme as concebemos atualmente (2006, p.74).

Neste contexto, com o escopo de soffrear o arbítrio dos Magistrados, criou-se, através da *Lex Valeria de Provocatione*, a *provocatio ad populum* – recurso que facultava ao acusado recorrer da decisão condenatória. Este era direcionado ao povo que, reunido em comícios, proferiam novas decisões. O Magistrado *a quo*, então, embasado nas provas carreadas durante a *inquisitio*, devia apresentar ao povo os elementos necessários para a nova decisão (TOURINHO FILHO, 2012, p.103).

No entanto, este período, denominado comicial - pois proporcionava o julgamento da *provocatio ad populum* em comícios -, revelou-se, já na República, insuficiente para suprir os anseios sociais de repressão à criminalidade (PRADO, 2006, p.75). Segundo apontam os autores Diogo Malan e Marta Saad, com a expansão do Estado romano no fim do período republicano, surgiu uma maior necessidade de instituir-se mecanismos mais eficientes de investigação para determinados crimes, em especial para a concussão praticada por magistrado provincial. E concluem:

Pela especial condição tanto do autor do fato criminoso quanto dos lesados, tal crime não podia ser submetido ao julgamento de quem usualmente prestava a jurisdição privada (o Pretor) e tampouco à *coercitio* do Cônsul ou do Pretor (2005, p.291).

Ademais, “pouco adiantava a *provocatio ad populum*, pois somente os *civis romanus* podiam fazer uso de tal remédio” (TOURINHO FILHO, 2012, p.103).

Assim, em seguida à *cognitio* – derivada da *inquisitio* - surgiu a *accusatio*. O procedimento que em muitos aspectos se assemelhava à forma grega, surgiu como manifestação da adaptação do antigo processo penal às novas exigências sociais. Neste, ora na condição do ofendido, ora representando o interesse público da sociedade, a figura do acusador particular era imprescindível (PRADO, 2006, p.75).

Por conta do caráter eminente político administrativo observado na jurisdição dos cônsules, este novo modelo de jurisdição penal de Roma pode ser considerado como o primeiro implantado propriamente dito (MALAN E SAAD, 2005, p.293).

Neste novo procedimento, “qualquer cidadão tinha o direito de acusar, exceto o Magistrado, as mulheres os menores e as pessoas que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 103).

Adotou-se, então, uma forma acusatória, marcada pelo domínio integral do contraditório, em que a pesquisa e a produção das provas passaram a ser ônus exclusivo das partes. Tratava-se de um modelo de processo público e oral, cujos debates formavam o eixo central, dos quais derivava o fundamento da decisão. (PRADO, 2006, p.75)

Aponte-se, ainda, que se o acusado, devidamente citado, não comparecesse ao interrogatório, ele teria os seus bens confiscados. Caso comparecesse e confessasse a prática delituosa, era condenado, encerrando-se o procedimento. No entanto, caso não houvesse a confissão, o pretor designava data para julgamento, com tempo hábil para a colheita das provas necessárias ao exame da questão (MALAN E SAAD, 2005, p.296).

O processo, dessa forma, passou a ser iniciado através da *postulatio* dirigida pelo acusador ao *quaesitor* – a quem pertencia o juízo de admissibilidade, vez que analisava se o fato alegado na acusação era típico e se não havia nenhum óbice à instauração da persecução penal. Aceita a *postulatio*, esta era inscrita no registro do Tribunal, surgindo duas consequências, a saber: i) o acusador não podia mais desistir do processo; e ii) nascia para o acusador direito de proceder às investigações que se mostrassem necessárias no caso concreto para comprovar em juízo a acusação (TOURINHO FILHO, 2012, p.103).

Malgrado fosse, via de regra, garantido ao acusado responder em liberdade, a este era atribuído o papel de culpado, sendo o seu nome escrito em uma tábua (espécie

de rol de culpados), gerando-lhe enormes gravames temporários, como: comparecer perante a *quaesitio* com cabelo e barba incultos e proibição de praticar determinados atos civis (MALAN E SAAD, 2005, 296).

Ademais, embora o Tribunal fosse presidido pelo *quaesitor*, este era responsável apenas por manter a ordem e a lavrar a sentença, ditada pelos *judices jurati* - a princípio eleitos dentre os senadores (*patres conscripti*) e, depois, dentre os cidadãos, observadas suas condições morais, sociais e econômicas. Inicialmente, era adotada a forma oral na votação, no entanto, com o transcorrer dos anos, esta passou a ser secreta (TOURINHO FIHO, 2012, p. 104).

O conselho de jurados era composto por cem cidadãos romanos, inicialmente indicados e, posteriormente, sorteados dentre os mil constantes na lista oficial (*album iudicum*), selecionados pelo pretor no início de cada ano. Sedo facultado ao acusado recusar até cinquenta dos jurados (MALAN e SAAD, 2005, p.293-294).

Leciona Tourinho Filho, de forma minuciosa, como se chegava ao veredito. Válida a transcrição:

Cada *judex* recebia uma pequena tábua sobre a qual escrevia a letra A (absolvo), ou a letra C (condeno) ou, então, as letras N.L.- *non liquet* (abstenho-me). A decisão era tomada por maioria absoluta. A respeito desse assunto, há certa dúvida: Faustin Hélie esclarece que havia necessidade de maioria absoluta; Mommsen entende que bastava a simples maioria.

Se houvesse a maioria de tábuas contendo as letras N.L., dava-se a *ampliatio*: repetiam-se os debates e se procedia a nova votação. Em caso de empate, o acusado era absolvido (2009, p. 84)

Observa-se, do quanto exposto, que neste modelo acusatório, semelhante ao que acontecia na Grécia antiga, a dúvida corria a favor do acusado, o qual era tratado com verdadeiro possuidor de direitos e garantias.

Contudo, concomitante ao deslocamento da soberania da cidadania para o imperador, o sistema acusatório até então adotado foi demonstrando-se insuficiente para a repressão da delinquência, ao passo que acusados e acusadores passaram a utilizar o referido modelo processual como instrumento de vingança, valendo-se até mesmo de falsas acusações. Além do mais, não raramente era assegurada a impunidade a criminosos, pela simples ausência de quem se dispusesse a acusá-los (PRADO, 2006, p.76).

Aponta Hélio Tornaghi que o modelo de sistema acusatório adotado na antiguidade terminou por apresentar gravíssimos inconvenientes, podendo-se listar: a

impunidade de criminosos; a facilitação da acusação falsa; o desamparo dos fracos; a deturpação da verdade; a impossibilidade de julgamento, em muitos casos; e a inexecutabilidade da sentença, em outros (1980, p.11-12).

Neste contexto, o direito de acusar, inicialmente considerado como instrumento de justiça e garantia para liberdade, transmudou-se em verdadeiro meio de despotismo e opressão (TOURINHO FILHO, 2012, p.105).

Desta forma, alguns agentes públicos passaram a desenvolver verdadeira atividade de polícia judiciária neste período do Império, transmitindo aos juízes os resultados das suas pesquisas. Inicialmente, eles agiam apenas quando alguém deixava de apresentar a *accusatio*, no entanto, “os magistrados foram ampliando cada vez mais a sua esfera de atribuições, alcançando aquelas antes reservadas aos particulares, até chegar-se ao extremo” (PRADO, 2006, p. 76).

Nota-se, então, que o modelo baseado na *accusatio* conviveu com o procedimento penal de ofício, consolidado na denominada *cognitio extra ordinem*, até que, ao tempo de Diocleciano, a última estrutura passou a prevalecer (PRADO, 2006, p.77).

Assim, a *accusatio* foi cedendo gradativamente lugar à outra forma de procedimento, a saber: *cognitio extra ordinem* (TOURINHO FILHO, 2012, p.104). Ou seja, “O sistema acusatório foi dando o seu lugar para o inquisitório e, o que era excepcional, tornou-se regra” (SEABRA, 2002, p. 265).

As figuras do acusador e julgador passaram a estar enfeixadas em uma só pessoa (o magistrado) - o julgamento, antes atribuído aos *judices jurati*, passou a ser de competência de um magistrado: o *praefectus urbis* ou o *praefectus vigilum* (TOURINHO FILHO, 2012, p.105).

Acerca dessa transição histórica, discorre Julio Maier (apud PRADO, p. 77/78, 2006):

*La denominación misma, cognitio extra ordinem, revela precisamente las dos características fundamentales de este procedimiento: el renacimiento de la cognitio como método de enjuiciamiento penal que presuponía la omnipotencia procesal al reunir, en una única mano, por lo menos, dos de las funciones principales del procedimiento, la requirente y la decisoria; y su regulación como sistema de excepción destinado a suplir la inactividad y complejidad del antiguo régimen acusatorio, ya corrompido, y a otorgar mayor poder a las crecientes necesidades de la nueva organización política.*

Ressalte-se, ainda, que esta nova *cognitio* não ampliou apenas os poderes dos magistrados no tocante ao poder de investigação das infrações penais, mas, também, para julgar a causa, podendo valer-se mesmo da tortura (PRADO, 2006, p.77).

Este modelo introduziu a tortura como meio de obtenção de confissões, inicialmente dirigidas aos réus, e posteriormente tanto ao réu, quanto às testemunhas (TOURINHO FILHO, 2012, p.106).

Imperioso se faz destacar que, não obstante o procedimento implantado no período da *cognitio extra ordinem*, ao contrário do que viria a ocorrer posteriormente na Idade Média, sob a égide do inquisitorialismo, em Roma, a forma pública e oral ainda predominavam. A sucessão destas pela instrução escrita e secreta, derivada do poderoso aparato estatal, não foi imediata. Este modelo é visto como semente da Inquisição que mais tarde dominaria a Europa Continental (PRADO, 2006, p.77).

### **2.1.3 Do Sistema Processual Penal Na Idade Média**

Pode-se afirmar que a Idade Média nasceu da consubstanciação de três elementos, quais sejam: a) o que restou do Império Romano; b) os germânicos que invadiram a Europa Romana; e c) a Igreja Católica, que sobreviveu à queda do Império e se fortaleceu durante o período medieval (CASTRO, 2008, p.127).

Desta feita, imperioso se faz analisar, ainda que perfunctoriamente, os Direitos romano (pós-invasão germânica), germânico e canônico (relativo à igreja) (CASTRO, 2008, p. 127). Prossiga-se.

Quando os germânicos invadiram Roma, levaram consigo seus costumes, ensejando a aparição, entre os romanos, de um processo eminentemente misto, pois formado por elementos das duas civilizações (TOURINHO FILHO, 2012, p.106).

Discorrendo acerca deste período histórico e suas principais decorrências, aponta Geraldo Prado que:

A invasão bárbara marcou nova era de transição, quer porque introduziu a estrutura modelar adotada pela maioria dos povos germânicos, quer pela força do Direito de algumas cidades italianas, com suas legislações municipais, e, ainda, em virtude do extraordinário desenvolvimento do Direito Canônico, amadurecendo naturalmente um novo equilíbrio, com

recíprocas influências de modo a afetar tanto dominadores como dominados (2006, p.78).

Os germânicos possuíam um Direito notoriamente influenciado pela oralidade, decorrência da falta de domínio da escrita por grande parte dos seus povos e, por conseguinte, basicamente consuetudinário (CASTRO, 2008, p.127/128). Assim, nota-se que por não dominarem a escrita, o seu ordenamento era influenciado pelos costumes, passados de geração em geração.

Pode-se apontar, ainda, como peculiar característica encontrada no Direito Processual Penal destes povos no que se refere ao ônus da prova, visto que cabia ao acusado, e não ao acusador, o *onus probandi*. Assim, cabia ao réu demonstrar sua inocência e não o contrário (SEABRA, 2002, p.266).

Os principais meios de provas utilizados por estes povos germânicos foram os ordálios, também conhecidos como Juízos de Deus, e o juramento. Neste, o acusado proferia um juramento, no qual alegava não ter praticado a conduta delitiva que lhe era imputada. Naquele, realizava-se com o acusado, perante o Juízo de Deus, um duelo judicial – caso vencesse, seria tido como inocente, caso contrário, seria condenado (TOURINHO FILHO, 2012, p.106).

Insta observar que o Direito germânico antigo, inicialmente, não fazia qualquer distinção entre ilícito de natureza civil e de natureza penal. Em uma fase posterior, no entanto, toda infração passou a ser considerada como rompimento à paz, legitimando, por conseguinte, a guerra e a vingança familiar, e, por conta disto, passou este sistema a permitir que o ofensor, nas infrações menos ofensivas, indenizasse o ofendido ou sua família a título de reparação, além de permitir o pagamento do preço da paz à comunidade, através de convênios reparatórios.

Oportuno pontuar, ainda, que apesar do entendimento privado ter passado a ser o método de solução dos conflitos de interesse de natureza penal, ainda era garantido ao ofendido se socorrer dos Conselhos - assembleias populares que ministravam justiça -, começando aí o verdadeiro processo judicial. Este processo judicial que merece maior destaque e análise, vez que, neste, observava-se o direito privado de iniciativa da persecução (*nemo iudex sine actore*), sendo suas sessões públicas, orais e contraditórias. Apesar de presididas por um juiz, este apenas dirigia o debate e propunha a sentença, não podendo proferir as decisões (PRADO, 2006, p.79).

Enquanto que algumas tribos germânicas, ao invadirem Roma, formaram reinos, outras se contiveram em espalhar-se pelo território (CASTRO, 2008, p.119).

A supracitada invasão, então, promoveu o encontro entre o sistema jurídico romano e os costumes dos germânicos, resultando daí um verdadeiro processo romano-germânico (SEABRA, 2002, p.266).

Pondera Flávia Lages de Castro (2008, p.135) que:

“O direito romano, até por sua complexidade e sua força, não poderia deixar de ser utilizado durante a Idade Média e, levando-se em consideração a diferença profunda entre o Direito Romano e o dos invasores, a superposição do direito destes últimos sobre a população romana e romanizada seria impossível”.

Neste sentido, pode-se afirmar que nas regiões do Império onde a romanização não foi profunda, o Direito Germânico predominou em detrimento do Direito Romano, sendo este último descartado ou pouco utilizado. *A contrario sensu*, nas áreas muito romanizadas, como nas Penínsulas Ibérica e Itálica, foi o Direito Romano que prevaleceu, sendo o Direito Germânico utilizado apenas como elemento de atualização de costumes (CASTRO, 2008, p. 135).

Imperioso ressaltar, deste modo, que os povos germânicos não só influenciaram o continente europeu, como também sofreram forte influência da cultura e do Direito Romano, ao passo que seu sistema, antes acusatório, passou gradativamente a receber e assimilar tanto o Direito Romano-Canônico, quanto à introdução da Inquisição (PRADO, 2006, p.79).

No que diz respeito ao Processo Penal Canônico, anota-se que até o século XII era adotado o sistema acusatório, não havendo juízo sem acusação. Durante este período, o *onus probandi* ficava a cargo do acusador, o qual deveria produzir e apresentar tais provas aos Bispos, Arcebispos ou Oficiais que também fossem encarregados de exercer a função jurisdicional. Ademais, a forma que predominava era a escrita, a calúnia era punida e era defeso processar alguém que se encontrasse ausente (TOURINHO FILHO, 2012, p. 107).

A explicação para a adoção do sistema acusatório no Direito Canônico, em que cabia às partes procederem aos debates, de acordo com Flávia Lages Castro (2008, p.139), era que “o mentiroso, consciente de sua culpa, combateria com menos veemência até porque Deus, sabedor de quem era a razão, facilitaria a sua derrota”.

Todavia, que “as denúncias anônimas e a inquisição se generalizaram, culminando o processo inquisitivo, *per inquisitionem*, por tornar-se comum” (TOURINHO FILHO, 2012, p.107).

No século XIII, passou a igreja a adotar o sistema inquisitório, inicialmente na repressão das infrações penais cometidas pelos hereges (TORNAGHI, 1980, p.15).

Neste diapasão, passou-se a desprezar a necessidade de acusação, deixando de observar o contraditório e a oralidade. Igualmente, instituiu-se a iniciativa *ex officio* de acusação e o acusado passou a ser visto como mero objeto do processo, não possuindo mais qualquer direito à defesa, imperando, por vezes, a tortura como meio de obter a maior das provas: a confissão (LAGO, 2000, p. 448).

Diametralmente oposta às ordálias dos povos germânicos, as quais presumiam uma manifestação física divina de fácil percepção, a iluminar o caminho a seguir para se fazer justiça, a tortura era vista como um procedimento da investigação baseada no conhecimento, meio, portanto, considerado à época mais racional e evoluído (PRADO, 2006, p.83).

Nota-se, então, que o Tribunal (inquisitório) do Santo Ofício, criado sob a égide do Direito Canônico, ficou conhecido pela sua arbitrariedade e desrespeitos aos direitos humanos, sendo, à época, visto com muito temor por toda a sociedade europeia (LAGO, 2000, p. 745).

Destarte, exara Cristiano Álvares Valladares do Lago que:

O Sistema Inquisitivo, estabelecido pelo Direito Canônico, aos poucos dominou grande parte da Europa, principalmente perante as legislações laicas da Europa Ocidental, predominando durante grande parte da Idade Média, influenciando com suas características a formação do Direito Processual Penal da Época Moderna (2000, p.774).

Converteu-se este sistema, deste modo, em verdadeiro instrumento de dominação política (TOURINHO FILHO, 2006, p.201), passando a influenciar de forma significativa as legislações laicas, bem como na criação do Direito Processual Moderno.

#### **2.1.4 Da época moderna**

Já na Idade Moderna, a utilização da Política do Tribunal de Santo Ofício possibilitou a criação de muitos Estados Absolutistas, ao passo que os monarcas, visando concentrar o máximo de poder, terminaram por perseguir os seus opositores e, conseqüentemente, conseguiram unificar seus países em torno de Estados centralizados (CASTRO, 2008, p.137).

Neste diapasão, a partir do século XV, quando houve o fortalecimento das monarquias, bem como com a estruturação de uma justiça profissional e a determinação da competência em razão do lugar do fato – *forum delicti commissi* -, vê-se que a Jurisdição Secular supera os tribunais locais e passa a diminuir gradativamente a influência e competência da Igreja Católica, até que a jurisdição monarca se consolida e o poder de julgar passa a ser da figura do Rei, que o delega a funcionários que atuavam em seu nome (PRADO, 2006, p. 83).

Registre-se, por oportuno, que na Espanha católica foi instaurado o Tribunal do Santo Ofício, com todas as suas mazelas, o qual passou a atuar ao lado da justiça comum. Esta manifestação do modelo inquisitivo ganhou especial destaque por ser considerado como o mais cruel e violento da época da inquisição, sendo abolido apenas em 1834. (PRADO, 2006, p. 84).

Ainda, que a Alemanha, no século XV, também consagrou o sistema inquisitivo, só havendo a efetiva descentralização das funções do processo no ano de 1848, com a introdução da Declaração de Direitos Fundamentais do Povo (SEABRA, 2002, p. 267).

Na França também foi adotado o sistema inquisitivo, proibindo-se a defesa e correndo o processo em sigilo. Este se iniciava *ex officio*, possuía em uma única pessoa a figura do acusador e julgador, além de ser a tortura largamente aplicada como meio de obtenção da confissão. (TOURINHO FILHO, 2012, p.108).

Uma especial análise merece ser feita no Processo Penal da França do século XVII, haja vista ser o melhor exemplo histórico de Absolutismo, vez que, além de afirmar o Estado como ele o é, ganhou o apelido de “Rei Sol”, pois tudo girava em torno dele (CASTRO, 2008, p.200). Neste período, foi implantado um modelo inquisitivo trifásico, havendo as seguintes fases: investigativa; instrução preparatória; e o julgamento (TOURINHO FILHO, 2006, p.109).

A primeira fase consistia na mera colheita de provas, onde se procediam às necessárias averiguações, estas sempre secretas e dirigidas ao Magistrado. Merecendo ser frisado, por oportuno, que a acusação podia ser realizada por um procurador do rei ou pelo próprio Magistrado. Vencida esta fase inicial, seguia-se à fase de instrução, dirigida ao mesmo Magistrado. Nesta, realizava-se o interrogatório do acusado, de forma secreta e mediante prévio juramento, e este até então não sabia do que estava sendo acusado. Havia nesta fase certa margem de discricionariedade ao Magistrado, haja vista que cabia a ele decidir se a acusação prosseguiria segundo as normas do Processo Civil – quando o próprio considerava se tratar de crime de menor gravidade – ou se seguiria o rito extraordinário (sob a égide dos princípios inquisitórios). O julgamento era realizado perante o Magistrado e seus assessores e o processo era lido na ausência do réu. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 109).

Um relator, que também podia ser o Magistrado, expunha ao Tribunal os resultados da instrução. Ademais, antes de ser julgado, o réu era interrogado mais uma vez, na ausência de seu defensor, cabendo, se o Magistrado achasse necessário, a utilização da tortura como meio de obter a melhor das provas: a confissão (TOURINHO FILHO, 2012, p. 109).

Segunda Prado (2006, p.85), esta jurisdição criminal passava a diferenciar-se da jurisdição civil, na qual os senhores feudais ainda dispunham de certa parcela de poder, inclusive para julgar recursos contra as decisões dos seus juízes delegados, pois, na jurisdição criminal, independentemente de qual tribunal proviesse a Decisão, os recursos sempre eram julgados por juízes indicados pelo rei, assegurando-se, através do controle dos assuntos criminais, a preponderância do poder real sobre o senhorial, verdadeira e incontestável *ratio* das providências inseridas na ordenação.

### **2.1.5 As inovações após a Revolução Francesa**

A repressão penal desenvolvida sob a ótica do sistema inquisitório da Idade Média por muito influenciou os sistemas processuais penais, até que, a partir dos séculos XVII e XVIII, por forte influência dos pensamentos iluministas, passou-se a um

melhor e mais moderno modelo de administração da justiça, amenizando-se, conseqüentemente, as características dos procedimentos penais (PRADO, 2006, p.90).

Na França, logo após a Revolução Francesa, adotaram-se três formas de jurisdições, variando sua aplicabilidade de acordo com a infração cometida, a saber: o tribunal municipal, o qual possuía competência para julgar os delitos; o tribunal correcional, competente para julgar as contravenções; e o tribunal criminal, competente para julgar os crimes. Neste último, exportou-se o modelo de Júri do Direito Inglês, dividindo-se em duas fases: o Júri de acusação e o Júri de julgamento. A primeira fase, que era a de instrução, era presidida por um Juiz e um conselho (formado por oito cidadãos). Neste Júri, colhiam os depoimentos das testemunhas e realizavam o interrogatório do réu. Finda a instrução, decidiam os jurados favoravelmente ou contrariamente ao acusado. Se manifestassem em desfavor do réu, passava-se ao Júri de julgamento, que era composto por um Juiz-presidente e três assessores, afora dozes jurados, e possuía um rito público, oral e contraditório (TOURINHO FILHO, 2012, p.111).

Não obstante muitos historiadores considerem que quando Napoleão chegou ao poder a Revolução Francesa já havia terminado, observa-se que foi neste período que os ideais burgueses da Revolução mais se proliferaram pela Europa (CASTRO, 2008, p.260). Conforme ensinamentos de Eugênio Pacelli “No século XIX, e mais precisamente no ano de 1808, com o surgimento do famoso *Code d'instruction criminelle* francês, outro modelo processual com características bem definidas se apresentava á prática judiciária” (PACELLI, 2013, p.10).

Deste modo, com o Código Napoleônico, que só entrou em vigor em 1811, apesar de ter sido mantida a tripartição dos Tribunais, notórias modificações foram realizadas: Os Tribunais Correcionais, constituídos por três juízes e Corte de apelação julgavam delitos em suas duas instâncias; Os Tribunais de Polícia, as contravenções; e os Tribunais, formados por cinco juízes (um presidente e quatro assessores) e mais um jurado popular, para o julgamento dos crimes. De forma excepcional, crimes como os de rebelião e homicídio praticado por bando armado, eram julgados por Cortes Especiais, compostas por cinco Magistrados e três Militares de alta graduação (TOURINHO FILHO, 2012, p.111).

O processo penal que sucede a Revolução Francesa sofre importantes modificações, ao passo que passa a adotar um sistema misto de inquisitivo e acusatório. Passou a existir três fases distintas no Processo, a da Polícia Judiciária, a da instrução e a do julgamento (TOURINHO FILHO, 2012, p.112).

Este novo sistema adotado pela França, que através das guerras napoleônicas se expandiram a diversos outros países, disciplinava o processo penal em duas fases, uma de instrução e outra em juízo. A primeira tinha o escopo de pesquisar a perpetração das infrações penais e todas as circunstâncias que pudessem influenciar na sua qualificação jurídica, bem como os aspectos relativos à culpabilidade dos autores. Tal fase procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz-instrutor. Já a fase judicial, acontecia perante um tribunal colegiado ou um júri, prevalecendo a publicidade e o contraditório entre as partes, que se dava no maior nível possível de igualdade (PRADO, 2006, p.91).

Desta feita, observa-se que os princípios do sistema inquisitivo eram consagrados na fase da instrução preparatória, tornando-se, entretanto, acusatório o processo na sessão de julgamento (TOURINHO FILHO, 2012, p.112).

Ademais, apesar do movimento contrário à fase inquisitiva, observado na segunda metade do século XIX, ter adquirido forte respaldo no mundo e ter influenciado as legislações da Europa - em 1897, na França, foi promulgada a Lei Constans, a qual aboliu o caráter inquisitivo da instrução -, nota-se que, na década de 20, os ideais liberais exerceram forte influência sobre a França, sendo restaurado o caráter inquisitivo da instrução criminal no ano de 1935, o qual perdura até os tempos hodiernos (TOURINHO FILHO, 2012, p.112-113).

## 2.2 DAS CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Com efeito, sempre que o Estado se viu ameaçado pela criminalidade, acionaram-se os Direitos Penal e Processual Penal, seja positivando leis mais rígidas, quer seja adotando um sistema mais inflexível. Deste modo, os Sistemas Penais mostram-se como verdadeiros reflexos do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da Época (LOPES JÚNIOR, 2013, p.105). Ou seja: “À medida que o Estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado. Porém, à

medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são-lhe entregues.” (RANGEL, 2013, p.53).

Consoante o quanto já explicitado, pode-se apontar que “o processo penal se apresenta, através da história, sob três formas diferentes conhecidas pelos nomes: Acusatória; Inquisitória; mista;” (TORNAGHI, 1990, p. 8-9). Sendo assim, imperioso se faz proceder à análise dos mesmos.

Nesta senda, prossegue-se com o devido estudo individual acerca das três formas de sistemas processuais, sempre tendo em vista os requisitos acima mencionados.

### **2.2.1 O sistema processual penal inquisitivo**

Conforme demonstrado, o sistema processual inquisitivo surgiu com a finalidade de corrigir falhas apresentadas no sistema processual penal acusatório em sua primeira fase histórica, quando a atuação do Estado na iniciativa do processo se mostrou necessária. Foi quando então, em Roma, o senado resolveu encarregar os *quaesitores* de averiguar as infrações penais de que tivessem notícia, evitando-se assim, que os infratores ficassem impunes. *A priori*, o sistema inquisitivo funcionava apenas de forma excepcional e subsidiária, passando aos poucos a se tornar procedimento comum, evoluindo para permitir cada vez mais a ingerência do Estado no processo penal (LAGO, 2006).

Observa-se, então, que o cerne desse sistema era justamente a reivindicação que o Estado fez do poder de reprimir a prática dos delitos, firmando-se como único possuidor do *jus puniendi* e vedando, por conseguinte, a autotutela. Assim, quando da constatação de que não se poderia mais admitir que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares, passou o Estado-juiz a concentrar em suas mãos as funções de acusar e julgar - prejudicando, por óbvio, a sua imparcialidade processual. (RANGEL, 2013, p.47).

Neste sentido, anota Aury Lopes Júnior que:

Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não podia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometeria seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade.

Também representou uma ruptura definitiva entre o processo civil e o penal (2013, p.111-112).

Deste modo, pode-se apontar como característica marcante do referido sistema “a unificação das funções processuais na figura do julgador”, sendo este o responsável por iniciar a acusação, realizar a colheita de prova, bem como pela elaboração da defesa e julgamento do réu (SEABRA, 2002, p.271).

Nota-se, assim, que o mesmo quem imputava a consumação de um delito a *outrem*, era encarregado de julgá-lo, realizando por si e diante de si a apreciação das provas – colhidas por ele próprio –, e, após convencido sobre a veracidade da própria imputação, julgava a acusação (VELLOSO, 2012, p.23).

Neste sentido, o sistema Inquisitivo, conforme aponta Alencar e Távora, é aquele no qual se concentra em uma única figura (juiz) as funções de acusar, defender e julgar, não sendo garantindo, pois, o contraditório ou a ampla defesa ao acusado (2010, p.37-38).

Insta ressaltar, ainda, que as mudanças trazidas por este sistema foram radicais. O processo acusatório, pautado pelo duelo leal entre as partes, as quais possuíam iguais poderes e oportunidades é substituído e dá vez a uma disputa desigual travada entre um juiz-inquisidor (imparcial) e o acusado, o qual perde sua condição de sujeito do processo, mostrando-se, dessa forma, “da essência do sistema contraditório um ‘desamor’ total pelo contraditório” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.112).

Outro importante traço do sistema inquisitivo é o seu caráter sigiloso, visto que o processo, como assevera Rangel (2013, p.47), corre “de forma secreta, longe dos olhos do povo”.

Neste sentido, válida a transcrição:

As características principais do processo penal canônico inquisitivo, por sua vez, eram a forma escrita e o segredo. Este último permeava todo o procedimento: (i) as averiguações do Santo Ofício se iniciavam sem que o acusado soubesse; (ii) as declarações das testemunhas eram feitas com o maior segredo e sob o juramento das pessoas que estavam presentes na diligência de não revelar a ninguém o resultado destas; (iii) o acusado era torturado e questionado sem a assistência de seu defensor; (iv) os sentenciados eram obrigados a prestar juramento de não revelar nada do que ocorrera ao tempo da prisão; se não cumprissem esse juramento, respondiam a outro processo (MALAN e SAAD, 2005, p.317).

Por conta da convergência de interesses, à época, entre a igreja católica, que afirmava sua universalidade e lutava contra os ditos infiéis, e os Estados nacionais sob o regime de monarquia absoluta, que procuravam se afirmar contra o poder

feudal, este sistema conseguiu se estender por toda a Europa continental entre os séculos XIII e XVIII, triunfando, inclusive, sobre o direito germânico e sobre a organização feudal de administração da justiça. (FEITOZA, 2008, p.55).

Durante a vigência desse Sistema, práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio de obtenção da confissão do acusado, isto ocorria, pois o réu é visto como mero objeto da persecução no sistema inquisitivo (CAPEZ, 2003, p. 41). Era adotado um sistema de provas tarifadas, também conhecido como prova legal, sendo a confissão tida como rainha das provas (Rangel, 2013, p.48).

Neste diapasão, anote-se ainda que:

Como quem julgava era quem acusada, a fim de não pairar dúvida de consciência (pois também deveria confessar para não viver em pecado), buscava-se a prova para confirmar suas afirmações, o que deveria ser feito de modo que o resultado coincidissem estritamente com aquilo que a acusação sustentava ter ocorrido no plano da realidade social; daí surge a busca pela verdade real; acreditava-se que isso só aconteceria através da confissão (VELLOSO, 2012, p.24).

Em nome da verdade real, o juiz-inquisidor não se contentava com a verdade ficta. Este buscava conhecer os fatos como eles realmente aconteceram e, para tal, tomava iniciativa para realizar todas as diligências que se fizessem necessárias para o conhecimento da verdade, podendo listar a título exemplificativo: ouvir testemunhas, das buscas, determinar perícias.

Neste contexto, a tortura foi passando a ser vista como um ato formal do processo, sendo o mero indício de autoria suficiente para legitimar tal ato. Acreditava-se que a pessoa justa seria capaz de resistir à tortura sem confessar (MALAN e SAAD, 2005, p. 309).

Mostra-se válido deixar consignado, ainda, que no sistema inquisitivo a sentença não produzia coisa julgada (existindo uma forte insegurança jurídica), além de que o estado de prisão do indivíduo acusado durante o transcurso do processo era a regra geral (LOPES JÚNIOR, 2013, p.112).

Sobre o sistema supracitado, sintetiza Tourinho Filho que:

As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito do direito (TOURINHO FILHO, 2009, p.94).

Percebe-se que este sistema mostra-se incompatível com as garantias constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito, devendo, então, ser banido dos ordenamentos modernos que tenham por objetivo assegurar ao cidadão garantias mínimas, em respeito à dignidade da pessoa humana (RANGEL, 2013, p.48).

Do quanto exposto, pode-se exarar agora, em apertada síntese, que o sistema inquisitivo é configurado pela reunião, na figura de uma única pessoa (ou órgão), das funções de julgar, acusar e defender. Neste sistema, a gestão de provas pertence ao Juiz-Inquisidor, o qual pode se valer inclusive da tortura para obter a rainha das provas, a confissão. Tudo isto em um processo sigiloso e secreto, onde não se permite o contraditório e nem a ampla defesa, pois o sujeito acusado não é visto como sujeito de direito, mas sim como mero objeto do processo.

### **2.2.2 O sistema processual penal misto**

Com efeito, o processo penal inquisitivo se mostrava incompatível com a evolução dos direitos humanos, e por isto mereceu severa censura a partir de meados do século XVII, com a revolução burguesa, que possuía como lastro ideológico as críticas ao violento sistema repressivo monárquico que, apesar de todo o poder, mostrava-se insuficiente para conter o expressivo aumento da criminalização, decorrente da Revolução Industrial (POZZER, 2001, p.31).

Pode-se afirmar que o primeiro ordenamento a adotar este sistema foi o Francês, no *Code d' Instruction Criminale* de 1808, “pois foi pioneiro na cisão das fases de investigações e júizo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e na atualidade é o mais utilizado” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.118).

Assim, nasce no século XVII o sistema considerado misto, tendo o seu apogeu no século XIX e perdurando no século XX, tratando-se, como assevera Marcellus Polastri Lima, “de uma forma híbrida que combinava a eficiência e o interesse da busca da verdade, que era inerente ao modelo inquisitivo, com a igualdade de armas de um processo adversarial [...]” (POLASTRI, 2012, p.21).

Segundo Hélio Tornaghi, este sistema pode ser visto como “a encruzilhada entre as necessidades da repressão e as garantias individuais”. Prossequindo com este raciocínio, alega que o sistema inquisitivo mostra-se mais eficiente para elucidar os fatos e, em contrapartida, o sistema acusatório assegura ao indivíduo uma maior gama de garantias. Com isso, conclui o referido autor que deve prevalecer o modelo misto, haja vista reunir as vantagens de ambos, ao mesmo tempo em que elimina os seus inconvenientes (1990, p.17).

Como descreve Pacelli:

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução -, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, características já essenciais do sistema acusatório (2013, p.10).

Insta apontar, ainda, que este sistema, assim como os demais, também apresenta características próprias, a saber: (i) a fase de investigação preliminar é procedida por um magistrado que, com o auxílio da polícia judiciária, realiza todos os atos necessários a formar um juízo prévio que legitime a posterior acusação – Há separação entre as funções de acusar e julgar; ii) Por conta do procedimento inquisitivo adotado, a fase investigativa preliminar é realizada secretamente, de forma escrita e sem o crivo do contraditório, sendo o investigado considerado mero objeto de investigação; iii) A fase processual inicia-se mediante manifestação do acusador, que via de regra é o Ministério Público, e possui como características principais a oralidade, a publicidade, o respeito ao contraditório e paridade entre acusador e defesa; iv) Na fase judicial, o *onus probandi* fica a cargo do acusador, gozando o acusado da presunção de inocência (RANGEL, 2013, p.52).

### **2.2.3 O sistema processual penal acusatório**

Conforme assevera Denilson Feitosa (2008, p.54):

O sistema acusatório surgiu tão logo a reação a uma ofensa grave da ordem jurídica deixou de ser exercício do arbítrio do príncipe ou da vingança privada do ofendido ou de sua tribo. Dominou durante toda a antiguidade (na Grécia e Roma) e foi até a Idade Média (século XIII), quando foi substituído pela inquisição. O sistema acusatório com acusação popular foi criado pelos gregos, desenvolvido pela república romana e conservado, até hoje, na Inglaterra.

O sistema processual penal acusatório, de acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p.38), possui como característica fundamental a separação que se faz entre os personagens responsáveis pela função de acusar, de defender e de julgar. Ademais, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo, o Estado-juíz mostra-se imparcial e o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado - devendo o magistrado, no caso concreto, escolher a prova mais robusta e que menos irrefutável se mostre, não as tarifando previamente.

Observa-se, então, que ao distribuir as funções de acusar, defender e julgar, o Estado está garantindo umas das maiores formas de se mostrar imparcial, haja vista o julgador *ne procedat iudex ex officio*, decorrência lógica da regra *nullum iudicium sine accusatione* (POZZER, 2001, p.31).

Fora criado pelo Estado um órgão próprio responsável pela propositura da ação penal. Com o surgimento dos *les procureurs du roi* (os procuradores do rei), na França, no fim do século XIV, dando origem ao Ministério Público, este passou a exercer a função de titular da ação penal pública, vedando a possibilidade do magistrado iniciar a persecução penal *in iudicium* de ofício. (RANGEL, 2013, p.49).

Assim, segundo Adolfo Alvarado Velloso, o sistema acusatório é:

Um método bilateral no qual dois sujeitos naturalmente desiguais discutem pacificamente em situação de igualdade jurídica assegurada por um terceiro que atua na qualidade de autoridade, dirigindo e regulando o debate para, chegando ao momento, sentenciar a pretensão discutida (2012, p.20).

De acordo ainda com as lições do autor argentino, é decorrência natural deste sistema a carência do poder impulsionador observado ao juiz, o qual deve aceitar como certo os fatos admitidos pelas partes, bem como conformar-se pelos meios de prova produzidos por elas (2012, p.21).

Em igual entendimento, Malan aponta que neste sistema é vedada qualquer atuação *ex officio* por parte do juiz, em nome da imparcialidade que deve ser necessariamente respeitada, não só para iniciar a persecução, mas também para impulsioná-la, em razão do grave risco de pré-julgamento do mérito que esses atos de ofício ensejam (MALAN, 2003, p.84).

Cria-se neste sistema um verdadeiro *actum trium personarum*, haja vista a nítida separação de funções. Neste, está a manifestação do magistrado condicionada a prévia provocação, cabendo tão somente ao autor realizar a acusação (imputação

penal + pedido) - assumindo, por conseguinte, todo o ônus probatório -, além do acusado possuir o direito de exercer todos os meios e recursos inerentes à sua defesa (RANGEL, 2013, p.49).

Outra importante característica deste sistema, destacado por Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p.92), é que, em decorrência da garantia ao contraditório, há igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois *non debet licere auctori, quod reo non permittitur*.

Destarte, a diferença entre as modalidades acusatória e inquisitória, de acordo com lições de Hélio Tornaghi, consiste em que:

[...] na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão. O inquisidor deve proceder espontaneamente e suprir as necessidades da defesa. O réu é tratado como objeto do processo e não como sujeito, isto é, como pessoa titular do direito de defesa; nada pode exigir (1990, p.9).

Impende destacar, ainda, que a principal crítica realizada ao logo da história ao sistema acusatório refere-se à inércia do órgão julgador (decorrente da imposição da imparcialidade), visto que este deve conter-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que proferir sua decisão com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esta foi a justificativa que legitimou a atribuição de poderes instrutórios aos magistrados, tendo sido comprovada, com a inquisição, um gravíssimo erro (LOPES JUNIOR, 2013, p.109).

Não obstante o sistema inquisitivo ter sido formado aos poucos, como uma forma de corrigir os defeitos do acusatório e, por isso, não poder ser considerado como criação da prepotência ou do desejo opressor, cumpre registrar que este se revelou um instrumento tecnicamente inidôneo (TORNAGHI, 1990, p.16).

Neste sentido, mostram-se oportunas as palavras do italiano Luigi Ferrajoli, senão observe-se:

[...] Obviamente, nem o sistema inquisitório ignora o problema da tutela do inocente, nem tampouco o acusatório descuida do escopo da repressão dos culpados. Os dois métodos se distinguem, antes, com base em duas concessões diversas: uma, do Poder Judiciário; e outra, da verdade. Enquanto o método inquisitório exprime uma confiança tendencialmente limitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar o verdadeiro, o método acusatório se caracteriza por uma confiança do mesmo modo ilimitada no poder como autônoma fonte de verdade. Disso deriva que o primeiro confia não só na verdade, mas, também, a tutela do inocente às presumidas virtudes do poder julgador; enquanto o segundo concebe a verdade como o resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas por serem portadores respectivamente do interesse na

punição dos culpados e do interesse na tutela do acusado presumido inocente até prova em contrário (FERRAJOLI, 2010, p.556-557).

Dito isto, observa-se que contrapor os sistemas inquisitivo e acusatório como totalmente antagônicos entre si, sendo um “mau” e outro “bom”, termina por ser uma falácia, visto que ambos possuem pontos positivos e negativos (POLASTRI, 2012, p.5). Em verdade, o que se pode constatar é que o sistema acusatório predomina nos países que prezam por um maior respeito às liberdades individuais e que possuem uma sólida democracia. Por seu turno, historicamente se constatou que o sistema inquisitivo predomina naqueles países marcados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que prevalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais dos cidadãos (LOPES JÚNIOR, 2013, p.106).

Insta ressaltar, por fim, que conforme observado no decorrer do presente capítulo, não se pode conceber a ideia de que houve uma “evolução” de um sistema processual para outro, imaginando que do sistema inquisitivo evoluiu-se para o misto e depois para o acusatório. Tal entendimento consiste em uma verdadeira falácia, visto que o sistema inquisitivo e o acusatório tiveram, por vezes, sobrevivência praticamente simultânea, entretanto em locais diversos, a saber: Europa Continental e Inglaterra, respectivamente (POLASTRI, 2012, p.3).

### 2.3 O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Grande parcela da doutrina brasileira costuma, ainda hoje, referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual penal como um sistema de natureza mista, isto é, com ares acusatórios e inquisitoriais. Enquanto uns alegam que a existência do inquérito policial na fase pré-processual, por si só, já caracteriza como um sistema misto; outros, com mais propriedade, embasam-se em certos poderes garantidos aos juízes no Código de Processo Penal (PACELLI, 2013, p.13).

Advogando neste sentido, aponta Guilherme de Souza Nucci que, embora não oficialmente, o sistema adotado no ordenamento pátrio é o misto. Conforme o referido autor, dois enfoques específicos devem ser analisados, sendo um constitucional e outro processual.

Desenvolvendo seu raciocínio, o referido autor aduz que se realiza-se uma análise exclusiva da Constituição Federal, por conta dos inúmeros princípios acusatórios que regem o sistema, concluir-se-ia que o sistema adotado é o acusatório. No entanto, por ser o inquérito regido basicamente por princípios inquisitivos, disciplinados no Código Processual Penal, os quais permitem, por exemplo, a colheita inicial da prova no inquérito policial, com todos os requisitos do sistema inquisitivo, como o sigilo, ausência de contraditório e de ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, além da impossibilidade de recusa do condutor da investigação, observa-se se tratar, em verdade, de um sistema misto (2008, p.17).

Em igual sentido, Hélio Tornaghi:

O Direito brasileiro. Segue um sistema que, com maior razão, se poderia denominar misto. A apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial (somente nos crimes falimentares o inquérito é judicial). O processo judiciário compreende a instrução e o julgamento (1990, p.18).

Sem embargos dos mencionados autores, mostra-se oportuno apontar que, para definir-se um sistema processual, há de limitar-se ao exame processual, ou seja, a análise deve restringir-se à atuação do juiz no curso do processo. Além do mais, por inquérito policial não ser processo, a sua existência, por si só, não caracteriza o processo penal brasileiro como misto (PACELLI, 2013, p.13).

Neste ponto, para uma melhor compreensão, mostra-se imperioso realizar uma rápida abordagem sobre o inquérito policial brasileiro e algumas peculiaridades inerentes a ele.

Exposto isto, inquérito policial, segundo lições de Paulo Rangel, é:

Um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal (2013, p.71).

Das lições de Paulo Rangel expendidas acima, depreende-se que o inquérito policial é mero ato administrativo elucidativo, sendo direcionado para o Ministério Público e não para o juiz.

Neste sentido são os ensinamentos de Diogo Rudger Malan (2003, p. 89), o qual afirma que nosso processo pode perfeitamente ser caracterizado como acusatório, pois a fase investigativa finaliza um procedimento administrativo, cujos elementos de

informação se destinam, única e exclusivamente, à parte acusadora, e não ao órgão jurisdicional.

Inquérito policial deve ser entendido como um procedimento administrativo pré-processual, haja vista tal atividade carecer nitidamente do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional. Por conta disto, não há de se falar em atividade judicial ou processual, até porque não se vislumbra no inquérito a estrutura dialética do processo (LOPES JÚNIOR, 2013, p.280).

Pontue-se, ainda, que apenas poderia se falar em contaminação do sistema na hipótese em que, assim como ocorre do Juizado de Instrução francês, a investigação ocorresse diretamente perante o juízo, ou se o juiz da investigação fosse o mesmo que julgaria o processo (PACELLI, 2013, p.14).

Contudo, no ordenamento brasileiro, o juiz permanece afastado na fase de investigação preliminar – como autêntico garantidor dos direitos fundamentais do sujeito passivo –, manifestando-se apenas em duas hipóteses: para exercer o controle formal da prisão em flagrante e para autorizar medidas constritivas de direitos, como cautelares e intervenções telefônicas (LOPES JÚNIOR, 2013, p.284).

Observa-se, então, que:

O juiz não orienta a investigação policial e tampouco presencia seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial. No sistema brasileiro, o juiz não investiga nada, não existe a figura do juiz instrutor e por isso mesmo não existe a distinção entre instrutor e julgador (LOPES JÚNIOR, 2013, p.284).

Reitere-se que o inquérito policial, assim como qualquer outra peça da fase investigativa, destina-se exclusivamente ao órgão acusador, sendo absolutamente nula a Sentença condenatória fundamentada exclusivamente nas provas colhidas na mencionada fase (PACELLI, 2013, p. 15).

Insta salientar, ainda, que o modelo adotado no Brasil não se pode ser comparado ao modelo estadunidense, o sistema *adversary* (de partes), no qual o magistrado se afasta completamente de quaisquer funções probatórias, limitando-se ao controle de legalidade na instrução judicial. Este modelo assemelha-se ao medieval, tomando como premissa legitimadora uma suposta igualdade de partes, que em verdade resumi-se a sua modalidade formal. Além do mais, essa igualdade, ainda que comprovada abstratamente, de forma alguma pode vim a justificar uma decisão condenatória fundada em uma insuficiência da defesa. Igualdade processual,

abstrata ou concreta, justifica um processo de partes exclusivamente em matéria não penal, no bojo do qual se discute a titularidade de direitos subjetivos. Em processo penal, jamais. (PACELLI, 2013, p. 15)

Neste diapasão, assevera Aury Lopes Junior (2013, 223) que o modelo processual penal acusatório foi consagrado em nosso ordenamento, todavia, sua previsão não é expressa e nem decorre de “lei”, sendo necessária uma interpretação sistemática da constituição. Segundo o referido autor, basta averiguar-se a valorização do homem e o valor dignidade da pessoa humana (pressupostos básicos do sistema acusatório) conferidos no projeto democrático constitucional para chegar a tal constatação, visto que democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. Ademais, a Carta Política de 1988 previu uma série de regras que desenha um modelo acusatório.

O art. 129, em seu inciso I, atribui ao Ministério Público a função de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei promover”. Desta forma, observa-se que, hodiernamente, vige o sistema acusatório no ordenamento pátrio, tendo sido a função de acusar entregue a um órgão distinto, o Ministério Público. Além que, no direito processual brasileiro, não há a figura do juiz instrutor, visto que a fase preliminar e investigativa que precede o processo é presidida por autoridade policial (RANGEL, 2013, p.50).

Corroboram com este entendimento os incisos abaixo colacionados, todos do art. 5º da CRFB, senão observe-se:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Anote-se que todos esses incisos serão fruto de exame mais detalhado no decorrer da presente obra, sendo reportados no momento apenas a título exemplificativo.

Ademais, embora o Código de Processo Penal traga em seus artigos normas notadamente de cunho inquisitivo, tais influências não descaracterizam o sistema processual penal acusatório adotado na Constituição Federal. Ora, não se duvida que se deva fazer uma análise constitucional dos artigos contidos no Código datado de 1941, e não o inverso. O Código de Processo Penal que deverá está condizente com os princípios exarados pelo constituinte, o que não estiver de acordo com o

quanto preceituado na Constituição Federal de 1988, deve ser tido como não acolhido e de logo rechaçado do ordenamento.

### 3 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PROCESSO PENAL

Com efeito, “a primeira questão a ser enfrentada por quem se dispõe a pensar o processo penal contemporâneo é exatamente (re) discutir qual é o fundamento da sua existência, por que existe e por que precisamos dele” (LOPES JUNIOR, 2013, p.59).

Assim, conforme lições do argentino Adolfo Velloso:

a razão de ser do processo é a erradicação de toda força ilegítima dentro de dada sociedade, para manter um estado perpétuo de paz e de respeito às normas adequadas de convivência que todos devem acatar (2012, p.15).

Segundo o referido autor, observa-se que, sem embargos àqueles que apontam o ato de julgar como mera concretização da lei, tal julgamento mostra-se imprescindível a proporcionar a paz social, evitando, deste modo, que os particulares façam justiça pelas próprias mãos (2012, p.15).

Nesta senda, processo deve ser visto como o instrumento apto a solucionar o conflito de interesses entre as partes, “e, tratando-se da prática de uma infração penal, esse conflito vai se situar entre o Estado e o acusado do crime” (POLASTRI, 2012, p.8).

Insta apontar, ainda, nas palavras de Claus Roxin, que:

De todas las intervenciones estatales en el ámbito de libertad del individuo, la pena representa la medida más grave y, por ello, también la más problemática. A menudo, su imposición significa un menoscabo total del interés por la libertad del autor penal em favor del interés de seguridad de la generalidad. Dado que, por ello, en el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre si con más intensidad que ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genericamente vigente en una comunidad: ¡El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! (2000, p.10).

Assim, constata-se que o Direito Processual Penal é a ramificação jurídica que sintetiza de forma mais acentuada a colisão entre o direito de punir Estatal e o *ius libertatis* do particular, representando, desta forma, a exteriorização do modo pelo qual o sistema jurídico-político soluciona este conflito (CARVALHO, 2004, p.1)

Nada obstante, assevera Marcellus Polastri Lima que, para além da realização da pretensão punitiva, o processo penal deve ter por fim a proteção da sociedade e, por conseguinte, assegurar a paz social (2012, p.17). Deste modo, o processo penal “não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo

(Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.62).

Nesta esteira, pela própria relevância dos valores tutelados pelo processo penal, impõe-se que a própria Constituição Federal consagre os princípios reitores que, de forma imperativa, deverão ser adotados pela legislação infraconstitucional (JARDIM, 2012, p.26).

Impende registrar, ainda, que, em meados do século XX, originou-se na Europa um novo paradigma constitucional, denominado de neoconstitucionalismo. Este objetivava reconhecer a supremacia material e axiologia da Constituição, bem como atribuir-lhe forças normativa e expansiva. E, com essa nova perspectiva constitucional, a validade e a compreensão de todo o Direito passou a está condicionada a Constituição, a qual deverá, ainda, estabelecer diretrizes de atuação para os órgãos de direção política (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.39). Deste modo:

O neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.39).

Há de ressaltar aqui, então, a supremacia conferida à Constituição pelo novo modelo de Estado Democrático de Direito, fruto do movimento neoconstitucionalista, visto que passa a Constituição a assumir verdadeira “posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar, seja quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratam (conformação material)” (CUNHA JUNIOR, 2010, p.106).

Conforme aponta Lênio Streck (2004, p.147), neste novo panorama constitucional, a noção de Estado Democrático de Direito, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, pressupõe uma valorização do judiciário, e, por conseguinte, exige a rediscussão do seu papel constitucional – o qual será realizado no decorrer desta obra.

Ademais, dá análise, ainda que perfunctória, do preâmbulo constitucional, notar-se-á que o legislador constituinte seguiu este novo paradigma neoconstitucional, ao passo que exarou como escopo almejado:

“instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna [...]”.

Neste diapasão, as normas processuais penais, que traçam a matriz ideológica da persecução penal e da jurisdição, assumem importância, visto que, quando da promulgação da Carta Magna de 1988, não fora revogada a legislação até então vigente. Sendo assim, todo ordenamento infraconstitucional foi recepcionado, desde que não contrário à Constituição (THUMS, 2006, p.78).

Deste modo, após a vigência da CRFB, o código de processo penal ficou com sua estrutura seriamente comprometida. A sistemática adotada neste, decorrente de uma inspiração fascista, diametralmente oposta ao atual modelo de Estado Democrático de Direito, deve passar a ser lido à luz da Constituição (LOPES JÚNIOR, 2004, p.42).

Para demonstrar o pensamento adotado no Código de Processo penal brasileiro de 1941, elaborado sob a égide do Estado Novo, oportuno se faz colacionar um breve trecho da sua exposição de motivos, senão observe-se:

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.

O trecho acima reportado evidencia a primazia conferida ao interesse do Estado em detrimento do interesse do cidadão, ignorando-se que será “o Estado o meio para a consecução do bem comum, qual seja, a concretização do bem-estar e das potencialidades dos cidadãos” - típico pensamento do Estado Novo. (CARVALHO, 2004, p.1).

Além disto, observa-se que, pautando-se na falácia do “bem comum”, e sob o argumento de que as garantias processuais representam um estímulo à delinquência, propõe o legislador infraconstitucional um tratamento ao indivíduo como mero objeto processual. Pensamento, como restará demonstrado ao término deste trabalho, nitidamente oposto ao proposto pelo legislador constituinte.

Contudo, conforme aponta Eugênio Pacelli:

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 (2013, p.8).

Com efeito, a Carta Constituinte elegeu a estrutura democrática, devendo o processo penal existir e desenvolver-se sob esta ótica (LOPES JÚNIOR, 2013, p.63). Assim, o novo pensamento trazido na Carta Política de 1988 passou a “exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado” (PACELLI, 2013, p.8-9).

Deste modo, deve o processo penal sofrer verdadeira filtragem constitucional e, com isto, democratizar-se, passando a fortalecer e valorizar judicialmente o indivíduo submetido ao processo penal, o qual deve deixar de ser tratado como um mero objeto para passar a ocupar uma posição de destaque enquanto parte possuidora de direitos e deveres (LOPES JÚNIOR, 2004, p.40-42), pois “contribui para a realização da dignidade humana, nas melhores condições possíveis, quando o acusado não é degradado a um mero objeto do processo” (ROXIN, 2000, p.80).

Acrescente a isto que, salvo a exceção prevista na Lei 9.999/95 (o instituto da transação penal), ainda que assim deseje, não pode o acusado dispensar o processo e aceitar, mediante composição, a aplicação da sanção. Mostra-se, então, o processo como um caminho necessário para a aplicação da pena, já que indispensável o devido processo legal, elegido como dogma constitucional no art. 5, inciso LIV, da CRFB (LIMA, 2012, p. 7).

A Constituição Federal, ao proclamar o princípio do devido processo penal, garantiu que, para que haja o cerceamento da liberdade, seja ela qual for, ou para que se possa privar alguém de seus próprios bens, devem ser respeitadas todas as formalidades previstas no ordenamento jurídico (RANGEL, 2013, p.4). E este é justamente o papel das garantias processuais no atual Estado Democrático de Direito: “legitimar, pelo estrito controle jurisdicional, a intervenção estatal na esfera individual, de modo que, se qualquer constrição de direitos vier a ser infringida, ela seja necessária, adequada e proporcional” (CARVALHO, 2004, p.4).

Desta feita, observa-se que o processo penal não é, e nem deve pretender ser, apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de um Estado. Ao inverso, ele espelha as diretrizes básicas do sistema político vigente no país (SCARANCE, 2000, p.15), devendo existir, pois, “uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.62).

O desafio atual, então, gira em torno da interpretação que o jurista dará à leitura do texto infraconstitucional. E, como aponta Gilberto Trums, o sistema SG proposto por Ferrajoli revela-se como um “instrumento capaz de sinalizar a clareza ao intérprete, para uma solução justa, diante de conflitos entre normas infraconstitucionais e direitos fundamentais” (2004, p.93).

### 3.1 GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

Por ser crescente a intensificação na doutrina daqueles que defendam ter o processo penal um fim específico, uma função garantista (POLASTRE, 2012, p.17), antes de avançar no estudo do garantismo penal, *mister* se faz buscar um conceito de garantismo que sirva de norte para o presente estudo, pois, “embora toda e qualquer garantia processual individual se insira no contexto do garantismo, não significa que o seu conceito possa ser resumido a um conjunto de garantias estipuladas em favor do réu no processo penal” (PACELLI, 2013, p.33).

Ademais, o estudo à luz das ideias do italiano Luigi Ferrajoli mostra-se imprescindível para o presente trabalho, pois, como bem assevera Fábio Roque da Silva Araújo (2008, p. 51), apesar de não ter cunhado a expressão “garantismo”, foi ele o responsável pela difusão dos seus ideais, expondo-os, minuciosamente, na sua obra “Direito e razão: teoria do garantismo penal”.

Assim, nas lições de Ferrajoli, constata-se que o garantismo pode ser compreendido em três significados distintos, *ipsis litteris*:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela

idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberalidade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos [...] em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também pela “existência” ou “vigor” das normas [...] segundo um terceiro “significado”, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade (2010, p. 785-787).

Registre-se, ainda, que não obstante o conteúdo e relevância para o mundo jurídico apresentado em todas as acepções dadas ao vocábulo “garantismo”, para o embate proposto no presente trabalho, dar-se-á foco na primeira concepção empregada por Ferrajoli, por se mostrar mais condizente com o quanto aqui proposto.

Adota-se para o presente estudo, então, o conceito de garantismo como um modelo de direito, positivado Constitucionalmente, com o escopo de regular as relações entre o particular e o poder público, disciplinando efetivos mecanismos a fim de minimizar a violência e maximizar a liberdade dos cidadãos, garantindo, conseqüentemente, a concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Neste ponto, insta ressaltar, que a Constituição brasileira prevê no art. 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república federativa do Brasil seja parte”. E, desta forma, seguindo entendimento do autor Dirley da Cunha Júnior, entende-se que os direitos fundamentais não se resumem àqueles tipificados de forma expressa no corpo constitucional, sobretudo por ela própria possuir “cláusulas abertas” de direitos fundamentais. Logo, admite-se que outros direitos não expressos possam existir, seja em decorrência do regime principiológico por ela adotado, seja em razão de decorrerem dos tratados internacionais em que o Brasil seja membro signatário (2010, p.634-635).

Insta trazer à baila, por conseguinte, que diante das inovações trazidas pela Constituição de 1988, a qual aderiu ao espírito neoliberal pós-guerra, deve-se ter em mente o sentido material dos direitos fundamentais. Neste sentido, se o direito, em virtude de seu conteúdo, mostra-se indispensável à constituição e manutenção das estruturas básicas do Estado e da Sociedade, máxime no quanto a posição da pessoa, ele deve ser encarado como fundamental, independentemente de ser expressamente previsto na Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.635).

Diante de tal ressalva, em decorrência da cláusula aberta prevista no art. 5º, § 2º, da CRFB, anota-se que os axiomas garantistas constitucionais não se resumem aos expressamente positivados, mas também os que decorrentes de uma interpretação extensiva e unitária da Constituição Federativa da República, bem como dos pactos internacionais em que o Brasil faça parte.

Neste diapasão, entende-se que o “Estado de direito” enquanto Estado constitucional, o qual incorpora em seu nível superior (a Constituição) limites não somente formais, mas, também, substanciais, ao exercício de qualquer poder, caracteriza-se como sinônimo de “garantismo”, sendo caracterizado no plano formal pelo princípio da legalidade, e no plano substancial pela funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos (FERRAJOLI, 2010, p.789-790).

Destarte, partindo de um modelo de Estado de direito, Luigi Ferrajoli (2010, p.785) aponta que, embora recebido pela constituição “como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva”, o modelo penal garantista, seja no âmbito infraconstitucional, jurisdicional, nas práticas administrativas ou policiais, não têm conseguido êxito em sua concreta efetivação. O que se mostra preocupante, visto que esta falta de efetividade do modelo garantista Constitucional pelas normas infraconstitucionais pode terminar por tornar a Constituição como mera referência, uma mera função de mistificação ideológica no seu conjunto.

Não se pode olvidar que as normas infraconstitucionais devem refletir os valores constitucionais, e não o contrário. Muito pertinente, revela-se então, asseverar que, “embora passe muitas vezes despercebido, o perigo do divórcio entre o Direito Constitucional e a realidade ameaça um elenco de princípios basilares da Lei Fundamental, particularmente o postulado da liberdade” (HESSE, 1991, p.29-30).

Ainda de acordo com os ensinamentos de Ferrajoli, as garantias penais e processuais penais, devem ser compreendidas como invioláveis (inderrogáveis), indisponíveis e inalienáveis. Explique-se: Invioláveis, pois uma vez previstos na Constituição imposições ao exercício dos poderes públicos - deveres essenciais para uma harmoniosa relação entre Estado e cidadão, e para assegurar a convivência civil entre maioria e minoria -, os direitos naturais se tornam direitos positivos *invioláveis*; indisponíveis e inalienáveis, pois o cidadão não dispor, nem

para outro particular e nem para o Estado de sua liberdade, não podendo nem ao menos vendê-la (FERRAJOLI, 2013, p. 793-794).

Faz-se imperioso consignar, ainda, que:

o processo penal não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo pena é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo penal) (LOPES JÚNIOR, 2013, p.62).

Do quanto exposto, observa-se que “garantismo” deve ser lido como o conjunto de garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente, típicas do Estado de direito, que assegurem um mínimo de direitos aos cidadãos, legitimando a pena e conferindo, por conseguinte, primazia aos direitos de liberdade dos cidadãos. Tudo isto sem esquecer que, ao defender uma maior tutela de garantias aos cidadãos, não se pretende dar guarida à impunidade, mas apenas dar legitimidade, através da implantação de um devido processo legal, ao *jus puniendi* estatal.

### 3.1.1 Os axiomas processuais garantistas

Visando sistematizar as “garantias” penais e processuais penais consagradas nas Constituições dos Estados de direito, debruçou-se Luigi Ferrajoli nos princípios concebidos pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII para sintetizar dez axiomas tidos como fundamentais, a saber:

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequenciabilidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito. 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2010, p. 81)

Da análise dos axiomas propostos, observa-se que os seis primeiros são referentes a garantias penais mínimas, enquanto que os quatro últimos, os que aqui interessam, retratam garantias de cunho processual penal.

Ademais, antes de avançar no estudo dos princípios axiológicos processuais, imprescindível resaltar que os princípios processuais apresentam um caráter instrumental no que tange às garantias e às normas penais, haja vista o nexo estrutural e funcional existente entre os conjuntos de garantias penais e processuais, de modo que estas são tanto efetivas quanto mais, em juízo, sejam assegurados a máxima imparcialidade do juiz, a verdade e o controle (FERRAJOLI, 2010, p.495).

Finda esta exposição, passa-se à análise individual dos axiomas eminentemente processuais.

### **3.1.2 *Nulla Culpa Sine Judicio* e a Constituição Federal de 1988**

Consoante lição de Marcellus Polastri Lima, partindo-se de um sentido amplo, jurisdição pode ser conceituada como o poder de apreciar e decidir os conflitos sociais, enquanto que em seu sentido estrito, refere-se ao poder conferido às autoridades jurisdicionais de decidir o caso concreto, dirimindo as lides que, não mais são do que conflitos qualificados, em que um dos conflitantes resiste à pretensão do outro (2012, p.281).

Assim, do princípio ora em análise, depreende-se que “não haverá imposições de sanções penais sem que haja processo” (ARAÚJO, 2008, p.54).

Com efeito, a jurisdição penal revela-se

na atuação do Estado, por intermédio de categorizados e especializados funcionários (agentes do Poder Judiciário – Juízes e tribunais), com a finalidade de aplicação de norma material positiva (*ius positum*) a um fato tido como dela infringente (TUCCI, 1988, p.15)

No entanto, frise-se que “a garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas ‘ter um juiz’, exige ter um juiz natural, imparcial e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 164).

Realizando uma análise mais vasta sobre o princípio em comento, depreende Luigi Ferrajoli (2010, p.495) que este pode ser compreendido em dois sentidos diversos,

um “em sentido lato” e outro “em sentido estrito”, a depender de um maior ou menor acompanhamento das demais garantias.

Do primeiro sentido, entende-se o juiz como “uma exigência do conjunto das garantias penais ou substancias”, ensejando na tese “*nulla poena, nullum crimen, nulla Lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio*” (FERRAJOLI, 2010, p.495).

Enquanto que, partindo do seu sentido estrito, é requerido o conjunto das garantias processuais instrumentais, ensenjando, portanto, a tese “*nullum iudicio sine acusatione, sine probatione et sine defensione*” (FERRAJOLI, 2010, p.495).

Nesta esteira, Geraldo Prado aponta que:

aceitando-se a epistemologia peculiar do garantismo penal, os preceitos da presunção da inocência, da reserva da jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*) e do habeas corpus constituem a base das garantias pelas quais historicamente ao menos se assegura o primado de uma jurisdicionalidade em sentido lato, enquanto o contraditório, a distribuição do ônus da prova, a iniciativa da parte para a ação e a defesa concreta do acusado conformam a jurisdicionalidade em sentido estrito (2008, p.45).

Observe-se, ainda, que o método inquisitório caracteriza-se apenas pelo sentido lato, visto que, como condição para existência da pena, exige-se apenas a existência de um juízo, qualquer que seja ele. Em contra partida, o modelo acusatório é configurado por ambos os sentidos, vez que se mostra imprescindível que o desenvolvimento em juízo pautar-se nas garantias processuais em matéria de prova e defesa, permitindo, então, sua verificação e sua falsificação (FERRAJOLI, 2010, p.557).

Neste sentido, tendo em vista a íntima relação existente entre o processo penal e o direito Constitucional, bem como o sistema acusatório que exsurge do corpo constitucional, depreende-se como garantias típicas da jurisdição penal os princípios do Juiz natural, do *nulla poena sine iudicio* e do *ne procedat ex officio e ne eate iudex ultra petitum et extra petitum* (POLASTRI, 2012, p. 286)

Nota-se que a carta Magna brasileira, no seu art. 5º, inciso LIV, ao positivar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, está garantindo que, para a aplicação da lei penal, torna-se imprescindível a existência de um processo perante um juiz. Vedando, portanto, a imposição de uma sanção penal sem a realização de um prévio processo penal, bem como a existência de processo sem justiça (POLASTRI, 2012, p.287).

No entanto, como já exposto *alhures*, a garantia da jurisdição deve ser lida para além da mera existência de um juiz como legitimador da pena. Na atual perspectiva do Estado Democrático de Direito, resta inconcebível a adoção do referido axioma apenas em seu sentido lato, sem que se garanta um juiz natural, imparcial e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição.

Seguindo este espírito, a Constituição de 1988 não se contentou em acolher o princípio da jurisdicionariedade de uma forma genérica, acolhendo também as suas derivações lógicas.

Dá análise do art. 5º, inciso LIII, o qual assegura que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, bem como do art. 5º, inciso XXXVII, o qual dispõe que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, nota-se que a CRFB consagrou o princípio do Juiz natural no ordenamento pátrio.

Importante salientar que “um dos pilares do juiz natural, no que diz respeito à vedação do juiz ou tribunal de exceção, reside exatamente na tutela da imparcialidade” (PACELLI, 2013, p. 449). E para que se possa garantir um juiz imparcial, faz-se necessário assegurar-lhe garantias constitucionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) que lhe deem independência funcional, e o possibilite exercer suas funções isento de possíveis coações políticas ou funcionais. Tais garantias que, em verdade, não pertencem à pessoa física do juiz, mas sim à coletividade, que possui o direito de ver seus conflitos sociais se resolverem de forma justa e imparcial (RANGEL, 2013, p.20).

Assim, da análise do artigo 5º, inciso LIII, juntamente como dos artigos 92 e 126, todos da Constituição Federal, observa-se que o princípio da imparcialidade do juiz também fora consagrado em nível Constitucional.

Por oportuno, ressalte-se que, não obstante algumas garantias constitucionais não estejam expressas, mas, ao invés, implícitas, isto não suprime sua natureza constitucional, por força do quanto expresso no § 2º do art. 5º da Constituição (POLASTRI, 2012, p.24).

### **3.1.3 *Nullum Judicium Sine Accusatione* e a Constituição de 1988**

Não obstante já ter sido amplamente defendido no Capítulo 2 desta obra a opção constitucional pelo sistema acusatório, faz-se necessário rediscutir alguns aspectos. Neste passo, como já exposto *alhures*, o sistema acusatório - que se mostra como verdadeira antítese do inquisitório - adota nítida separação de funções.

O princípio em análise exige um juiz imparcial, o qual só pode se manifestar mediante prévia provocação das partes, Como ensina Ferrajoli,

de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente, é a separação entre juiz e acusação. [...] ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado (2010, p.522).

De acordo com este princípio, cabe ao autor da ação realizar a acusação, recaindo, por conseguinte, sob ele todo o ônus da acusação. Veda-se a acusação de ofício, realizada pelo órgão julgador.

Neste sentido, aduz Paulo Rangel (2013, p.49) que:

No sistema acusatório, o juiz não mais inicia, *ex officio*, a persecução penal *in iudicium*. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para propositura da ação Na França, em fins do século XIX, surgiram os *les procureurs du roi* (os procuradores do rei), dando origem ao Ministério Público. Assim, o titular da ação penal pública passou a ser o Ministério Público, afastando, por completo, o juiz da persecução penal.

Registre-se, ainda, que somente a partir de uma leitura constitucional do processo penal, com afirmação dos princípios da imparcialidade e do juiz natural, poderá se ter uma efetivação do sistema acusatório. A igualdade entre as partes só se concretizará quando extinguir-se do ordenamento a possibilidade de um juiz que substitua a atuação ministerial, quer seja no oferecimento da denúncia, quer seja no âmbito do ônus de provar a veracidade das imputações feitas ao acusado (PACELLI, 2013, p. 11).

Nesta senda, observa-se que a imparcialidade do juiz não é uma mera exigência moral, mas sim de uma estrutura de atuação e, por conseguinte, deve-se afastar do juiz a iniciativa probatória, sob pena de está o magistrado atuando de ofício, em um nítido retrocesso ao sistema inquisitório (LOPES JUNIOR, 2013, p.224).

No que se refere ao princípio acusatório, por diversas vezes já discutido aqui, entende-se que também fora acolhido na Carta Constitucional. Por certo, o art. 129,

inciso I, da CRFB, ao atribuir ao Ministério Público a promoção exclusiva da ação penal pública, elegeu, indubitavelmente, o referido órgão como titular privativo das ações públicas, extorquindo a função de acusação do julgador e optando por um modelo acusatório.

Assim, entende-se que foram consagrados os princípios do *ne procedat iudex ex officio* e do *ne eate iudex ultra petitem*. Por força do primeiro, veda-se a existência de um juiz inquisidor no ordenamento pátrio, bem como as atuações de ofício por parte do órgão julgador, visto que, a persecução penal deve ser realizada mediante promoção exclusiva do Ministério Público. Em razão do segundo, por seu turno, garante-se que a amplitude e o conteúdo da prestação jurisdicional sejam determinados pela acusação, não podendo, então, o juiz decidir além ou fora daquilo que foi pedido na imputação (POLASTRI, 2013, p.287).

Ressalve-se que, apesar da divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar ser característica acusatória de suma importância, ela, isoladamente, não pode ser vista, hodiernamente, como critério determinante para a classificação do sistema acusatório. De nada adianta assegurar uma separação inicial de funções, mas, com o decorrer da persecução, permitir que o juiz assuma um papel nitidamente inquisitorial (LOPES JÚNIOR, 2013, p.121-122).

Neste sentido, mostra-se oportuna a transcrição das lições de Fábio Roque de Araújo:

Esta inércia, que caracteriza este atuar equidistante, não deve ser obedecida, tão somente, para a propositura das ações. Com efeito, legitimar, por exemplo, que o magistrado seja responsável pela produção de provas, no processo penal, equivale a transformá-lo em órgão de persecução. Esta a razão pela qual não se pode conceber que o magistrado haja atuando na fase pré-processual possa julgar a causa após a propositura da denúncia/queixa-crime; tampouco se deve admitir que ao juiz sejam conferidos poderes de produção de provas, sob pena de se consagrar a figura do juiz de instrução, incompatível com o sistema acusatório (2008, p.57).

Deste modo, com a complexidade atual do processo penal, a eficácia do modelo acusatório está invariavelmente atrelada à efetivação do contraditório e da imparcialidade do juiz, e, por consequência lógica e inafastável, a iniciativa probatória sempre deverá pertencer às partes (LOPES JÚNIOR, 2013, p.122-123). E, como será demonstrado, não foi outro o posicionamento da Carta Política brasileira senão atribuir ao acusador todo o *onus probandi*.

### 3.1.4 *Nulla Accusatio Sine Probatione* e a Constituição de 1988

Como assevera Aury Lopes Júnior,

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximada de um determinado fato histórico. Como ritual, está determinado a instruir o julgador, a propiciar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). O fato probatório é sempre a afirmação de um fato (passado), não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova (por força do princípio *iura novit curia*) (2013, p.535).

Assim, pode-se conceituar prova, para os devidos fins legais, como sendo o “meio instrumental que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa” (RANGEL, 2013, p.451-452).

Nota-se que o processo penal e a prova integram o que Aury Lopes Júnior (2013, p.536) denominou de “modos de construção do convencimento do julgador”, que terá por escopo formar a convicção do magistrado e legitimar o poder contido na sentença.

Das lições acima expendidas, pertinente destacar que a prova é direcionada ao Juiz, com a finalidade de convencê-lo acerca do quanto alegado/provado. Outrossim, destaca Denilson Feitosa que:

“[...] o juiz precisa da prova dos fatos, seja porque não pode se abster de decidir (princípio da indeclinabilidade da jurisdição), alegando que faltam provas e proferindo o *non liquet* como já puderam fazer os antigos romanos, seja porque o juiz pode decidir livre e imotivadamente (princípio da persuasão racional do juiz), mas segundo o que foi alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*) e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*)” (FEITOSA, 2008, p. 634).

Ademais, em decorrência do princípio da imparcialidade do juiz, este, via de regra, não pode apoderar-se da função de acusador ou de defensor, subtraindo para si a iniciativa da ação ou da produção de provas (FEITOSA, 2008, p.634). As exceções devem ser vistas apenas nos sistemas inquisitórios, onde os julgadores, legitimados pela busca incansável pela verdade real, são os mesmos que acusam e que possuem o ônus da prova.

Não se pode olvidar, ainda, que toda discussão acerca dos meios de prova no processo penal deve, imprescindivelmente, passar pelo crivo do modelo processual acolhido pelo ordenamento jurídico, seja relativo à definição das funções investigativas, seja no tocante à fixação e distribuição do ônus probatório (PACELLI, 2013, p.330).

Existe, então, uma íntima relação entre o regime legal das provas e os sistemas processuais, ao passo que é a gestão/iniciativa probatória que funda o próprio sistema (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 540-541). Revela-se, deste modo, de extrema pertinência averiguar a quem pertence a gestão das provas em dado ordenamento, visto que saber se tal gerência pertence ao judiciário ou às partes implica em classificar o sistema em inquisitório (primeira hipótese) ou acusatório (segunda hipótese).

Por ônus da prova, entende-se que:

[...] é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações. Trata-se de uma obrigação consigo mesmo que, se não for cumprida, ninguém, a não ser o encarregado, sairá prejudicado. Difere do dever, que é sempre para com outrem e faz nascer o direito subjetivo. O ônus não, pois não corresponde a nenhum direito subjetivo e, se o encarregado de realizar o ato não o faz, apenas ele sofrerá com sua inércia ou ineficiência (RANGEL, 2013, p. 493).

Dito isto, aponta-se que no sistema acusatório, em que os processos de verificação são baseados no método da prova e da refutação, os três sujeitos do processo possuem papéis distintos bem definidos, formando uma verdadeira estrutura trigonal - a prova fica a cargo do acusador, a refutação a cargo da defesa e o juiz como um terceiro incumbido de proferir as decisões. Registre-se, ainda, que a esta estrutura são garantidos, normativamente, os três axiomas finais de Ferrajoli, a saber: o princípio acusatório, permitindo ao acusado contestar a acusação formulada pelo acusador; o princípio do ônus da prova, ficando este a cargo da acusação; e o princípio do contraditório, garantido ao acusado defender-se de todas as acusações contra ele formuladas (FERRAJOLI, 2010, p.558).

No referido sistema, a verdade perseguida, considerada como relativa ou formal, é obtida através do livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo. Neste conflito, o primeiro passo compete à acusação, sendo à defesa assegurada a presunção de inocência até que se prove ao contrário. Ou seja, cabe à acusação o ônus de provar o contrário, o quanto alegado na acusação, sendo

vedado distribuir ao imputado tal ônus ou ao juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações apresentadas (FERRAJOLI, 2013, p.562).

Observa-se, então, que “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento [...] determinando que a carga probatória seja inteiramente do acusador [...] e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.230).

Em contra partida, no sistema inquisitivo a verdade almejada e perseguida é tida como absoluta e única, sendo sua obtenção remetida de maneira exclusiva à capacidade e ao poder de investigação do juiz-postulante. Neste paradigma, o juiz é o único protagonista na obtenção da verdade, exercendo simultaneamente o papel de acusador e de julgador, exigindo, ainda, a colaboração do imputado. Neste contexto, não se pode falar em ônus da prova pertencente à acusação, mas, no máximo, de necessidade da prova, a qual é exigida, pretendida (ou totalmente extorquida) do próprio acusado (FERRAJOLI, 2013, p.562).

Do quanto exposto, observa-se que o axioma garantista em comento, indubitavelmente, imputa todo o ônus da prova ao acusador, visto que este quem deve provar o quanto alegado em sede de acusação, cabendo ao débil da relação (o réu) apenas o dever de refutar as alegações que lhe são atribuídas, sendo-lhe garantida a presunção de inocência. Ademais, afasta também o ônus da prova da figura do julgador, o qual deverá decidir a demanda com base no quanto alegado pelas partes, ficando-o defeso de requerer provas de ofício, sob pena de perder sua imparcialidade.

Como já exposto *alhures*, o princípio do ônus da prova está intimamente relacionado com os princípios da presunção de inocência e acusatório.

Com efeito, por força da divisão bem definida de funções, decorrente do princípio acusatório, ao juiz não se é mais atribuído o ônus da prova, devendo o mesmo, ao decidir o caso, embasar-se tão somente no quanto colhido pelas partes durante a persecução criminal.

Noutro giro, também conforme lições já expendidas neste trabalho, por ser o réu presumidamente inocente, a este não cabe o ônus de provar quem não cometeu o delito, mas tão somente de refutar as alegações que lhe forem imputadas, valendo-

se, inclusive, do direito de permanecer-se em silêncio. O *onus probandi* recaí, então, sobre a figura do acusador.

Deste modo, “o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas” (PACELLI, 2013, p. 333) e, como aponta Roxin, “*de acuerdo con él, una condena exige que el tribunal esté convencido de la culpabilidad del acusado, toda duda en ese supuesto debe impedir la declaración de culpabilidad*” (2000, p.111).

Nessa ordem de ideias, a Constituição brasileira, ao prever em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, elegeu o princípio da presunção inocência como axioma imperativo constitucional, corroborou com a escolha legislativa pelo sistema acusatório em detrimento dos demais, bem como incumbiu à acusação todo o ônus probatório.

Imperioso se faz consignar, ainda, que quanto ao Ministério Público, por força do art. 127, *caput*, da constituição, este possui o dever de defender a ordem jurídica, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis. Desta forma, tanto em razão da condenação quanto da absolvição, deve o Ministério Público atuar probatoriamente, haja vista que a obtenção de uma condenação injusta ou ilegal será uma clara afronta ao seu dever constitucionalmente estipulado (FEITOSA, 2008, p.635-636).

### **3.5.5 *Nulla Probatio Sine Defensione* e a Constituição de 1988**

Segundo aponta Tourinho Filho, este axioma garante que o acusado não seja condenado sem que seja devidamente ouvido, sendo-lhe garantido que este conheça a acusação que lhe é imputada, podendo, então, contrariá-la. Este princípio vigora em todos os processos que adotem o modelo acusatório (2012, p.49).

Ou seja, os dois polos da garantia do contraditório são o direito à informação e à participação dos indivíduos na Administração da Justiça. Sendo que, para poder participar, deve ser necessariamente garantida a informação ao indivíduo. A

participação se dá por meio da reação, vista como resistência à pretensão jurídica acusatória articulada (LOPES JÚNIOR, 2013, p.233).

Por conta deste princípio, é garantido às partes, ainda, “plena igualdade de condições, sofrendo o ônus de sua inércia no curso do processo” (RANGEL, 2013, p.18). Assim, o axioma abordado não se limita a assegurar o direito à informação de todos os fatos ou alegações contrárias às partes e à reação de ambos, mas também garante que a oportunidade de resposta se realize na mesma intensidade e exatidão (PACELLI, 2013, p.43).

Neste diapasão, depreende-se das lições de Aury Lopes Júnior (2013, p.232) que, em uma perspectiva atual, o contraditório é visto como um direito pertencente às partes de debaterem frente ao juiz, destacando-se que tal direito não se encerra no direito conferido às partes de ter uma ampla participação no processo. Por conta do princípio do contraditório, exige-se que o juiz tenha uma participação ativa – não devendo se confundir com o Juiz-Inquisidor ou com atribuição de poderes instrutórios –, respondendo adequadamente sempre que invocado pelas partes, fundamentando todas as suas decisões, evitando surpresas e atuações de ofício (esta última merecendo maior relevo). Destarte, ao sentenciar, mostra-se crucial que se observe a correlação acusação-defesa-sentença.

Destarte, pode-se afirmar que:

A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas (FERRAJOLI, 2010, p.564).

Ademais, deve-se entender que o contraditório se põe como método de conhecimento do caso penal, visto que, a estrutura dialética de afirmações e negações que este axioma garante se revela extremamente proveitosa no convencimento do judicial, permitindo uma vasta análise de toda matéria de fato e de direito do caso *sub examine*. Não se pode perder de vista que, quanto maior a efetiva participação dos interessados nas fases judiciais, maior a probabilidade da decisão judicial se aproximar dos fatos e direitos aplicáveis, na exata medida em que consiga abranger a totalidade dos argumentos favoráveis ou contrários a uma ou outra pretensão (PACELLI, 2013, p.44).

O princípio do contraditório, bem como o da ampla defesa, foi previsto constitucionalmente no art. 5º, inciso LV, da Constituição nacional, o qual consignou que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Conforme Marcellus Polastri Lima, este princípio:

Assegura a ampla defesa ao acusado com igualdade para as partes no processo, advindo, daí, o princípio da isonomia processual e da liberdade processual, podendo o acusado escolher seu defensor, e, na impossibilidade ou falta de condições para custear a defesa, é assegurada a nomeação de advogado pelo juiz (2012, p.42).

No que se refere aos corolários acima reportados, pode-se afirmar que o princípio da isonomia processual garante à parte contrária o direito de ser ouvida nas mesmas condições em que se manifestou a outra parte. No concernente ao princípio da liberdade processual, assegura-se ao acusado a faculdade de nomear advogado de sua preferência, bem como de produzir provas (FEITOSA, 2008, p.135).

Com efeito, este princípio “está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*”, visto que obriga que a verdade processual seja alcançada não só a partir da versão da acusação, mas também a do acusado. Torna-se imprescindível ao juiz conceder ouvida a ambas as partes, sob pena de se tornar parcial, ao passo que só conhecerá metade do que deveria ter conhecido (LOPES JÚNIOR, 2013, p.231).

Ressalta Paulo Rangel, ainda, que garantir o contraditório durante a instrução é inerente ao próprio direito de defesa, visto que não há de se imaginar um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem que se garanta ao acusado a oportunidade de desdizer o quanto alegado pelo acusador na exordial acusatória (2013, p.17).

Destarte, da análise do referido artigo, bem como do quanto já debatido acerca do princípio ora em comento, observa-se que garantiu o legislador constituinte ao indivíduo acusado, seja em processo administrativo ou judicial, o direito de ser amplamente informado sobre a acusação, para poder, então, e se quiser, participar efetivamente de toda a fase processual, se defendendo de tudo quanto lhe for imputado.

Realizada a devida abordagem acerca das características que identificam um sistema garantista, partindo sempre do conceito garantista proposto por Luigi Ferrajoli, outra não poderia ser a conclusão senão que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 optou pelo modelo garantista penal.

Com efeito, a nova Carta Republicana alterou sensivelmente o sistema autoritário até então vigente, implantando um processo penal mais democrático e garantista, conferindo aos indivíduos toda uma gama de seguranças jurídicas na esfera penal.

Conforme aponta Pacelli:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Art. 5º, LVII, CFRB) (2013, p.8).

Por certo, os axiomas de cunho garantista trabalhados no presente capítulo, seja de forma expressa ou por decorrência lógica, encontraram guarida no corpo constitucional brasileiro, e, por conseguinte, passam a modelar o ordenamento jurídico penal como um todo. Afinal, não obstante todas as normas jurídicas apresentarem caráter imperativo, “na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua supremacia em face às demais” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.106).

Desta feita, restou demonstrado que, no que concerne ao processo penal, a CRFB acolheu o garantismo penal, visto que não será aplicada pena senão em decorrência de um processo penal, realizado sob o crivo do contraditório, sem a possibilidade da inversão do ônus da prova, no qual será conferido ao réu, inclusive, o direito de manter-se calado. Apontando, ainda, que o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema acusatório (ARAÚJO, 2008)

#### **4 DA (IM) POSSIBILIDADE DO JUIZ PROFERIR SENTENÇA CONDENATÓRIA, EM AÇÃO PENAL PÚBLICA, CONTRARIANDO O POSTULADO ABSOLUTÓRIO DO *DOMINUS LITIS*.**

Realizado o debate acerca dos sistemas processuais penais e o modelo adotado pela Carta Constituinte 1988, bem como feita a necessária aproximação entre o processo penal e a Constituição, por meio do sistema garantista adotado pelo legislador constituinte nacional, passa-se ao enfoque principal do presente trabalho, qual seja: uma interpretação constitucional, pautada nas garantias penais e axiológicas adotadas no ordenamento pátrio, acerca da possibilidade do juiz, na ação penal pública, proferir uma sentença condenatória quando o Ministério Público houver postulado pela absolvição do denunciado.

Em outros dizeres, passa-se a questionar se a condenação contrária à postulação absolutória formulada pelo Ministério Público, na ação penal pública, possui guarida no ordenamento brasileiro ou se, ao contrário, representa um óbice à concretização dos preceitos fundamentais garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

O intérprete menos avisado, que se restrinja à análise infraconstitucional da questão, de imediato concluir-se-á que a referida condenação é perfeitamente cabível, por força da redação dada pelo legislador infraconstitucional ao artigo 385 do Código de Processo Penal pátrio. No entanto, não obstante o mencionada artigo ainda se encontrar presente no ordenamento hodierno, diante do quanto já exarado e debatido nos capítulos antecessores, percebe-se que tal debate não é tão simplório.

Como é cediço, quando um novo texto constitucional entra em vigor, constrói-se uma nova ordem jurídica, tornando-se evidente que todos os dispositivos legais devem estar compatibilizados aos seus ditames. No Brasil vigora o princípio constitucional da continuidade da ordem jurídica, e, por conta deste, todos os atos legislativos anteriores à nova Constituição são aproveitados, desde que com ela compatíveis (SILVA NETO, 2010, p.148).

Conforme lições de Dirley da Cunha Júnior:

O princípio da recepção é o fenômeno pelo qual a Constituição nova recebe a ordem normativa infraconstitucional anterior, surgida sob a égide das Constituições precedentes, se com elas tais normas forem

substancialmente compatíveis. [...] Contudo, se o direito pré-constitucional não se harmoniza materialmente com a nova Constituição, não será recepcionado por esta, mas sim por ela revogado. Logo, na hipótese há de se aplicar o princípio *lex posterior derogat priori*. (2010, p.259).

Como já destacado anteriormente, por ser o Decreto-Lei nº 3.689/41 anterior à Constituição em vigência, revelando-se verdadeiro reflexo do Estado Novo Vargasista, norteado por princípios que, por vezes, mostram-se diametralmente opostos ao atual Estado Democrático de Direito implantado em outubro de 1988, os seus artigos devem necessariamente passar por uma leitura constitucional, a fim de que sejam verificados quais foram acolhidos e quais não encontraram amparo no ordenamento em vigor.

Como salienta João Francisco Neto (2010, p. 1):

A bem da verdade, ninguém discute que o Código de Processo Penal, elaborado sob a égide do regime ditatorial de Getúlio Vargas, contém diversos artigos que não foram recepcionados pela nova ordem constitucional, daí a mobilização dos legisladores para elaboração de um novo Estatuto Processual, compatível com as garantias fundamentais insculpidas na Carta Política de 1988.

Neste diapasão, mostra-se imprescindível atribuir a real e correta efetividade ao sistema penal acusatório democrático adotado na Constituição de 1988, visto que, ainda hoje, a prática jurídico-penal processual continua sendo flagrantemente inquisitiva, revelando-se em verdadeira desconformidade com as cláusulas pétreas fundamentais e com os princípios de Direitos Humanos que vigem na Carta Magna Pátria (MAIA NETO, 2008, p.453).

A problemática, deste modo, gira em torno da conformidade entre a sistemática prevista no Código de Processo Penal de 1941 e a Constituição Federativa do Brasil, visto que todos os dispositivos do Código de Processo Penal que sejam de natureza inquisitória devem ser considerados substancialmente inconstitucionais e, por óbvio, afastados do ordenamento (LOPES JUNIOR, 2013, p. 234).

A pertinência do debate proposto, então, salta os olhos, pois, como bem leciona Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (1992, p.24). Logo, imperioso se faz tentar dar o máximo de efetividade as garantias positivadas na Constituição e para tal, faz-se necessário rechaçar todas as regras contrárias à Carta Política em vigor.

Observa-se, ainda, que permitir que o referido artigo continue em vigor, é ir de encontro a importantes princípios fundamentais, em especial à liberdade do indivíduo. Aury Lopes Júnior, visando ressaltar a importância que se deve dar à efetividade das garantias na área criminal, assim assevera:

No processo penal, em (radical) câmbio, do que estamos tratando? Não é do ter, mas sim da liberdade. No lugar da coisa, pensa-se na liberdade, de quem, tendo, está na iminência de perder, ou que já não tendo pode recuperá-la ou perdê-la ainda mais. Trata-se de voltar para casa ou ser encarcerado (LOPES JUNIOR, 2013, p.84).

Dito isto, observa-se que diz o Código de Processo Penal, em seu art. 385, *in verbis*:

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

Inicialmente, antes de adentrar no mérito do problema, impende consignar crítica realizada por parte da doutrina no que concerne ao termo escolhido pelo legislado no art. 385 para a manifestação do órgão ministerial.

Por se tratarem de hipóteses de ações penais públicas, o emprego do termo “opinar” mostra-se equivocado, visto que, não se pode olvidar que o Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, exerce ato de promoção da ação penal figurando como verdadeira parte, encontrando o termo “opinar” melhor adequação nas hipóteses em que o Ministério Público age como *custos legis*, como verdadeiro fiscal da lei (HAMILTON, 2007, p.168).

Aponte-se que o pedido do Ministério Público na ação penal pública, uma vez que age como verdadeira parte no curso do processo encontra-se na exordial acusatória, a qual pede pela condenação do denunciado, podendo o juiz acolher ou não por ocasião de sentença. Desta forma, no decorrer do processo de declaração, entende-se que o *Parquet* requer, postula e promove a ação penal (HAMILTON, 2007, p.168).

#### 4.1 DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO (SISTEMA) ACUSATÓRIO

Conforme exposto *alhures*, da interpretação sistemática da Constituição brasileira, vê-se que esta adotou o sistema penal acusatório em detrimento dos demais, positivando, de forma expressa ou implícita (art. 5º, §2º), princípios que se revelam

como verdadeiras garantias conferidas aos cidadãos, deixando nítido o seu espírito democrático e optando por dar uma maior efetividade às garantias individuais, em especial destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é desmedido reiterar aqui que neste modelo processual, inversamente à inércia que se exige do órgão julgador estão as atividades das partes. Frente à evidente inatividade imposta ao magistrado, atribuiu-se às partes um papel fundamental dentro do processo, ao passo que estas passam a ser responsáveis por investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos (LOPES JÚNIOR, 2013, p.110). Deste modo, observa-se que o sistema acusatório adotado no ordenamento nacional estabelece um verdadeiro processo de partes.

Com efeito, por força do art. 129, inciso I, da CRFB, o Ministério Público é o titular da ação penal pública, sendo-lhe sua função “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Nota-se, então, que se tratando de ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada, a legitimidade ativa sempre ficará a cargo do órgão ministerial, não só por se tratar de regra imanente do sistema acusatório adotado, mas também por força expressa constitucional (PACELLI, 2013, 107).

Sendo que, a diferença que se nota entre estas duas modalidades de ação pública consiste no fato de que, enquanto na primeira modalidade o Ministério Público só poderá (deverá) propor a ação mediante prévia representação do ofendido, e desde que presentes os elementos objetivos e subjetivos do fato, na incondicionada, como o nome já diz, o Ministério Público poderá (deverá) propor independentemente da vontade de quem quer que seja, bastando, para isso, que existam indícios suficientes de autoria e prova da materialidade de fato (RANGEL, 2013, p.230).

Observa-se, deste modo, que nos crimes de ação penal pública, o Estado, através de dois órgãos distintos (Ministério Público e Juiz), passa a exercer dois direitos (deveres) antagônicos entre si (acusar e punir). Duplicidade esta resultante do sistema acusatório adotado no ordenamento brasileiro (LOPES JUNIOR, 2013, p.1095).

Como preconiza Vladimir Aras, na ausência de acusação por parte do Ministério Público, seja na fase inicial (na denúncia), ou na fase derradeira (alegações finais), não é facultado ao magistrado exercer o *ius puniendi* estatal, pois se assim o fizer,

estará transformando-se “em parte no processo penal e autor da tese acusatória já abandonada pelo *dominus litis*” (2013, p.02), hipótese em que todo o sistema acusatório trazido na Constituição Federativa do Brasil estaria sendo violado. Repita-se: o juiz não pode usurpar a função acusatória!

Tal entendimento em muito resulta da nova feição atribuída ao Ministério Público pela Constituição de 1988, senão observe-se.

Com efeito, o novo ordenamento alterou-se sensivelmente o papel do MP na ordem jurídica nacional, contemplando-o, como se pode ver nos arts. 127 e 129, “além da titularidade privativa da ação penal pública, inúmeras e relevantes funções na defesa jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (PACELLI, 2013, p.460).

Sendo assim, nota-se que o Ministério Público deixou de ocupar a posição de “órgão de acusação” para integrar a posição de “órgão legitimado à acusação”, a qual lhe possibilita adotar uma postura imparcial e voltada exclusivamente ao cumprimento dos preceitos constitucionais e legais, desvincilhando-se do objetivo unicamente punitivo (COELHO e SOUZA, 2009, p. 115).

Sinalizam, ainda, Alex Gonçalves de Coelho e João Edson de Souza que:

Tal fato possibilita ao Promotor de Justiça/Procurador da República optar pela persecução penal definitiva, ou mesmo pela opção de determinar a absolvição do acusado. A propósito, quando se diz “determinar”, o termo deve ser entendido de maneira restrita na medida em que a Constituição é clara ao atribuir ao Ministério Público o poder de mover a ação penal. Caso não mova ou acredite que não deva ser movida, não pode o Poder Judiciário usurpar tal atribuição constitucional, condenando aquele que deveria ser absolvido como apontado pelo exclusivo detentor da ação penal, a exemplo do nefasto e arcaico art. 385 do CPP (2009, p.115).

Nesta senda, observa-se que ao Ministério Público foi conferida especial posição de titular da ação penal, legitimado a defender a ordem jurídica, o regime democrático constitucional, bem como os interesses sociais e individuais indisponíveis, não podendo o juiz apropriar-se de tal função.

Neste sentido, assevera Cândido Maia Neto que:

Ao se definir a correta postura institucional do Ministério Público coloca-se no escanteio a mera retrograda função única de acusar, marcando assim posição contra o império do abominável sistema inquisitivo. A missão sublime, uma e indivisível do Ministério Público como instituição de defesa das garantias judiciais e do sistema penal acusatório democrático faz do representante do *Parquet* um verdadeiro Ombudsman dos Direitos Humanos (2008, p.454).

Ademais, a separação entre as figuras do acusador e do julgador exerce uma dupla função garantista, ao passo que ninguém pode ser acusado senão pelo seu promotor natural e julgado por um juiz imparcial (ARAS, 2013, p.02).

O princípio do promotor natural, inerente ao devido processo legal, é garantido constitucionalmente, sendo extraído da interpretação sistêmica dos incisos XXXVII e LIII do art. 5º, da CRFB. Tal princípio garante a todos da sociedade a existência prévia, em lei, de um órgão de execução do Ministério Público, vedando, pois, a possibilidade de privar-se a liberdade e/ou bens dos indivíduos sem que o órgão responsável pela acusação tenha garantia de fazê-lo com a necessária independência. O chamado “promotor por encomenda” é expressamente proibido (RANGEL, 2013, p.36-38).

Constata-se agora, então, que se o representante do *Parquet*, único competente para acusar o indivíduo naquela jurisdição, postular fundamentalmente pela absolvição do indivíduo, não pode o Estado-Juiz condená-lo (ARAS, 2013, p.02).

Quanto à garantia do juiz imparcial, ficam os argumentos guardados para o tópico subsequente, no qual trará uma abordagem mais detalhada sobre a questão.

Ademais, não se pode olvidar, no que tange à finalidade do processo penal, que ao lado da busca pela satisfação da pretensão acusatória, está a sua função constitucional, a qual lhe impõe a serviço do projeto democrático (LOPES JÚNIOR, 2013, 78), e, como salientou Luiz Antonio Fleury Filho, “o Ministério Público é tanto mais forte e independente, quanto mais autêntico o regime democrático” (1999, p.947).

Deste modo, ao titular da ação pública, cabe dar a máxima efetividade às garantias fundamentais, podendo, se for o caso, postular pela absolvição do acusado. Hipótese em que não poderá o juiz proferir uma sentença penal condenatória.

Dessa forma sinaliza Vladimir Aras:

Não pode o magistrado condenar o réu diante de pedido de absolvição do titular da ação penal, porque isto ofende o dever objetivo de imparcialidade, fere o devido processo legal e viola o princípio acusatório, que prevê um processo penal de partes.

Para uma melhor compreensão, opta-se por uma análise minuciosa sobre os reflexos ao sistema acusatório que uma sentença penal condenatória contrária à postulação do titular da ação penal pública pode acarretar.

#### 4.1.1 Da violação ao Princípio da Imparcialidade do Juiz

Com efeito, a legislação brasileira caminha no sentido de purificar ao máximo o sistema acusatório, atribuindo a cada sujeito processual não apenas as suas funções precípuas, mas sim as suas funções absolutamente exclusivas, garantido, desta feita, uma maior segurança ao réu, visto que, na medida em que se assegura a neutralidade do órgão julgador, passa a adotar-se um processo penal mais democrático (SILVA JARDIM, 2012, p.31).

Insta ressaltar, ainda, que:

*La competencia judicial para el derecho de penar no se ha alterado en el proceso acusatorio, que es en realidad una institución técnico-artificial y una creación del Estado de derecho. El proceso acusatorio ha configurado el proceso penal [...] como un “actus trium personarum”. El sentido y el fin de esta medida de política procesal es dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal, para garantizar la imparcialidad de su actuación, es decir, hacer depender la realización de la justicia punitiva del ejercicio de un derecho de acusación, que se dirige a la actuación del poder punitivo del juez (GOLDSCHMIDT, 1961, p.49).*

Nota-se, então, que com a separação de funções de julgar, acusar e defender, inerente ao modelo acusatório adotado no ordenamento brasileiro, foi-se retirado os poderes investigativos e instrutórios do magistrado, tudo isto com o escopo de assegurar uma decisão imparcial e democrática.

Em igual sentido, leciona Paulo Rangel, senão veja-se:

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais (2013, p.20).

Neste diapasão, observa-se que o juiz somente poderá exercer sua função propriamente jurisdicional depois de provocado pelo órgão ministerial, por força do *ne procedat iudex ex-officio* e os seus consectários lógicos. Assim, decorrente dos princípios e garantias adotados pela Constituição ora em vigor, que elegeu como dogma o sistema acusatório, percebe-se que ao Ministério Público reservou-se expressamente a iniciativa da ação penal pública, bem como os seus consequentes atos promocionais (LIMA, 2012, p.25).

Nesta senda, pode-se concluir, que quando o juiz discorda do requerimento absolutório, formulado pelo promotor natural da ação pública, este se torna parcial e assume automaticamente a figura do acusador, em uma nítida afronta ao modelo acusatório moderno. Sem embargos do poder de investigação dado ao juiz em tempos passados, hoje não é mais conferido ao Judiciário o poder de acusar e condenar, contrariando a posição Ministerial (MAIA NETO, 2008, p.463).

Constata-se, então, que o juiz, ao proferir uma sentença condenatória, em ação penal pública, após o Ministério

Público ter deliberado pela absolvição do réu, estará indo de encontro ao princípio constitucional da imparcialidade, ao passo que estará ele exercendo, concomitantemente, as funções de acusador – pois a acusação inicialmente formulada pelo Ministério Público haverá sido “abandonada” – e de julgador – este de forma totalmente parcial, haja vista o prévio entendimento pela condenação do, por ele, denunciado.

Tolerar que o juiz atue na produção de provas sem a prévia invocação das partes é equipará-lo ao órgão de acusação. Seria um juiz inquisidor que, além de permanecer, como devido, em uma postura de equidistância das partes, atua como se fosse, ele também, parte no processo, conduzindo a uma consequente quebra da imparcialidade. (ARAÚJO, 2008, p.59).

Apesar de, até 1988, o ordenamento brasileiro permitir ao juiz iniciar processo penal condenatório *ex officio*, ou seja, sem oferecimento de denúncia ou queixa, nas hipóteses estabelecidas na Lei nº 4.611/1965 (crimes culposos de lesão corporal ou de homicídio) e nos artigos 26 e 531 do Código de Processo Penal (contravenções penais), tais normas não foram recepcionadas pela Carta Cidadã de 1988. Atualmente, em nome do princípio da iniciativa das partes (*ne procedat iudex ex officio*), entende-se que a jurisdição penal é inerte quanto ao início do processo de conhecimento da pretensão punitiva, só podendo atuar após prévia provocação da parte (FEITOSA, 2008, p.197-198)

Na atual conjuntura constitucional, a figura do juiz deve ser vista como garantidora dos direitos fundamentais do acusado, bem como do seu estado de inocência, representando, acima de tudo, um óbice à pretensão condenatória e não um facilitador dela (ARAS, 2013, p.03).

Assim, a isenção do magistrado mostra-se como verdadeiro requisito *sine qua non* para o regular desdobramento da persecução penal, ao passo que um processo com juiz parcial é flagrantemente injusto, já nascendo com seu resultado pré-definido, à revelia do princípio constitucional do devido processo penal (COELHO e SOUZA, 2009, p.119). Em igual sentido, pode-se entender que uma sentença condenatória advinda de um juiz inquisidor, imparcial, desrespeita os princípios constitucionais da imparcialidade, e, por conseguinte, do devido processo legal.

A imparcialidade exigida constitucionalmente ao magistrado, que o afasta do papel de propulsor da pretensão punitiva, conforme se depreende das lições de Vladimir Aras, possui duas naturezas distintas, a subjetiva e a objetiva. Deste modo, “mesmo que subjetivamente se convença da responsabilidade criminal do acusado, o juiz estará objetivamente vinculado ao dever de isenção, que deriva do seu papel de terceiro desinteressado” (2013, p.03).

Isto porque, no sistema acusatório democrático, a participação do Poder Judiciário na investigação policial ou criminal deve ser vista tão somente no sentido de supervisionar os atos, exercendo função única de juiz garantista, verdadeiro tutor dos direitos individuais fundamentais do cidadão (MAIA NETO, 2008, p.457).

#### **4.1.2 Da violação ao princípio do contraditório**

Ao analisar o referido artigo, a bem verdade, com ênfase na sua segunda parte, Weber Martins Batista (1997, p.166) sinalizou a necessidade de reexaminá-lo “à luz dos princípios constitucionais garantidores do contraditório e da ampla defesa, pois, em muitos casos, a aplicação pura e simples da norma processual poderá causar prejuízo à defesa”.

Aproveitando a deixa do referido autor, propõe-se a presente obra a realizar tal reexame, no entanto, tendo por foco a sua primeira parte, já tão debatida neste capítulo.

Insta realizar agora, então, o devido confronto entre o princípio do contraditório e o referido artigo, visto que, como salienta Eugênio Pacelli, o princípio do contraditório é um dos mais estimados do processo penal, constituindo verdadeiro requisito de

validade processual. A sua inobservância, quando em prejuízo do acusado, pode ensejar nulidade absoluta do ato (2013, p.43).

Assim, observa-se que garante o art. 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Conforme se depreende das lições de Aury Lopes Júnior (2013, p.232), em uma perspectiva atual, o contraditório é visto como um direito pertencente às partes de debaterem frente ao juiz, destacando-se que tal direito não se encerra no direito conferido às partes de terem uma ampla participação no processo. Por conta do princípio do contraditório, exige-se que o juiz tenha uma participação ativa – não devendo se confundir com o Juiz-Inquisidor ou com atribuição de poderes instrutórios –, respondendo adequadamente sempre que invocado pelas partes, fundamentando todas as suas decisões, evitando surpresas e atuações de ofício (esta última merecendo maior relevo). Destarte, ao sentenciar, mostra-se crucial que se observe a correlação acusação-defesa-sentença.

Dito isto, decorre imediatamente a seguinte indagação: qual surpresa maior poderia ter o acusado do que a prolação de sentença condenatória contrária à postulação absolutória realizada pelo seu promotor natural? Susto maior não poderia tomar o réu, frente a uma atuação de ofício, típica de um juiz-inquisidor medieval.

Como assevera Geraldo Prado (2006, p.117), quando em alegações finais o órgão ministerial requer a absolvição do réu, o que ocorre em concreto no processo é que o acusado subtrai do debate contraditório a matéria referente à análise das provas que foram produzidas durante a instrução probatória e que possam ser tidas como desfavoráveis ao réu. Desta feita, inviabilizar-se-á a defesa do acusado, por não poder reagir a argumentos que não lhe foram apresentados.

Neste diapasão, por não poder o juiz fundamentar sua *decisum* em provas que não tenham sido objeto de contraditório, diz-se nula a sentença condenatória proferida quando a acusação pugna pela absolvição do acusado (PRADO, 2006, p.116/117).

Registre-se, ainda, que principalmente durante a persecução em Juízo, faz-se imprescindível garantir aos acusados a ampla defesa e o contraditório, sendo o ônus probatório incumbência de quem acusa. Ressaltando, ainda, que a insuficiência

probatória, seja de fato ou de direito, torna defesa a decisão condenatória, visto que sempre prevalecerão os princípios *sine culpa*, *sine poena* ou *in dubio pro reo* (MAIA NETO, 2008, p.455).

Observa-se, então, que em homenagem aos princípios do contraditório, ampla defesa e da presunção da inocência, cabe ao Ministério Público, titular da ação penal pública, provar em juízo tudo o quanto alegar.

Ademais, como ressalta Eugênio Pacelli de Oliveira, a escolha constitucional é no sentido da ampla defesa e não da ampla acusação, até porque esta é exercida por órgão estatal instituído e mantido para tal finalidade, ostentando força suficientemente satisfatória a atender os interesses da política criminal eventualmente adotada.

E conclui o referido autor que:

[...] isso somente será possível a partir da estruturação dialética do processo penal, de tal modo que se possa exigir, sempre, a efetiva participação defensiva, necessariamente contrária à tese acusatória. É precisamente por meio das objeções levantadas à acusação oferecida pelo Estado que se ampliará o leque probatório e argumentativo do processo, permitindo ao juiz o amplo conhecimento da causa, a fim de se atingir e de se chegar a uma decisão participada, proferida após o esgotamento das possibilidades de refutação da denúncia ou da queixa (2013, p.97-98).

Pelos fundamentos já trazidos à baila, nota-se que quando o membro do *Parquet* requer pela absolvição do réu nas suas alegações finais, retira-se do acusado a possibilidade de contradizer de maneira vasta e plena as matérias que durante a instrução probatória possam ter se direcionado em seu desfavor. Incabível, então, uma sentença condenatória que não tenha resultado de um amplo debate entre as partes, como exige a forma acusatória adotada pela Constituição.

Além disto, conforme ressalta Sergio Demoro Hamilton, “em se tratando de ação penal pública, é óbvio que o Ministério Público está obrigado a ofertar suas alegações finais, como parte autora” (1995, p.207), no entanto, observa-se que não está o *Parquet* fadado a buscar a condenação do acusado, pois o processo penal não pode mais ser visto como um “conjunto de atos em que se resume o castigo do réu”, como propôs Carnelluti (2004, p.21).

Ainda nas lições de Hamilton, depreende-se que a garantia à ampla defesa do acusado nas alegações finais merece tamanha relevância no ordenamento que, na hipótese de não serem efetivamente ofertadas pelo advogado constituído ou dativo,

deverá ser, imprescindivelmente, nomeado outro defensor para oferecê-las, sob pena de nulidade processual (1995, p.208).

Desta feita, as lições de Geraldo Prado merecem respaldo e acolhimento, visto que, a sentença penal condenatória contrária ao pedido absolutório formulado pelo órgão acusador em sede de alegações finais configura verdadeira afronta ao princípio supracitado, ao passo que não devolve a matéria probatória ao acusado, impedindo-lhe de defender-se de forma ampla. Caso se permita tal hipótese, estará, em verdade, dando efetividade a um novo princípio: o da ampla acusação.

#### 4.2 MINISTÉRIO PÚBLICO – PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA – Esvaziamento da Pretensão Acusatória

Uma vertente de irresignação apresentada por grande parte dos autores que advogam em sentido contrário à vinculação do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público nas ações públicas, *exempli gratia* Guilherme de Souza Nucci (2008), Fábio Bergamin Capela (2007), Aramis Nassif (2005) e Eugênio Pacelli Oliveira (2013), diz respeito à aplicabilidade do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, motivo pelo qual se torna oportuno excitar tal debate.

Com efeito, o Código de Processo Penal Brasileiro traz exarado no seu art. 42 o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, dispondo que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal”.

Tratando do princípio em comento, ensina Paulo Rangel que, uma vez proposta ação penal em face dos autores do fato ilícito, não pode o Ministério Público desistir do processo que apura o caso penal, visto que seu escopo consiste em perseguir em juízo tudo aquilo que é devido à sociedade pelo infrator da norma, para, sob a égide de todas as garantias constitucionais, se for comprovada a culpa, aplicar-lhe a sanção devida. Ressaltando, ainda, que por pertencer o *ius puniendi* ao Estado-Juiz, não pode o Ministério dispor de tal (2013, p.242).

Deste modo, nota-se que, conquanto inerente ao titular de um direito o poder de dispô-lo, por questão de política criminal, o Brasil adotou em seu ordenamento o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, em detrimento do princípio da

oportunidade. Diante disto, o Ministério Público, titular privativo da pretensão acusatória nas ações públicas, não possui o pleno poder de disposição que lhe seria de direito (LOPES JUNIOR, 2013, p.159).

Da interpretação deste princípio, o Magistrado Fábio Bergamin Capela (2007, p.2) entende que o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público não tem caráter vinculante em relação ao órgão jurisdicional. Segundo este autor, a não vinculação ao postulado absolutório do *dominus litis* decorre justamente da concretização do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, pois, se de forma diversa fosse entendido, estaria o ordenamento permitindo que o *Parquet* pudesse dispor da ação penal pública.

Sem embargos, imperioso se faz apontar que, apesar das limitações encontradas no ordenamento jurídico vigente, deve-se entender que se o Ministério Público pugnar pela absolvição (já que não pode desistir da ação), estará o magistrado vinculado a este pedido (LOPES JUNIOR, 2013, p.159), não por está o judiciário submetido ao órgão ministerial, mas por respeito aos princípios acusatórios adotados na Constituição Federal de 1988.

Como assevera Marcellus Polastri Lima, no que pese a indisponibilidade da ação penal pública, não podendo o Ministério Público desistir da ação após instaurá-la, isto não impede que o membro do *Parquet*, em fase própria, desde que convencido da inocência do acusado ou da insuficiência probatória, peça pela absolvição do réu, afinal, inconcebível acreditar que seja do interesse do Estado coadunar com uma sentença injusta (2012, p.47).

Conforme adverte Luigi Ferrajoli, não se pode entender o princípio da obrigatoriedade como um irrealizável dever de proceder em todo crime, mas sim como uma obrigação imposta à acusação estatal de promover o juízo para toda notícia crime que vier a seu conhecimento - ainda que para requerer o arquivamento ou postular pela absolvição, caso considere o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade (2010, p. 525). Desta análise, depreende-se que o Ministério Público não só possui legitimidade para postular pela absolvição do réu, como está obrigado a realizá-la quando a couber.

Registre-se que, quando o Ministério Público postula pela absolvição, não o faz por dispor a ação. Ocorre que, como agente público, está o órgão ministerial obrigado à

estrita observância dos princípios da objetividade, impessoalidade e, principalmente, legalidade. E, neste ponto, não se pode entender diferente, senão pela absoluta ilegalidade da acusação (tanto a inicial quanto a derradeira) quando não se encontrarem presentes a justa causa, a punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 383).

Percebe-se então que quando o Ministério Público pugna pela absolvição do acusado, não está o referido órgão desistindo da ação, mas tão somente da sua tese acusatória inicial, passando, por questão de direito e justiça, a defender tese idêntica à apresentada pelo acusado, pela absolvição.

Em igual sentido, manifesta-se Cândido Maia Neto, senão observe-se:

Não há, no sistema penal acusatório democrático a possibilidade do magistrado condenar o réu contrariando a tese ministerial de absolvição, porque torna-se acusador e quebra a regra dos princípios do *onus probandi* e do contraditório, uma vez que não mais existe entre as partes litigantes posições opostas, quando a “acusação” e a defesa expõem a mesma tese (2008, p.463).

Aos que alegam que em tal hipótese estaria o MP dispondo da ação penal, certamente desperceberam que, em verdade, está o *Parquet* desistindo apenas do seu objeto, qual seja: a pretensão acusatória. Passando a agir como defensor da ordem jurídica e democrática, funções constitucionais que lhe foram outorgadas, vide arts. 127 e 129 da CRFB.

Deste modo, por estar o *ius puniendi* do Estado-Juiz condicionado à invocação feita pelo órgão ministerial, o qual o faz através do exercício da pretensão acusatória, o postulado absolutório equivale ao não exercício da pretensão acusatória. Assim, nota-se que em tal hipótese está o acusador abrindo mão de proceder contra o réu, não podendo o magistrado condená-lo, sob pena de exercer o poder punitivo sem a devida invocação, agindo como verdadeiro Juiz-Inquisidor (LOPES JUNIOR, 2013, p.159).

Abordando tal problemática, assevera Paulo Rangel que:

Há o exercício da ação penal e o MP dele não pode desistir, mas não há mais acusação: a imputação de infração penal. O MP desistiu da pretensão acusatória do crime descrito na denúncia e não da ação penal. Não podemos confundir ação com processo. A ação deflagra a jurisdição e instaura o processo, porém se esgota quando a jurisdição é impulsionada. Agora, daqui pra frente, o que temos é o processo, não mais a ação. Aquela (pretensão acusatória) é que é o objeto do processo penal e aqui é que tudo se resume: objeto do processo (2013, p.65).

Atente-se que não pretende o presente trabalho defender a disponibilidade da ação penal pública pelo seu titular privativo, a qual, por questões de política criminal, foi-lhe subtraída. O que se debate neste é a possibilidade do MP desistir da pretensão acusatória, ou seja, da imputação criminal que foi realizada na denúncia e, como se constatou, tal hipótese é perfeitamente cabível, por não se interessar o Estado por uma Sentença injusta.

Ademais, mostra-se oportuno ressaltar que a doutrina, tanto a brasileira quanto a alienígena, vem apontando para uma relativização do princípio da indisponibilidade, afirmando que este não poder mais ser lido de forma absoluta, senão como um meio concretizador de garantias próprias do Estado Democrático de Direito.

Assim, ressalta Luigi Ferrajoli que:

[...] a obrigatoriedade da ação penal é só um aspecto ou, se quisermos, um corolário de outras essências características estruturais do sistema garantista SG: primeiramente, da legalidade ou sujeição apenas às leis de toda a função judiciária, o que exclui seu impulso por base em critérios puramente arbitrários e potestativos; em segundo lugar, da indisponibilidade das situações penais que previne o valor dirimente da confissão do imputado ou o poder absolutório dos órgãos de acusação, em geral impedindo importância de transações, aceitações ou renúncias entre as partes em causa; em terceiro lugar, do princípio da igualdade penal, que impede sobre a oportunidade do processo, ou, pior, por avaliações acerca do comportamento processual do imputado e particularmente sobre sua disponibilidade para negociar com a acusação (2010, p. 525).

Segundo este autor, o princípio da obrigatoriedade é uma consequência lógica do próprio sistema garantista estatal, não podendo ser, deste modo, visto como mero juízo de “não derrogação do juízo”, como se tem alegado em doutrina, mas sim como verdadeira garantia do Estado Democrático de Direito (2010, p.525).

Em igual caminhar, leciona Cândido Furtado Maia Neto (2008, p.456) que tanto o princípio da indisponibilidade quanto o da obrigatoriedade da ação penal pública não são mais tidos, em tempos atuais, como absolutos. Conforme este autor, a doutrina, a literatura, a legislação e as jurisprudências mais avançadas, visando uma melhor e mais democrática solução dos casos levados a juízo, vêm optando pela relativização destes princípios. Passa-se a aplicar princípios mais humanitários e adequados ao sistema Democrático de Direito, instituído no art. 1º da Carta Magna nacional. Ou seja, o Ministério Público – órgão encarregado da promoção da ação penal – passa a ser o responsável em definir a política criminal oficial do Estado, escolha feita em cada caso *in concreto*.

De igual forma, manifesta-se Denilson Feitosa (2008, p.200-201). De acordo com suas lições, na atualidade existe uma tendência à mitigação dos princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade, sobretudo em relação às infrações penais tidas por menos graves.

Ainda de acordo com o segundo autor, o art. 76 da Lei Federal nº 9.099/95, o qual instituiu a transação penal, abrandou o rigor do princípio da obrigatoriedade, passando a ser denominado mais adequadamente princípio da oportunidade regrada. Ademais, esclarece que o art. 89 da mesma Lei, o qual instituiu a suspensão condicional do processo, é uma clara mitigação do princípio da indisponibilidade.

Neste compasso, faz-se imperioso destacar que:

Como atualmente predomina a concepção da natureza pública do conflito de interesses penal, que se transforma em caso penal, sendo a sanção penal pública e portanto resultante de uma atribuição estatal, a vedação cada vez menos rigorosa à disponibilidade do conteúdo do processo penal está guiada pela assunção do interesse público subjacente (PRADO, 2006, p.116).

Deste modo, por entender que em determinados casos o *dominus litis* pode (deve) renunciar ou dispor da ação penal, desde que pautado em critério de justiça ou que justifiquem o exercício da prestação jurisdicional do modelo Democrático, defende Cândido Maia Neto que:

Pleiteada pelo Ministério Público a absolvição do acusado, implica na desnecessidade de julgamento de mérito pelo Poder Judiciário – julgamento antecipado da lide a exemplo do disposto no art. 267 do CPC: quando o autor desistir ou retirar a ação; quando se verificar ausência de pressupostos legais ou quando não concorrer qualquer das condições da ação. Decisão judicial declaratória de extinção do feito, por falta de legitimidade de causa, do interesse de agir e de pressupostos processuais como condições indispensáveis para a ação penal, nos termos do art. 647/648 do Código de Processo Penal (2008, p.454).

Apesar de reconhecer os avanços no sentido da relativização do princípio da indisponibilidade da ação penal pública e entender que, hodiernamente, faz-se necessário buscar um conceito mais garantista e humanitário para o referido princípio, por motivo de corte epistemológico, não pretende o presente trabalho realizar a referida busca conceitual, nem tampouco defender o afastamento deste princípio do ordenamento.

Para o presente trabalho, entende-se que, não obstante a vedação à disposição da ação penal pública, nada impede que o *Parquet* postule pela absolvição do réu, desistindo da imputação realizada na denúncia.

Note-se que não acolhe este trabalho o entendimento de Cândido Maia Neto no concernente à desnecessidade do julgamento do mérito, quando do pleito absolutório formulado pelo *Parquet*. Ora, quando o MP postula pela absolvição do réu, não resta configurada a perda do interesse de agir, mas tão somente o interesse na condenação do réu. Passará o MP, desta forma, a defender a mesma tese defensiva, passando a perseguir a sentença absolutória de mérito, por ser de direito e justiça.

Imperioso trazer à baila, ainda, entendimento de Guilherme de Souza Nucci. Advogando pela constitucionalidade do art. 385 do CPP, defende este autor que, por ser o processo penal público regido pelo prisma da indisponibilidade e obrigatoriedade da demanda, assim como o Ministério Público não pode dispor da demanda, também não está fadado o juiz a proferir sentença absolutória, se as provas apontam em sentido diverso (2008, p.667).

Nota-se que, invocando o princípio da indisponibilidade, aduz este autor que o juiz, desde que entenda que as provas produzidas apontem em desfavor do acusado, pode proferir sentença penal condenatória contrariando o *dominus litis*.

No que pese o estimado princípio do livre convencimento motivado, este, conforme aponta Vladimir Aras, não deve se sobrepor ao princípio (sistema) acusatório, no qual as funções de acusar e julgar se mostram distintas e incomunicáveis. Não se pode olvidar que não existe juiz sem autor – *nemo iudex sine actore* (2013, p.05).

Deste modo, conforme aponta Aury Lopes Júnior, postulada a absolvição, a sentença será imprescindivelmente absolutória, pois, ao deixar de exercer sua pretensão acusatória, impossibilita-se a efetivação do poder condicionado de penar (2013, p.1097).

Ademais, invocar o livre convencimento como legitimador de uma sentença penal condenatória, mais do que um ativismo judicial exacerbado, tais argumentos conduzem ao autoritarismo, pois só o juiz se sentiria capaz de conhecer a “verdade” e isto, sem dúvida, não é outra coisa senão um juízo inquisitivo (ARAS, 2013, p.06).

Observa-se, então, que “não se pode defender o art. 385 invocando a mitológica verdade real” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.1097), visto que não passa de verdadeira “artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo

penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório” (LOPES JÚNIOR, 2013, p.566).

Segundo aponta Fernando Capez (2003, p.26), no processo penal, tem o magistrado obrigação de investigar como os fatos se deram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos.

Por verdade real, depreende-se a versão processual que mais se assemelha com a realidade fática (GOMES, 2007, p.230), ou seja, busca-se levar ao processo o conhecimento dos fatos como eles realmente aconteceram.

Nada obstante, historicamente restou demonstrado de maneira empírica que sempre que se buscou a verdade real no processo penal - a qual seria mais “material e consistente” – foram reduzidos significativamente os limites para esta busca, permitindo, por vezes, a tortura em nome da verdade. Além disto, terminou por produzir uma verdade de menor qualidade, ao passo que por vezes inocentes mediante tortura confessavam crimes que não haviam praticado ou até mesmo crimes impossíveis de serem realizados (LOPES JÚNIOR, 2013, p.566).

Pautada em uma firme crença de que a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado, a busca pela verdade real foi implantada como meta principal do processo penal, passando a legitimar eventuais desvios por parte das autoridades públicas, além de ter justificado a ampla iniciativa probatória reservada ao magistrado no processo penal pátrio (PACELLI, 2013, p.331).

Nesta senda, não se pode permitir que o magistrado, invocando o princípio do livre convencimento do juiz, contrarie o postulado absolutório do órgão acusador e profira uma sentença penal condenatória, seja por tal princípio não se sobrepor ao princípio acusatório (sistema) ou por não se poder, hodiernamente, legitimar atos autoritários do magistrado em nome da mitológica “verdade real”.

Segundo Rangel, o art. 385 do CPP não encontrou guarida na Carta Republicana de 1988 e, sendo assim, não está mais autorizado o juiz a decidir, em desfavor do réu, na hipótese do Ministério Público ter se manifestado em sentido contrário. “A busca da verdade, pelo julgador, compromete sua imparcialidade na medida em que deseja decidir de forma mais severa para o acusado em desconformidade com o órgão acusador, que é quem exerce a pretensão acusatória” (2013, p.66).

Outrossim, também tendo como ponto de partida uma leitura do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, defende Aramis Nassif a possibilidade do juiz, ainda que o *dominus litis* postule pela absolvição do réu, proferir sentença condenatória.

Segundo este autor, diferentemente do juízo cível, não está o magistrado criminal adstrito ao interesse das partes, e, por isto, entende que o art. 385 do CPP traduz a ampla discricionariedade do julgador quanto ao veredicto final, retirando a importância da alteração da *opinio delicti* do MP “a respeito da pretensão acusatória, que, pela imposição legal da indisponibilidade da ação penal pública, jamais poderá ser reduzida depois de recebida” (2005, p.10).

Em seguida, conclui o referido autor que:

[...] na hipótese do pedido absolutório vincular o magistrado da competência originária ou o juízo de instância superior, a absolvição seria decidida pelo órgão acusador e não pelo Judiciário, absorvendo aquele o poder jurisdicional (2005, p.11).

Sem embargos do referido autor, do quanto até aqui já exposto e debatido, entende-se que aos seus argumentos não assiste a razão, senão observe-se.

Inicialmente, cabe refutar o argumento trazido por este autor no que se refere ao juiz está adstrito ou não às partes. Insta apontar que o cerne do problema não se encontra em tal questão, mesmo porque, não se questiona o papel fundamental exercido pelo juiz no Estado Democrático de Direito. Como é cediço, ao magistrado foi atribuído verdadeiro papel de destaque no ordenamento atual, visto que a legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário fundamenta-se no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição Federal (LOPES JÚNIOR, 2012, p.168).

Conforme aponta Maia Neto (2008, p.466), alegar que o Poder Judiciário, em razão de ser o detentor constitucional do *ius puniendi*, não está atrelado à postulação absolutória, é deturpar a questão em debate. A análise a ser realizada deve, necessariamente, girar em torno dos princípios reitores do sistema acusatório democrático à luz de uma administração pública que prima pela divisão de atribuições.

Ademais, não merece respaldo o entendimento que retira a importância do posicionamento do titular privativo da ação (art.129, I, CRFB) quanto à pretensão acusatória, sob o argumento de que, uma vez realizada a denúncia, não poderia mais o *Parquet* dispor da referida ação.

Como já dito *alhures*, a razão pela qual está o Juiz impedido de proferir sentença contrária ao MP é o esvaziamento da pretensão acusatória, decorrente do postulado absolutório realizado nas alegações finais. Sendo assim, retira-se tão somente a pretensão acusatória, subsistindo a ação, na qual restará o juiz impossibilitado de condenar, por falta de devida invocação (LOPES JÚNIOR, 2013).

Imperioso se faz, ainda, consignar entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira que, no que pese seu posicionamento nitidamente garantista, defendendo por vezes uma releitura constitucional do arcaico código processual de 1941, termina por defender a constitucionalidade da sentença condenatória contrária às alegações absolutórias do *Parquet*. Manifestando acerca do art. 385 do CPP, assim dispõe:

[...] Eis aqui regra expressa quanto à não exclusividade da imposição de resposta penal em mãos do autor da ação, no horizonte de um Direito Penal de *ultima ratio*, destinado à proteção de direitos fundamentais. A opção de nossa legislação foi a adoção do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade, segundo o qual o Ministério Público deve agir movido pela objetividade (critérios de lei). Pudesse ele retirar a acusação – se manifestando pela absolvição – não se conteria o juízo de discricionariedade, com violação ao modelo escolhido (da obrigatoriedade da ação) (2013, p.14).

Nota-se que, além de fundamentar a constitucionalidade do referido artigo com base no já debatido princípio da obrigatoriedade, Pacelli ainda sinaliza-o como uma garantia aos direitos fundamentais do cidadão.

Ora, como poderia ser destinado à proteção de direitos fundamentais um ato arbitrário e inconstitucional, que vai de encontro com modelo acusatório erigido na Carta Magna brasileira?

Com efeito, um julgamento condenatório sem prévia e contínua acusação padece do vício da nulidade. Uma afronta ao axioma garantista *nullum iudicium sine accusatione*, proposto por Ferrajolli e adotado na Carta Política nacional. Neste modelo, não basta que haja a acusação primária (na denúncia), é imprescindível que

o *Parquet* continue a acusar o réu até o fim da demanda, pois é sua posição de iniciar o procedimento e de nele ir até o fim (ARAS, 2013, p.06).

Não se duvida que o Ministério Público deva atuar com critérios objetivos (legais), no entanto, não se pode entender diferente, senão pela absoluta ilegalidade da acusação (tanto a inicial quanto a derradeira) quando não se encontrarem presentes a justa causa, a punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 383).

Importante ressaltar, ainda, que defender a impossibilidade do juiz condenar o réu quando o MP tenha postulado a absolvição não se trata de medir forças entre o órgão ministerial e o magistrado, mas da titularidade e da capacidade postulatória como missão institucional do Ministério Público, ante o interesse estatal de agir ou de continuar a *persecutio criminis* e o encargo probatório (MAIA NETO, 2008, p.467).

Como anota Paulo Rangel, “ou adotamos o sistema acusatório com as implicações e consequências que lhe são inerentes, ou fingimos que nosso sistema é acusatório e adotamos o inquisitivo com roupa de acusatório” (RANGEL, 2013, p.66).

## 5 CONCLUSÃO

Do quanto exposto no presente trabalho, pode-se concluir que os sistemas processuais, no curso da história, revelaram-se em três modelos distintos, sendo resultados das próprias necessidades de suas épocas. A saber: acusatório, inquisitório e misto.

Como restou constatado, o sistema acusatório tem sua origem atrelada à antiguidade, mas precisamente à Grécia e Roma. Destacando-se em ambos os casos pelas vastas garantias asseguradas ao acusado. Acrescente-se que este possuía uma vasta gama de direitos, não sendo resumido a mero objeto de investigação. O contraditório era amplamente admitido, bem como a publicidade do processo e o duplo grau de jurisdição.

Pode-se asseverar, também, que o sistema inquisitivo surgiu por conta da ineficiência demonstrada pelo modelo acusatório em sua primeira fase. Inicialmente fora utilizado como substitutivo, porém, com a idade média teve o seu apogeu. Este sistema, nascido na fase do Império Romano, caracterizava-se por sua busca a todo custo pela verdade, bem como pelos seus procedimentos secretos e sigilosos.

Do quanto exposto, pode-se concluir, ainda, que na Idade Média, o sistema inquisitório foi marcadamente influenciado pela igreja católica. Além de que, nesse período o acusado era observado como mero objeto de investigação, sendo julgado por um juiz inquisidor que possuía livres poderes para obter a verdade tida como real, utilizando-se, por vezes, da tortura para obter a rainha das provas: a confissão.

Que os Direitos Romano, até então inquisitivos, misturou-se ao direito germânico acusatório e, não obstante serem os germânicos os invasores, o Direito Romano, por ser mais complexo e escrito, sobressaiu-se. Ainda, que o processo penal da idade média foi fruto de três contextos históricos diferentes, a saber: invasão bárbara, ascensão do direito canônico e o que restou dos Romanos pós-invasão bárbara.

Ademais, que o sistema inquisitivo preponderou por toda idade média, até que, com a revolução liberal burguesa, adotou-se um novo modelo de sistema: o misto.

A partir da análise da doutrina atual, é possível concluir que o sistema adotado no Brasil é o Acusatório, pois a existência de inquérito policial ou os poderes instrutórios/investigativos atribuídos pelo CPP de 1961 não o contaminam como misto, vez que o Inquérito não é processo, mas tão somente ato administrativo com escopo de elucidar fatos e fundamentar a denúncia. Nota-se que, hodiernamente, a CRFB revogou todos os artigos que dão poderes exacerbados aos juízes, não se permitindo mais práticas *ex officio*.

Pode-se concluir, ainda, que o processo penal não prescinde a Constituição, devendo sofrer verdadeira filtragem a fim de serem rechaçados as matérias contrárias à constituição (incompatibilidade substancial).

Partindo de uma visão garantista proposta por Luigi Ferrajoli, concluiu-se que não se pode olvidar da função garantista do processo, sendo decorrência lógica do Estado Democrático de Direito; Ademais, conclui-se, do referido estudo, que a Carta Magna de 1988 adotou o Estado Democrático de Direito e o modelo garantista, prezando pelos direitos fundamentais, em especial aos de cunho humanitários.

Além disto, conclui-se que essa ideia garantista representa uma garantia a máxima eficácia dos direitos e mínima atuação sancionadora estatal.

Depois de constatado que o sistema adotado no ordenamento brasileiro é o Brasileiro, bem como depreendendo a função garantista que o Estado deve atender, concluiu-se que o juiz não pode proferir sentença penal condenatória quando o MP tenha postulado pela absolvição do réu.

Observou-se que, quando o juiz proferir sentença contrária ao postulado absolutório do *dominus litis* e proferir uma sentença, está ele agindo de encontro ao sistema acusatório adotado na Carta Cidadã.

Do quanto lecionado, concluiu-se, ainda, que quando o juiz age de tal forma, este julga sem a acusação formulada por ele mesmo, haja vista ter o MP abandonado a Pretensão acusatória, e sendo assim, torna-se imparcial.

Assim, o papel do Juiz é fundamental no atual Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, representando sua imparcialidade, seu juízo natural e sua inamovibilidade verdadeiras garantias aos cidadãos.

Ademais, notou-se que quando o MP requer pela absolvição do acusado, em matéria de alegações finais, este retira a possibilidade do réu contestar de forma ampla as possíveis provas em seu desfavor e, sendo assim, se o juiz proferir uma sentença ele está será nula, já que dispôs contra o princípio do contraditório.

Concluiu-se, ainda, que o princípio da indisponibilidade da ação pública não representa um óbice no caso em comento, pois quando o Parquet postula pela absolvição ele não está dispondo da ação, mas tão somente do seu objeto: a pretensão acusatória.

Pode-se concluir, ainda, que quando o MP pugna pela absolvição do acusado, na ação penal pública, o juiz não pode alegar que está convencido pelas provas até então carreadas aos autos e condenar o réu, pois foi constatado que não se pode em tempos hodiernos legitimar atos arbitrários do órgão julgador em nome do famigerado “mito da verdade real”.

Com efeito, o Ministério Público assume importante papel constitucional, sendo-lhe incumbido não só a titularidade da ação pública, mas também o controle da ordem jurídica e democrática.

Outrossim, concluiu-se que o juiz não pode proferir sentença condenatória quando o MP tenha postulado pela absolvição, sob pena de estar agindo sem a prévia invocação (o *ius puniendi* é um poder condicionado à prévia invocação do autor da ação)

Nesta senda, restou vastamente comprovada a impossibilidade do juiz, na ação penal pública, proferir uma sentença condenatória, contrariando o postulado absolutório do Ministério Público, sob pena de estar indo de encontro ao princípio (sistema) acusatório, bem como dos princípios da imparcialidade, do juiz natural, do promotor natural e do contraditório, além de estar agindo sem prévia provocação, em um nítido retrocesso ao sistema inquisitório.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João de; ALMEIDA, **João Luiz da Silva**. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARAS, Vladimir. **O artigo 385 do CPP e o Juiz inquisidor**. Disponibilizado em: <http://blogvladimir.wordpress.com/2013/05/25/0-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>. Acesso em: 30/05/2013.

ARAUJO, Fábio Roque da Silva. Instrumentalidade constitucional do Processo Penal: aproximação a uma leitura garantista. **Revista Baiana de Direito** nº2. Salvador: [S.n.] v.2, jul/dez 2008.

BATISTA, Weber Martins. **Direito Penal e Direito Processual Penal** 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 fev. 2012

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

CAPELA, Fábio Bergamin. Uma visita ao Código de Processo Penal, art. 385.

**Revista Jus Vigilantibus**, Out./2007. Disponível em:

<<http://jusvi.com/artigos/29072>>. Acesso em: 13 de nov. de 2012

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As funções do Processo Penal**. Campinas: Apta, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. Salvador: Editora Podivm, 2010.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica et AL. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2007.

FLEURY FILHO, Luiz Antonio. O Ministério Público na nova República. **Justitia**. São Paulo: [s.n], 1999.

FRANCISCO NETO, João. Boletim IBCCRIM nº 213. Ago./2010. TRIBUNAIS DE JUSTIÇA - Disponibilizado em:

<[http://www.ibccrim.org.br/desenv/site/boletim/\\_imprime.php?id=3488&idBol=218](http://www.ibccrim.org.br/desenv/site/boletim/_imprime.php?id=3488&idBol=218)>

Acesso em: 07 de novembro de 2013.

GOLDSCHIMIDT, James. **Principios Generales del Proceso II**: problemas jurídicos y políticos Del processo penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GOMES, Luiz Flávio. **Juiz brasileiro: nem Pilatos nem Torquemada**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> – Acesso em 13 de Nov. de 2012.

\_\_\_\_\_. Roberto de Almeida Borges. O princípio da verdade real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988. In. SCHMIDTT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2007.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **Estudos de Processo Penal, 3ª série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Sérgio Demoro. A Relevância das Alegações Finais no Processo Penal. **Revista de Direito da Defensora Pública** ano 6, nº 8. Rio de Janeiro: [s.n.], 1995.

JARDIM, Afrânio Silva. Bases Constitucionais para um Processo Penal Democrático. **Revista de Processo**. [S.l]: [S.n.], 1985.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas Processuais Penais. **Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna**, a.2006,III. Disponível em:<[http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/revista\\_direito/index.php?acao=edicoes](http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/revista_direito/index.php?acao=edicoes)>. Acesso em: 13 de nov. de 2012

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAGNO, Levy Emanuel. **Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Absolvição Criminal Pelo Ministério Público. **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: editora Jus Podivm, 2008.

MALAN, Diogo Rudge. **A Sentença Incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

NASSIF, Aramis. **Sentença Penal**: o desvendar de Themis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

PACHECO. José Maria Tijerino. Policial Judicial: una perspectiva latinoamericana. In. NUCCI, Guilherme de Souza; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. [S.J.]: IBCCRIM, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Alexandre Morais da, Reformas Parciais...até quando? A necessidade de um sistema lógico unitário. In. FELIPE MACHADO, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. **Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROXIN, Claus. **Derecho Pocesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba, Daniel R. Pastor. 25. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens Históricas dos Sistemas Acusatórios e Inquisitivos. **Revista dos Tribunais**. [S.I]: [S.n.], 2005.

SEABRA, Silvia Ceves. Sistemas processuais. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Ministério Público, V.15, jan./jun. 2002, p. 263-277.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**, 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, João Edson de; COELHO, Alex Gonçalves. A consagração do sistema acusatório no processo penal brasileiro: reflexões sobre as leis 11.690 e 11.719 de 2008. **Revista Jurídica** ano 57, nº 382. Porto Alegre: Notadez, agosto de 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova Crítica do Direito**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 4. Ed. [S.I]:JusPodivm, 2010.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**, 31. Ed. Barra Funda: Editora Saraiva, 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Curso Processual Penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, Lauria Rogério. Jurisdição Ação e processo Civil: Subsídios para Teoria geral do processo civil. **Revista de Processo**. [S.l]: [S.n.], v. 52, out./dez. 1988.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O Garantismo Processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, v. 79, jul./set. 2012.