



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ROBERTO CARLOS MATOS DO LAGO

**O ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A SUA NÃO RECEPÇÃO
PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Salvador
2017

ROBERTO CARLOS MATOS DO LAGO

**O ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A SUA NÃO RECEPÇÃO
PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para obtenção do título de especialista em ciências criminais.

Coordenador: Gamil Föppel

Coordenador adjunto: Rudá Figueredo

Salvador
2017

Dedico este trabalho aos meus pais Roberto e Cláudia por me ensinarem tudo sobre amor, esperança e sobre as recompensas do esforço e dedicação. Ao meu irmão Leonardo pelo companheirismo, compreensão e lealdade. Ao meu avô Roberto por se fazer sempre presente em minha vida, sendo verdadeiramente um segundo pai para mim. Às minhas avós Maria Genialda e Maria Celeste por todo carinho e valiosos ensinamentos sobre a vida. Às minhas tias Aura, Ana e Ceres pelo incentivo e apoio incondicional aos meus estudos. A minha namorada Pâmella por me proporcionar momentos inesquecíveis e maravilhosos que funcionaram como combustível para o trabalho e os estudos. Aos meus primos, por me trazerem tanta alegria e a certeza de uma união forte e consolidada. Finalmente, agradeço aos meus grandes amigos Mateus, Tiago, Marcelo, Daniel e Rafael por serem os irmãos que a vida me deu.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus pelo dom da vida e pela oportunidade de realizar este trabalho que tanto contribuiu para o meu crescimento profissional.

Aos coordenadores deste curso de pós-graduação, professores Gamil Föppel e Rudá Figueredo pelas orientações essenciais e excelentes aulas ministradas.

Agradeço em geral à toda equipe do núcleo de pós-graduação em ciências criminais, incluindo todos os colegas e grandes mestres que contribuíram muito para o meu desenvolvimento ao longo do curso.

RESUMO: No Direito Processual Penal brasileiro foi adotado o sistema acusatório, no qual o Ministério Público é o órgão que exerce a função acusadora. Contudo, ainda é possível identificar na legislação processual penal brasileira, marcas do antigo sistema inquisitivo, vigente quando do advento do Código de Processo Penal de 1941 no qual o juiz detinha amplos poderes no processo, acumulando as funções de acusador e julgador. São encontrados resquícios desse ultrapassado sistema, no artigo 385 do Código de Processo Penal, que confere ao magistrado, o poder de proferir sentença condenatória, mesmo quando a acusação tenha opinado no sentido da absolvição. O presente trabalho tem como precípua escopo, a análise do referido dispositivo e sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, bem como com o sistema processual penal vigente, passando pela controvérsia doutrinária acerca do tema, e ao final, concluindo pela não recepção do art. 385 do CPP pela CF/88.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema acusatório. Ministério Público. Juiz. Sistema inquisitivo. Código de Processo Penal.

RESUMEN: En la Ley de Procedimiento Penal brasileño fue adoptado el sistema acusatorio, en el que el Ministerio Público es el organismo que lleva a cabo la función acusatoria. Sin embargo, todavía es posible identificar en la ley brasileña procedimiento penal, las marcas del antiguo sistema inquisitivo, vigente en el momento de la llegada del Código de Procedimiento Penal 1941 en las que el juez sostuvo amplias facultades en el proceso, acumulando las funciones de fiscal y juez. Se encuentran restos de este sistema obsoleto en el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal, que otorga al juez la facultad de condenar, incluso si la acusación ha opinado hacia la absolución. Este trabajo es el alcance preciput, el análisis del dispositivo y su compatibilidad con la Constitución de 1988, así como el sistema de justicia penal en curso, a través de la controversia doctrinal sobre el tema, y al final, concluyendo que no hay recepción del arte . 385 del CPP de CF / 88.

PALABRAS CLAVE: Sistema acusatório. Ministerio Público. Juez. Sistema inquisitivo. Código de Procedimiento Penal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. = Artigo

CP = Código Penal

CPP = Código de Processo Penal

CF/88 = Constituição Federal de 1988

CRFB/88 = Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

MP = Ministério Público

PLS 156/2009 = Projeto de Lei do Senado 156/2009

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	11
2.1 Considerações preliminares	11
2.2 O sistema inquisitório	11
2.2.1 Sistema inquisitório e a busca da “verdade real”	14
2.2.2 Contexto histórico de surgimento, desenvolvimento e declínio do sistema inquisitório	17
2.3 Sistema acusatório	21
2.4 Sistema misto (francês)	24
2.4.1 Contaminação do sistema misto pelo dogma da “verdade real” (herança do sistema inquisitório)	26
2.5 O sistema adotado no Brasil	29
2.5.1 Opção pelo sistema misto	29
2.5.2 A questão da gestão da prova e a adoção de um sistema inquisitório	31
2.5.3 Supremacia da Constituição e conclusão pela adoção de um sistema acusatório	33
3 INÉRCIA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL: UMA GARANTIA DO ACUSADO E PRESSUPOSTO PARA A IMPARCIALIDADE DO JUIZ	36
3.1 Considerações preliminares	36
3.2 Imparcialidade	37
3.2.1 Imparcialidade e independência judicial	40
3.2.2 Juiz natural e imparcialidade	42
3.3 Princípio do “ne procedat judex ex officio	44
3.3.1 “Ne procedat judex ex officio” e imparcialidade do magistrado	46
4 O PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PEDIR A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO, E A OBRIGATORIEDADE DE ABSOLVIÇÃO PELO JUIZ	49
4.1 Princípio da correlação entre acusação e sentença	49
4.2 Incompatibilidades entre o artigo 385 e o próprio Código de Processo Penal	52

4.3 O artigo 385 do Código de Processo Penal e a sua não recepção pela nova ordem constitucional	56
4.3.1 Da legitimidade do artigo 385 do Código de Processo Penal	56
4.3.2 Análise e conclusão sobre a não recepção do artigo 385 do CPP pela CRFB/88	58
4.4 Mecanismos de combate à vigência do artigo 385, do Código de Processo Penal	61
4.5 Posicionamento dos Tribunais sobre o tema	62
5 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho enfrentará a questão da recepção, ou não, do artigo 385 do CPP pela Carta Constitucional de 1988. Este dispositivo da lei processual define que o juiz pode decidir pela condenação do réu, mesmo quando o órgão acusador pede sua absolvição. Ademais, este artigo permite que o juiz reconheça circunstâncias agravantes de ofício, ou seja, sem que a acusação tenha suscitado a existência destas circunstâncias.

Primeiramente serão examinados alguns dos sistemas processuais penais historicamente desenvolvidos (acusatório, inquisitório e misto) com enfoque em seus principais aspectos diferenciadores, bem como no contexto histórico em que surgiram e evoluíram. Ao final deste primeiro capítulo, estes sistemas processuais serão confrontados com a realidade do ordenamento jurídico brasileiro, para a verificação de qual sistema foi efetivamente adotado no Brasil. Serão apresentados os argumentos das correntes que defendem que houve a adoção de um sistema inquisitório, acusatório e misto, sendo ao final definido que o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 e, portanto, pelo ordenamento jurídico pátrio, foi o acusatório.

No segundo capítulo, será verificada a importância do princípio da iniciativa das partes, ou inércia do órgão jurisdicional, como essencial ao pleno atendimento dos direitos do acusado, passando pela análise de questões como a imparcialidade e independência judicial, bem como será analisada a relação direta do princípio da inércia do órgão jurisdicional com o poder conferido pela lei ao juiz, de condenar o réu mesmo diante de um pedido de absolvição do Ministério Público, e também de reconhecer agravantes não alegadas pela acusação.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, será enfrentada diretamente a questão da compatibilidade do art. 385 do CPP com a nova ordem constitucional, verificando-se posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários ao dispositivo, acompanhados das devidas críticas à doutrina que defende a aplicação do art. 385. Observar-se-á as incompatibilidades do dispositivo citado com a CF/88 e com a própria legislação

penal infraconstitucional. Em seguida, o trabalho será finalizado com a apresentação de julgados dos tribunais pátrios sobre o tema.

2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Em resumo, este capítulo tratará sobre os sistemas processuais penais (inquisitório, acusatório e misto), definindo suas origens, principais características e o modo como se desenvolveram ao longo da história, na aplicação do direito processual penal. Será também abordada a discussão doutrinária que envolve essa temática no Brasil, com enfoque especial nos principais critérios utilizados pelos autores para a definição de um sistema processual penal como inquisitório, acusatório ou misto, bem como qual seria o sistema adotado por este país.

2.1 Considerações preliminares

Antes de iniciar o estudo sobre os sistemas inquisitório, acusatório e misto, é necessário compreender o que verdadeiramente significa um “sistema”. Abrindo espaço para os ensinamentos do grande lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2010, p. 703), temos que:

1. Conjunto de elementos, entre os quais haja alguma relação.
2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que formam 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.

Aplicando o conceito de sistema, esmiuçado acima pelo ilustre lexicógrafo Aurélio, para o direito processual penal, Rangel (2016, págs. 47 e 48) avança, definindo sistema processual penal como:

O conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitória e a acusatória.

Definido e delimitado o objeto de estudo, passa-se ao exame dos sistemas processuais penais historicamente desenvolvidos.

2.2 O sistema inquisitório

A etimologia das palavras “inquisitivo” ou “inquisitório”, que são utilizadas para denominar o sistema em estudo, remete à Santa Inquisição, que foi um tribunal

instituído pela Igreja Católica para investigar e punir os crimes praticados pelos “hereges”, contra a religião católica. Aqueles que eram considerados violadores da fé católica, pela prática de atos tidos como “bruxaria” ou “heresia”, foram caçados, torturados e mortos, sem direito a uma defesa capaz de questionar ou desconstituir os fatos imputados. Ademais, tais atos de violência e brutalidade eram executados em praça pública, para servir de exemplo intimidativo aos demais fiéis.

O sistema inquisitório é pautado no princípio inquisitivo, que confere um maior protagonismo à figura do juiz, que acumula contraditoriamente as funções de acusador, defensor e julgador, bem como de gestor da prova, características que terminam por macular sua imparcialidade. O processo era iniciado com a mera notícia da ocorrência do suposto fato criminoso (*notitia criminis*), e não com o oferecimento da denúncia ou queixa (por um órgão acusador distinto) como ocorre atualmente, pois o magistrado atuava também na fase de investigação, que era seguida pela acusação e julgamento, sendo o mesmo juiz, responsável por todas essas etapas do processo.

Nesse contexto, é possível perceber que não havia espaço para o contraditório e a ampla defesa, pois tais garantias do acusado não subsistem ante a figura de apenas uma pessoa dotada das funções de acusar, defender e julgar. O magistrado já inicia o processo formando o seu convencimento a respeito da situação apresentada, pois é ele mesmo quem inicia o processo, demonstrando já neste momento, o seu juízo sobre o caso, totalmente inclinado a uma condenação.

Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 40):

O princípio inquisitivo é caracterizado pela inexistência de contraditório e de ampla defesa, com concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma figura única (juiz). O procedimento é escrito e sigiloso, com o início da persecução, produção da prova e prolação de decisão pelo magistrado.

É perceptível neste sistema, que o juiz ocupa uma função hierarquicamente superior no processo, com violação explícita aos direitos e garantias individuais, tendo em vista uma condenação a todo e qualquer custo, com uma participação meramente acessória do réu. Verifica-se, também, que no sistema inquisitório, vigora a presunção de culpa do sujeito a quem é atribuída a prática do delito, considerando que em regra ele aguardava o julgamento preso.

A título de complementação conceitual sobre o sistema inquisitório, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 69) assevera que:

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

Com esta brilhante descrição sobre o sistema inquisitório, Nucci ao dizer que “os julgadores não estão sujeitos a recusa” chama a atenção para o fato da inexistência dos institutos do impedimento e da suspeição, que são tão caros ao processo penal moderno, figurando entre as maiores garantias do acusado no tocante ao direito de um julgamento imparcial.

Ademais, ao afirmar que a confissão era a rainha das provas, Nucci nos revela um sistema de prova tarifada, no qual determinado meio de prova prevalece sobre outro em termos de valor probante. Contudo, a referida confissão não era voluntária, e muito menos espontânea, sendo obtida mediante pressão psicológica, grave ameaça e tortura. Sendo assim, o acusado assumia a autoria do fato delituoso, mesmo não sendo responsável, e no intuito apenas de fazer cessar o castigo aplicado.

Ainda sobre o modelo inquisitório no processo penal, Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2013, p. 36), com verdadeiro tom de crítica preconizam:

Nesse sistema, cabe a um só órgão acusar e julgar. O juiz dá início à ação penal, e, ao final, ele mesmo profere a sentença. É muito criticado por não garantir a imparcialidade do julgador. Antes do advento da Constituição Federal de 1988 era admitido em nossa legislação em relação a apuração de todas as contravenções penais (art. 17 do Decreto-lei n. 3688/41 – Lei das Contravenções Penais e dos crimes de homicídio e lesões corporais culposos (Lei n. 4611/65). Era o chamado processo judicialiforme, que foi banido da nossa legislação pelo art. 129, I, da Constituição Federal, que conferiu ao Ministério Público a iniciativa exclusiva da ação pública. Nesse sistema, o direito de defesa dos acusados nem sempre era observado em sua plenitude em razão de os seus requerimentos serem julgados pelo próprio órgão acusador.

Neste processo “judicialiforme”, apontado pelos doutrinadores citados acima, a gestão da prova era centralizada na figura do juiz, que agia independentemente de provocação das partes, podendo inclusive dar início à ação penal, não havendo que

se falar no famoso brocardo “*ne procedat iudex ex officio*” (o juiz não procederá de ofício).

Nesta senda, conclui-se, por razões óbvias, que o modelo inquisitório não é o mais adequado ao processo penal, sendo fortemente criticado e rechaçado pela doutrina moderna, que afirma ser inviável o acúmulo das funções de acusar, defender e julgar, na pessoa do magistrado. Renato Marcão (2016, p. 83), com muita propriedade e seguindo a onda de críticas dos demais doutrinadores, complementa:

Nele, o processo não é visto como um instrumento para alcançar a verdade e fazer justiça, mas tão somente como um meio para fazer atuar o Direito Penal, e o imputado é considerado simples objeto de persecução na qual se desconhece sua dignidade.

Um elemento essencial, que fundamentou os atos de crueldade, provenientes desta persecução penal “sedenta por justiça”, foi o postulado da “verdade real”. A busca da pretensa realidade dos fatos legitimou todo e qualquer ato contra o imputado. Entretanto, será verificado a seguir, que tal propósito servia apenas ao interesse estatal de controle social por meio da força, não se cogitando uma busca pela lídima justiça.

2.2.1 Sistema inquisitório e a busca da “verdade real”

Impende destacar a importância conferida à busca da denominada “verdade real”, utilizada para legitimar inaceitáveis excessos, próprios do sistema inquisitório. Infelizmente, a verdade real é difundida por boa parte da doutrina moderna, como um princípio processual penal, contudo a posição deste trabalho é de que tal “princípio” subsiste na tentativa de legitimar a violação aos direitos e garantias do indivíduo. Verifica-se um viés inquisitório, pois o princípio da verdade real é sempre utilizado para legitimar uma atuação de ofício do magistrado contra os interesses do acusado (semelhante ao juiz inquisidor), ou a colheita e utilização de provas capazes de subsidiar uma condenação, e nunca a absolvição (até porque se faz desnecessária a busca de mais provas para inocentar, tendo em vista a presunção de inocência).

Alinhado ao entendimento de renomados autores, este trabalho rechaça o mito da “verdade real”, considerando-o um indesejável resquício do modelo inquisitório,

lamentavelmente ainda presente no arcabouço principiológico do direito processual penal brasileiro.

Denilson Feitoza (2008, p. 59), em verdadeiro tom de desabafo, discorre magnificamente sobre a falácia da “verdade real”, bem como sobre a relação entre esta, e o modelo inquisitório de persecução penal:

O ser humano parece possuir um sentido de transcendência, e a grande promessa implícita do sistema inquisitivo é a transcendência máxima, que permitiria ao juiz ir além de sua condição humana, atingir a condição divina e realizar a *Justiça Divina*.

O sistema inquisitivo afirma a crença absoluta de se poder atingir, por meio do processo penal, a “verdade real”, a verdade do que “realmente” aconteceu. Se o juiz atingisse essa “verdade real”, ele poderia julgar como Deus onisciente e fazer a suprema e divina justiça.

Para se atingir essa “verdade real”, “tudo” pode ser feito, qualquer meio pode ser utilizado. Não importa a condição humana, quando confrontada com a condição divina. Atingida a “verdade real absoluta”, a suprema e divina *Justiça será feita*, e, então, qualquer meio terá valido a pena e simplesmente não poderemos ignorá-la, a verdade real absoluta.

Com esse tipo de raciocínio os juízes inquisidores chegaram facilmente ao principal meio de prova que utilizavam – a tortura –, tanto que inquisição e tortura são empregadas muitas vezes, como sinônimas

Outro incansável crítico da referida “verdade real”, Aury Lopes Júnior (2011, p. 67), tece comentários acerca da relação entre o sistema inquisitório e aquela, concluindo que este modelo de persecução penal foi minuciosamente planejado para fazer valer o poder punitivo estatal, de maneira eficiente e ilimitada. Eficiente, pois pretendia-se o controle absoluto da sociedade, por meio da repressão de atos considerados nocivos às instituições religiosas, bem como ao modelo de Estado e sistema de governo. Os supostos infratores eram punidos severamente e o restante da população, extremamente intimidada, mantinha-se “obediente”, não ousando insurgir-se contra o sistema, temendo pela própria integridade física e de seus entes queridos. Ademais, tal poder punitivo considerava-se ilimitado, pois para arrancar a “verdade real” do investigado, tudo era possível, como discorre o supracitado autor:

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

confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia das provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.

O tema é de mais alta relevância, sendo tratado em obras dedicadas exclusivamente ao seu estudo. Aponta-se como exemplo para significativo enriquecimento deste trabalho científico, o livro intitulado como “Ambição de Verdade no Processo Penal”, que propõe a “desconstrução hermenêutica do mito da verdade real” (subtítulo da obra), é de autoria do professor Salah H. Khaled Júnior e chancelado por ninguém menos que Aury Lopes Júnior (autor do prefácio desta importante obra).

Frise-se que o estudo do princípio da verdade real, não é o foco deste trabalho científico, dessa forma serão apenas analisados brevemente, tópicos que estão relacionados diretamente ao estudo dos sistemas processuais penais. Inicialmente será examinada a conexão entre “verdade real” e sistema inquisitório.

Khaled Júnior, (2009, p. 43), destina um tópico à análise da Santa Inquisição, bem como do modelo inquisitório utilizado na persecução penal. Ele inicia este ponto brilhantemente, dispondo:

O dogma da verdade real – está na forma peculiar de compreensão da dimensão do saber processual – tem profunda relação com as *práticas investigativas* da Inquisição, que entraram em vigor no apagar das luzes do medievo, colocando em evidência tudo o que havia de *pior* no inquirido enquanto saber e enquanto poder. A Inquisição representou a expressão máxima da *intolerância* diante de uma situação de ruptura iminente da *totalidade dogmática* que havia se mantido dominante por séculos a fio. Dentro de um contexto de ameaça de *rompimento* do parâmetro religioso então estabelecido – em virtude da Reforma – foi colocado em prática um temível mecanismo de *repressão persecutória jurídico-religiosa*.

Neste trecho, o autor relaciona o surgimento do dogma da verdade real, ao modelo de investigação vigente no período da Santa Inquisição, aduzindo que houve um rompimento total com a estrutura normativa anterior, dando-se lugar a um sistema normativo orientado pelos princípios religiosos consagrados até então. A figura do juiz inquisidor é inspirada neste modelo de investigação e julgamento adotada pela Santa Inquisição, no qual a Igreja detinha poderes ilimitados na sua tarefa de vigiar e punir os “hereges”.

Ademais, Khaled Júnior (2009, p. 48) encerra o tópico referente ao exame do modelo inquisitório, com uma importante reflexão:

Todavia, embora possa parecer primitivo em termos, seria um equívoco *subestimar* o método desenvolvido pela Inquisição. Pelo contrário, servia perfeitamente aos fins que pretendia: *reprimia a pluralidade e impunha a*

ordem, através da manutenção do dogmatismo religioso. Aliás, essa é uma característica em comum entre a intolerância religiosa da Inquisição, a doutrina da segurança nacional da América Latina do anos 70 e o anti-semitismo nazista. Os métodos da Inquisição ainda correspondem aos anseios de regimes ditatoriais na história recente e, portanto, servem a propósitos de setores conservadores, o que, com certeza, é um motivo para a permanência do dogma da verdade real. Aos interessados na *continuidade* do exercício do poder arbitrário, pouco importa *limitar* a sua incidência sobre o saber.

O modelo inquisitório de persecução penal, infelizmente ainda não foi superado. Verificam-se vários exemplos na história recente e atual, de sua utilização, em maior ou menor grau, nos ordenamentos jurídicos de muitos países. No que se refere à legislação infraconstitucional brasileira, as vertentes do sistema inquisitório são aplicadas escancaradamente ao processo penal, que é orientado por um Código de Processo Penal inspirado no contexto do regime fascista italiano, com inaceitável violação ao comando constitucional, que impõe um sistema acusatório.

Neste diapasão, pode-se afirmar que o processo penal brasileiro é regido por um CPP sem “identidade”, pois mescla dispositivos de natureza inquisitorial, com outros (muitos originados por alterações legislativas mais recentes) de viés acusatório. Este quadro apresenta uma grave contradição, pois dispositivos completamente antagônicos não podem coexistir no ordenamento jurídico. A nossa Lei Maior (CF/88), que ocupa o vértice do ordenamento jurídico, já decidiu há quase trinta anos, o modelo de persecução penal a ser adotado.

Tramita a passos lentos no Senado Federal, o projeto do novo Código de Processo Penal (PLS nº 156/2009). A revogação integral do CPP atual por um novo diploma de processo penal é o único caminho adequado para dar fim ao modelo inquisitório. Entretanto, neste projeto para o novo código, já se verifica em alguns dispositivos, a insistência na manutenção do modelo inquisitório. Mais adiante será efetuada a análise das modificações propostas pelo PLS nº 156/2009, especificamente no tocante ao artigo 385 do CPP atual, que é o cerne da pesquisa exposta nesta monografia.

2.2.2 Contexto histórico de surgimento, desenvolvimento e declínio do sistema inquisitório

O sistema inquisitório surgiu no Direito Canônico, em meados do século XIII, espalhando-se rapidamente por toda a Europa, que vivia o regime das monarquias absolutistas. Este modelo de processo penal vigorou até o século XVIII.

Renato Brasileiro de Lima, em sua festejada obra “Manual de Processo Penal”, discorre sobre as origens do sistema inquisitório, ensinando: “Adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor”.

Após caracterizar o modelo inquisitório, o professor Renato Brasileiro (2015, p. 38) segue analisando as evidentes falhas do apontado sistema:

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e imparcialidade no julgamento.

Ainda sobre o contexto de surgimento do sistema inquisitivo, faz-se mister, a análise da relevante informação trazida pelo prestigiado doutrinador Paulo Rangel (2016, p. 48), que diz:

O sistema inquisitivo surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram esses que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.

Verifica-se a existência de um sistema anterior (acusatório), em que as funções de acusar e julgar não eram exercidas pela mesma pessoa. Em que pese, tratar-se de um sistema acusatório, não consistia em modelo idêntico ao vigente no processo penal brasileiro, que conta com um órgão estatal e independente (Ministério Público), ao qual é conferida a titularidade da ação penal.

Antes do surgimento do modelo inquisitório, era adotado o sistema acusatório privado, devendo a suposta vítima do delito (atuando pessoalmente ou por meio de representante), decidir por exercer ou não a pretensão acusatória. É interessante notar que tal forma de persecução penal assemelha-se ao exemplo de alguns crimes

do ordenamento jurídico-penal pátrio, que são perseguidos mediante ação penal privada (notadamente crimes contra a honra), dependendo da ação do ofendido, que se quiser ver processado o autor do fato criminoso praticado contra si, deverá ajuizar uma queixa-crime.

Em síntese, o denominado sistema inquisitório surge no momento em que o Estado, verifica a necessidade de interferir nas relações privadas, no intuito de coibir a prática dos atos mais reprováveis e nocivos à sociedade (crimes), preocupando-se em investigar e punir aqueles apontados como autores dos delitos. Dessa forma, não caberia mais ao particular a opção de buscar a punição daquele que violara o seu bem jurídico por meio de prática definida como crime, e sim ao Estado mediante atuação do juiz inquisidor, que assumiria a persecução penal desde a fase de investigação até o momento da sentença, cabendo-lhe ao mesmo tempo acusar, defender e julgar aquele apontado como autor da infração penal.

Ademais, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 69) informa que o modelo inquisitório substituiu o acusatório, também, na tentativa de alcance da isonomia, no contexto do sistema feudal de produção, nas relações entre a aristocracia, os senhores feudais e vassalos. Encontrou-se no sistema inquisitório um meio para investigar e punir as injustiças perpetradas pelo autoritarismo e tirania dos aristocratas e senhores feudais, como expõe o referido autor:

Esse sistema foi utilizado com sucesso na Idade Média para combater os abusos cometidos pelos senhores feudais e pela aristocracia em detrimento dos vassalos e pessoas pobres. Diante disso, os reis podiam enviar os juízes inquisidores, em seu nome, com poder suficiente para se voltar contra os ricos autores de delitos graves, que não podiam ser tratados com absoluta igualdade. Aliás, aplicava-se a ideia de isonomia – tratar desigualmente os desiguais.

Em seguida Nucci (2015, p. 70) explica como este sistema de persecução penal era capaz de atingir, o que na época foi entendido como igualdade material:

Atuando contra ricos e poderosos, o processo penal jamais poderia lastrear-se à época, em plena igualdade. Eis o motivo pelo qual o juiz inquisidor consegue amealhar provas, sem que as testemunhas se furtassem aos depoimentos, com temor de represálias, fazendo-o de maneira sigilosa, até que ficasse pronta a instrução. Assim, vítimas pobres poderiam ver a justiça ser realizada mesmo quando seus algozes fossem ricos e afortunados.

Por fim, Nucci admite que apesar de tentar servir a este “nobre propósito”, a utilização do sistema inquisitório provocou uma série de excessos e abusos em relação aos investigados e acusados.

Destarte, conclui-se que o referido sistema segue na contramão do garantismo penal tão difundido na atualidade. Assim, com a evolução do pensamento humano no sentido de alçar o homem à uma condição digna de existência, e verificando-se o respeito à liberdade como essencial à consecução da referida dignidade, o sistema inquisitório entrou em crise.

Os ideais de liberdade trazidos pela Revolução Francesa, indicavam a vontade da população, no sentido de diminuir a interferência estatal nas relações privadas, bem como diminuir seu poder perante o cidadão, com a imposição de limites. Neste sentido, também caminhou o constitucionalismo moderno, que culminou com a adoção de constituições escritas, em sentido formal, que expressamente limitavam o poder dos governantes em relação aos governados, principalmente no tocante aos direitos de liberdade e propriedade, assim contribuindo também para colocar em xeque o processo penal inquisitorial.

Sobre a queda do sistema inquisitório, Aury Lopes Júnior (2011, p. 67) discorre:

O sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo.

As práticas do sistema inquisitório tornaram-se insustentáveis frente aos ideais da Revolução Francesa. Destarte, o modelo inquisitório puro, foi substituído pelo sistema conhecido como “misto” (por reunir características dos sistemas inquisitório e acusatório) ou “francês” (pois foi adotado pelo Código de Processo Criminal deste país em 1808). Ademais, destaca-se também a importância do constitucionalismo moderno, que resultou inicialmente na elaboração das Constituições americana (1787) e francesa (1791), que foram as primeiras constituições escritas, em sentido formal.

É inegável o papel das Constituições na consagração das ideias presentes em dado momento histórico, bem como na formação de valores sociais.

O respeitado doutrinador baiano, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 108) muito bem dispõe sobre o advento das Constituições escritas:

A Constituição escrita é produto das Revoluções liberais do século XVIII, que reivindicaram a consolidação de seus objetivos de liberdade e limitação do poder em texto escrito e solene, pois essa seria a única forma capaz de assegurar certeza, clareza e precisão de seu conteúdo e garantir segurança aos governados contra o abuso dos governantes.

Ao discorrer sobre o constitucionalismo moderno, este mesmo autor (2008, págs. 29 e 30) preconiza:

O constitucionalismo moderno, contudo, surge vinculado à idéia de Constituição escrita, chegando a seu ápice político com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, revestindo-se de duas características marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais*. Já no constitucionalismo moderno, a noção da Constituição envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político. Por isso mesmo, a Constituição é concebida como um documento escrito e rígido, manifestando-se como uma norma suprema e fundamental, porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o fundamento de validade que só pode ser alterado por procedimentos especiais e solenes previstos em seu próprio texto.

2.3 Sistema acusatório

Com feições diametralmente opostas, o sistema acusatório é informado pelo princípio dispositivo, caracterizando-se pela separação das funções de acusar, defender e julgar, sendo estas exercidas por órgãos e pessoas diferentes; há um direito indisponível à defesa técnica do acusado, sendo respeitado o contraditório, bem como a liberdade na produção probatória (a gestão da prova cabe às partes); é marcado também pela publicidade dos atos processuais.

O posicionamento deste trabalho é de que a principal característica distintiva entre os sistemas processuais em estudo, consiste na separação das funções de acusar, defender e julgar, com atribuição a pessoas distintas. Reconhece-se que há várias outras características que afastam o modelo inquisitório do acusatório, e que não devem ser descartadas quando da análise e definição do sistema. Inclusive outros autores entendem, por exemplo, ser a gestão da prova, o elemento distintivo principal entre os sistemas acusatório e inquisitório, como será esmiuçado posteriormente.

Marcellus Polastri (2014, p. 23) sobre as origens do sistema acusatório, ensina que:

o sistema acusatório, que advém na origem da Grécia e da Roma antigas, se caracteriza pela existência do *actum trium personarum*, com funções de acusar e julgar distintas, sendo o juiz imparcial. Suas principais características são a oralidade e a publicidade. Originalmente, além da Roma e da Grécia antigas, vigorou o sistema acusatório, à sua maneira, no antigo Direito germânico, entrando em declínio no século XIII, quando passou a vigorar o sistema inquisitivo na Alta Idade Média.

Gustavo Henrique Badaró (2016, p. 96) segue tratando sobre o sistema acusatório, apontando também suas distinções em relação ao sistema inquisitório:

sob o ponto de vista do acusado, a diferença fundamental é que no modelo inquisitório, o acusado não era um sujeito de direito, mas sim um objeto do processo, uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, pelo inquisidor, ainda que mediante tortura. O acusado era, portanto, epistemologicamente, um inimigo do inquisidor que, na busca da verdade, poderia torturá-lo para obter a confissão *ex ore rei*. Já no modelo acusatório o acusado é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade.

A história da humanidade se desenvolve por movimentos pendulares, de avanços e retrocessos. Destarte, percebe-se que o sistema acusatório começou a ser utilizado primeiro do que o inquisitório, e foi posteriormente substituído, em atendimento à vontade estatal presente na Alta Idade Média, de chamar para si a função acusatória com o principal escopo de combater a impunidade, pois além de ser dotado de muito mais instrumentos para a persecução penal, o Estado não ficaria vinculado à vontade do particular em ver processado e julgado o autor de um crime.

Ressalte-se, mais uma vez, que não se tratava de um sistema acusatório como temos hoje, pois a função de acusar era delegada aos particulares que eventualmente sofressem uma ofensa a bem jurídico resguardado pela lei penal vigente à época. Mas, apenas por não estarem reunidas as funções de acusar e julgar numa mesma pessoa, já é possível afirmar que tratava-se de um sistema que proporcionava mais chances de defesa ao acusado.

Sendo assim, conclui-se que foi acertada a decisão de transferir ao Estado as funções atinentes à persecução penal, pois este poderia atuar de forma imparcial e impessoal em relação ao investigado, diferentemente do particular, que muitas vezes é movido por um sentimento de vingança. Entretanto, houve um grave equívoco quando se deixou apenas nas mãos do juiz, o trabalho de acusar, defender

e julgar o réu. Neste contexto, o acusado estaria bem melhor assistido na forma estipulada pelo sistema anterior (acusatório privado).

Convém ainda mencionar, que o sistema acusatório é aquele capaz de assegurar ao acusado, direitos e garantias fundamentais essenciais à consecução de um Estado Democrático de Direito, e realização da Dignidade da Pessoa Humana, como é possível extrair dos seguintes dispositivos constitucionais, entre outros: devido processo legal (5º, LIV), garantia do acesso à justiça (5º, LXXIV), garantia do juiz natural (5º, XXXVII e LIII), tratamento paritário das partes (5º, caput e I), ampla defesa (5º, LV, LVI e LXII), publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (93, IX), e presunção de inocência (5º, LVII).

Inclusive, os dispositivos constitucionais citados denotam a adoção do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, o que é defendido neste trabalho. Aqui, ousa-se discordar do respeitável e idolatrado doutrinador Aury Lopes Júnior que afirma como critério decisivo, para definição do sistema processual penal, apenas o modo de gestão da prova, concluindo assim, que o sistema brasileiro é inquisitório.

Ocorre que, num sistema inquisitório, os direitos e garantias elencados acima não estão presentes. Ademais, não se pode ignorar o comando do art. 129, I, da CF/88 que expressamente inclui entre as funções institucionais do Ministério Público, o exercício privativo da ação penal pública.

Antônio Alberto Machado (2014, p. 19), alinhado ao exposto neste trabalho, entende que o sistema acusatório, pelas características que apresenta, é o que melhor atende as exigências de um processo penal justo. Ao examinar os sistemas processuais penais, ele ensina:

Realmente, a história demonstrou que a melhor maneira de buscar a verdade no processo penal é manter o juiz equidistante das atividades probatórias, para não comprometer a sua isenção e imparcialidade, deixando às partes a tarefa de produzir as provas de suas alegações. Sempre que o processo penal entregou ao próprio julgador a incumbência de investigar e produzir provas, em nome de uma suposta “verdade real”, imaginando que esta autoridade estivesse especialmente “ungida” para a tarefa de desvelar a realidade, acabou degenerando para o inquisitorialismo.

Este mesmo autor (2014, p.19), dotado de uma genialidade ímpar, segue tratando sobre o tema, concluindo que:

O processo penal não pode valer-se de meios subjetivistas para a busca da verdade, nem pode depender da boa formação pessoal, da prudência, do bom senso e das boas intenções dos juízes, pois nas democracias é preciso criar mecanismos objetivos para controlar também a “prudência dos prudentes”, a “sensatez dos sensatos” e a “boa-intenção dos bem-intencionados”. É preciso, portanto, questionar: *quis custodiat custodes?* (quem vigia os vigilantes?). E um dos mecanismos objetivos de controle do poder judicial é exatamente a dialética do processo acusatório, em que o esclarecimento dos fatos se dá pelo confronto das teses, das antíteses, dos argumentos e das provas produzidas exclusivamente pelas partes, a quem, afinal, cabe o ônus de demonstrar a veracidade dos fatos e das suas pretensões, de modo a propiciar ao julgador, livre e independente, as condições necessárias para um julgamento objetivo, sereno e imparcial.

O raciocínio apresentado, dotado de rara precisão, demonstra os motivos para a conclusão de que o sistema acusatório, dentre todos os desenvolvidos historicamente, é o mais adequado para a realização de um processo penal justo e garantidor dos direitos inerentes à defesa do cidadão, contra o arbítrio estatal.

Destarte, os movimentos revolucionários registrados na Europa, ao final do século XVIII, terminaram por rechaçar o sistema inquisitório puro, que foi substituído pelo sistema misto, a ser estudado adiante.

2.4 Sistema misto (francês)

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

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

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

O professor Renato Brasileiro (2015, p. 41), com a precisão de sempre, dispõe sobre o contexto de surgimento e as características do sistema misto, aduzindo que:

Após se disseminar por toda a Europa a partir do século XIII, o sistema inquisitorial passa a sofrer alterações com a modificação napoleônica, que instituiu o denominado sistema misto. Trata-se de um modelo novo, funcionando como uma fusão dos dois modelos anteriores, que surge com o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808. Por isso, também é denominado de sistema francês.

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando em regra, a publicidade e a oralidade.

Este sistema, adotado em 1808 com o advento do *Code d'Instruction Criminelle* manteve toda a persecução criminal ao encargo do Estado, como já ocorria no sistema inquisitório; mas o juiz inquisidor agora atuava na fase preliminar de investigação, auxiliado pela polícia judiciária, e na busca da colheita de elementos capazes de respaldar uma posterior acusação. Ocorre que, a acusação não mais seria realizada pelo próprio juiz, e sim por um órgão distinto e independente (Ministério Público).

Na fase preliminar, aquele apontado como autor do fato delituoso, ainda é tratado como objeto de investigação, devendo suportar as imputações que recaem sobre si, sem possibilidade de uma defesa adequada (ausência de contraditório e ampla defesa nesta etapa).

Na fase judicial, reside o maior mérito do sistema misto, que avançou consideravelmente no caminho do respeito aos direitos do homem e de sua dignidade, pois neste momento da persecução penal o acusado passou a ser sujeito de direitos (e não objeto de investigação), gozando da presunção de inocência (Ministério Público incumbido do ônus de provar a culpa), possibilidade de contraditório e ampla defesa, sendo assegurada a publicidade do processo.

Ana Flávia Messa (2014, p. 102) elenca as características do modelo misto, da seguinte forma:

a) distribuição das funções: há uma distribuição das funções de acusar, defender e julgar para pessoas distintas; b) garantias processuais: concilia a figura do juiz inquisidor na instrução preliminar, com a incidência do contraditório e da ampla defesa, típicos do sistema acusatório; c) formalidades: compõe-se de uma primeira fase, inquisitiva, de instrução ou investigação preliminar, sigilosa, escrita e não contraditória, e de uma segunda fase, acusatória, informada pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ao analisar as modificações provenientes do sistema misto, entende-se que houve um avanço significativo no modo de condução da instrução processual penal. A fase

preliminar, lamentavelmente, continuou totalmente “amarrada” ao inquisitorialismo experimentado no modelo de persecução penal anterior.

Destarte, faz-se mister, sinalizar para alguns aspectos do procedimento administrativo de investigações (repita-se, inquisitório), que continuaram influenciando indevidamente a fase processual. Isto ocorreu, pois o Estado não teve a intenção de desvencilhar-se completamente da persecução inquisitória anteriormente adotada, com a qual detinha muito mais instrumentos para fazer valer o seu poder.

Tratando especificamente do contexto no qual originou-se o sistema misto (França, em 1808), verifica-se que ao ser alterada a forma de persecução criminal, pretendia-se acalmar os ânimos da sociedade, que suplicava por mais direitos, bem como pela diminuição da interferência estatal, acompanhada de garantias do cidadão contra o arbítrio deste, notadamente no que tange à liberdade e propriedade. Nesta senda, o imperador Napoleão Bonaparte promoveu a pleiteada mudança, mas propositalmente manteve o “soldado de reserva”, que permitiria a manutenção do controle social, como será explicado a seguir.

2.4.1 Contaminação do sistema misto pelo dogma da “verdade real” (herança do sistema inquisitório)

Mais uma vez será utilizada a excelente obra “Ambição de Verdade no Processo Penal”, para o registro de uma importante crítica direcionada ao sistema misto. Salah Khaled Júnior (2009, p. 69), inicia o tópico em que analisa esta questão, expondo o que ele chama de “desfiguração do sistema acusatório”, e critica o modelo de persecução penal adotado em 1808, aduzindo:

o *Code d' instruction Criminelle* de 1808 operou uma *cisão* entre investigação e juízo, deixando o chamado *juízo de fato* inteiramente em um âmbito inquisitório. Ou seja, percebe-se claramente que o *poder* não podia abrir mão do *controle* sobre a *produção do saber*. Tal juízo de fato seria supostamente correspondente ao real e dessa forma, a *aletheia* inquisitória retornava sob o duplo aspecto: *ausência de contraditório* uma vez que delegava inteiramente à investigação pré-processual o estabelecimento da *verdade histórica* sobre a qual o juiz aplicaria a regra; e *simplificação rasteira* de um problema cuja *complexidade* não pode ser negada. Em suma, o *encobrimento* da verdade como limite tornava-se completo.

Este autor entende que a “verdade” extraída da persecução penal, era fruto das intenções dos investigadores originais. O juiz que participava na segunda fase (supostamente acusatória), apenas aplicava a lei aos fatos delineados pela investigação preliminar. Não havia, em verdade, um sistema acusatório, pois este fora colocado de forma meramente decorativa, prevalecendo mais uma vez o poder de punir do Estado, sobre os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Percebe-se que a base do modelo de persecução penal, ainda era inquisitória. Aí reside a crítica do autor (2009, p. 73), que afirma ter ocorrido a desfiguração do sistema acusatório, neste novo sistema denominado “misto”. Ele conclui este tópico da obra desabafando:

O que se provava era pura e simplesmente o que o poder punitivo desejava provar. Logo, a “verdade” obtida, a suposta “verdade real” não passava de um exercício de arbitrariedade. Portanto, o paradigma oitocentista *refletia a cientificidade típica da época*, que tinha uma *ambição de verdade* caracterizada pelo rompimento com o dogmatismo religioso, onde, entretanto, estabelecia-se um *novo dogma*, que a exemplo do anterior, constituía-se em *instrumento de coesão e coerção social*. Este foi, entretanto, apenas o primeiro passo: os *anseios disciplinares* do poder logo se aprofundaram ainda mais.

A fragilidade do sistema misto, adotado a partir de 1808, consistia na permanência da figura do juiz inquisidor, que atuava na fase preliminar realizando a instrução probatória. Como ensina o autor supracitado, a “verdade histórica” era definida já nesta primeira fase, destarte, muitas garantias do sistema acusatório ficavam prejudicadas.

Aury Lopes Júnior (2013, p. 120), também adepto deste posicionamento, escuda a ideia de que o sistema misto não trouxe nenhuma alteração no contexto da persecução penal. Ele afirma a “falácia do sistema bifásico”, advertindo que serviu aos interesses do tirano imperador Napoleão Bonaparte, da seguinte forma:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Afere-se que, o professor Aury, discorre efusivamente no sentido de agasalhar a ideia de que houve uma investida fraudulenta perpetrada pelos exercentes do poder

estatal. Tal ação, teria o escopo de induzir os governados a pensar que estariam resguardados contra as práticas do sistema anterior (inquisitório puro).

Neste ponto, o presente trabalho ousa discordar deste consagrado doutrinador, adotando o posicionamento de que o sistema inquisitório puro foi sim, afastado pela utilização do sistema misto, já com o advento do código processual francês de 1808. Mesmo que a “verdade histórica” dos fatos investigados fosse definida na primeira etapa, a garantia do contraditório e ampla defesa, da etapa processual, com a consequente dialética acerca do fato delimitado, permitiria a modificação sobre o “juízo” deste fato.

Compreende-se, que havia sim, a possibilidade de persuasão do magistrado, podendo este ser convencido a pronunciar-se favoravelmente ao acusado, por exemplo, em vista de alegações da defesa sobre a insuficiência de provas, ausência de reprovabilidade da conduta ou sua insignificância, bem como legitimidade do ato à luz das circunstâncias. Ao ouvir a defesa, o julgador poderia inclusive sensibilizar-se, ao ponto de inocentá-lo, com base nas suas convicções, construídas através de experiência própria.

Atualmente no direito processual penal brasileiro, aquilo que é colhido na fase de Inquérito Policial é considerado apenas “elemento de informação”, e não pode, de maneira isolada, basear uma condenação. Só são entendidas como “provas”, aquelas produzidas sob o crivo do contraditório, havendo algumas exceções em que o contraditório é postergado, tendo em vista a espécie de prova a ser colhida, que pela sua espécie, pode perecer com a demora.

Da leitura do art. 155 do CPP, é possível extrair esta regra:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Uma parcela da doutrina preconiza que o sistema processual penal vigente no Brasil, é o misto. Esta corrente é muito respeitada e pautada em rica argumentação, todavia, não está alinhada ao entendimento abraçado por este trabalho, como será exposto adiante.

2.5 O sistema adotado no Brasil

O direito processual penal brasileiro à luz da CF/88 adotou o sistema acusatório. Verifica-se claramente a separação das funções de acusar, defender e julgar, bem como a acusação ao encargo de um órgão autônomo e independente (Ministério Público).

O fato de a investigação criminal (que é procedimento administrativo, e não processo) ser realizada com base em um modelo inquisitório, não retira da fase processual (núcleo da discussão) o caráter acusatório. Destarte, este trabalho discorda do entendimento exposto, na classificação do sistema processual penal brasileiro como misto, pautada apenas na distinção entre a fase preliminar de investigação (inquisitória) e processual (acusatória). Com a devida vênia, quando se fala em sistema “processual”, trata-se apenas do momento posterior às investigações, que é iniciado com o oferecimento da denúncia e citação do acusado, desencadeando o processo propriamente dito.

Discorda-se também da posição doutrinária que afirma tratar-se de um sistema inquisitório, com base no modo de gestão da prova. Destarte, serão esmiuçados a partir de agora esses posicionamentos, acompanhados das críticas pertinentes.

2.5.1 Opção pelo sistema misto

Uma corrente doutrinária, se posiciona no sentido de que o sistema brasileiro é o misto, argumentando que os princípios processuais penais previstos na Constituição, apenas indicam um sistema acusatório, mas que sua adoção dependeria da opção do legislador, que é quem cria as regras processuais penais. Sustentam ainda, essa posição, com base na previsão constitucional de uma polícia judiciária (aquela incumbida da realização de investigação criminal), para a qual não se aplicam os termos do sistema acusatório. Ademais, é inegável que a legislação processual penal brasileira, de fato contém dispositivos de natureza inquisitória, mas como já foi exposto, é necessário que se faça a releitura desses dispositivos, sob a ótica das normas constitucionais, procedendo assim a uma “filtragem constitucional”.

Apesar das críticas a esta corrente doutrinária, é importante registrar o entendimento de seus expoentes, que tão bem tratam sobre o tema, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 71), que sintetiza todos os argumentos supracitados:

O sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, *indicam* um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal.

De outra parte, encontram-se na Constituição as normas prevendo a existência da polícia judiciária, encarregada da investigação criminal. Para essa fase, por óbvio, os postulados acusatórios não se aplicam.

Aqueles que sustentam a existência exclusiva do sistema acusatório, somente porque a Constituição apresenta *princípios processuais penais* pertinentes ao referido sistema, esbarram em patente equívoco. A adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde.

Ao contrário, se a Constituição fosse a fonte exclusiva das regras processuais, nem mesmo de Código e outras leis precisariam os operadores de Direito.

Realmente, a Constituição não é a “fonte exclusiva das regras processuais”, entretanto a mesma define os limites, para a criação das referidas normas processuais, que quando são ultrapassados, podem representar uma violação à Lei Maior. Nucci reconhece que os princípios processuais penais definidos pela CRFB/88, estão relacionados ao modelo acusatório, mas os afasta, alegando a insuficiência deste. Data máxima vênia, ignorar o sistema de hierarquia das normas, que coloca a Constituição Federal no topo do ordenamento jurídico brasileiro, não é, certamente, o melhor caminho.

Ivan Luis Marques e Rogério Sanches Cunha (2012, p. 18) outros grandes expoentes das ciências criminais, também defendem que o ordenamento jurídico brasileiro, adotou o sistema misto:

Trata-se da mescla entre o sistema inquisitivo e o acusatório. É o sistema adotado pelo Brasil. Há uma primeira fase inquisitória, com produção de elementos de prova angariados pela polícia sem contraditório e sem a ampla defesa, que podem ser utilizados pelo juiz na sentença final acusatória, desde que aliados a outras provas produzidas durante o processo, sob o manto do contraditório.

A presença da fase de investigação pela polícia sem a garantia do contraditório, por si só, já escancara a opção nacional pelo sistema misto.

Num primeiro momento, parecem bastante sedutores, os argumentos desta corrente doutrinária. Todavia, não se pode olvidar que, a fase de investigações é, repita-se,

pré-processual. Todos os fatos investigados, sobre os quais foram colhidos elementos de informação, serão debatidos posteriormente, caso seja oferecida denúncia ou queixa-crime (a depender do delito). O contraditório é postergado, e como os próprios autores aduziram, nenhuma condenação poderá basear-se apenas nos elementos de informação, devendo estar acompanhada de provas, que só são produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Em resumo, afastado o argumento de que o sistema brasileiro é o misto, com fulcro no fato de que a fase de investigações é conduzida de forma inquisitória, bem como rechaçada a ideia absurda de que o legislador ordinário pode ignorar a Constituição (decidindo se segue ou não os comandos da mesma), nada mais resta para subsidiar este entendimento doutrinário.

2.5.2 A questão da gestão da prova e a adoção de um sistema inquisitório

Há ainda, uma parcela da doutrina entendendo que o sistema processual penal brasileiro é o inquisitório, com fulcro no modelo de gestão da prova, bem como no viés inquisitório de boa parte dos dispositivos do CPP.

Denilson Feitoza (2008, p. 58), preconiza que o sistema brasileiro, na prática, é inquisitório, embora admita que a CF/88 fez sua opção pelo modelo acusatório:

Culturalmente, o princípio inquisitivo domina claramente no Brasil. O juiz brasileiro pode, *de ofício*, ou seja, sem qualquer requerimento das “partes”: determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou o processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, CPP); decretar a prisão preventiva (art. 311, CPP); condenar por classificação legal diversa da especificada na denúncia, sem ouvir qualquer das partes previamente (*emendatio libelli* do art. 383 do CPP); condenar por fato não alegado pelo Ministério Público na denúncia (*mutatio libelli* do art. 384, *caput*, do CPP); provocar o Ministério Público para ampliar a acusação (*mutatio libelli* do art. 384, parágrafo único, CPP) e insistir nisso se o Ministério Público não quiser fazê-lo na primeira provocação (art. 28 do CPP aplicado analogicamente); condenar mesmo diante de pedido de absolvição do Ministério Público (grifou-se); submeter o julgamento ao reexame por instância superior (“recurso de ofício” do art. 574 do CPP) etc.

O autor elenca uma série de dispositivos do CPP, que verdadeiramente possuem características inquisitórias, no intuito de demonstrar a opção do direito processual penal brasileiro pelo sistema inquisitório. Contudo, é importante o registro, de que

este doutrinador defende vigorosamente, a imediata adequação da legislação processual penal infraconstitucional, aos preceitos constitucionais (assim como este trabalho). Nesta oportunidade, Denilson Feitoza (2008, p. 60) faz também um apelo aos juízes brasileiros, para que atuem corajosamente no sentido de rechaçar a “cultura” do processo penal inquisitório, finalmente abraçando o sistema acusatório imposto pela CF/88:

A contradição, hoje, portanto, é entre o princípio acusatório de natureza *constitucional* e o princípio inquisitivo de natureza *cultural*. A solução se encontra na tomada de consciência da realidade forense e na decisão fundamental de se realizarem as normas constitucionais. E isso é crucial para a sociedade brasileira, pois uma *nação* que não vê sua Constituição respeitada não tem como acreditar na sua própria dignidade e num país melhor, mais desenvolvido e mais justo socialmente.

O juiz brasileiro deve ter a coragem, a força moral e o senso crítico necessários para assumir sua “missão”, implementando a Constituição com observância do princípio da supremacia constitucional, que lhe impõe e possibilita o reconhecimento da inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais que sejam incompatíveis com o princípio acusatório constitucional. A independência do Poder Judiciário e a sua legitimidade como poder dependem da efetiva realização das regras e princípios constitucionais.

Aury Lopes Júnior, com posicionamento mais radical, coloca a questão da gestão da prova no centro das discussões sobre a definição dos sistemas processuais penais. Este autor reconhece a existência de muitos dispositivos de natureza inquisitorial no CPP, mas entende que, o modo de gestão da prova (que no Brasil, conta com participação ativa do magistrado, inclusive de ofício), *de per se*, já é capaz de definir o sistema brasileiro como inquisitório.

O ponto crucial da questão, estaria na redação do art. 156, do CPP, entre outros dispositivos, que deferem ao juiz a possibilidade de atuação na produção probatória, independentemente da manifestação das partes, mas apenas de acordo com a sua livre convicção e com respaldo na busca pela “verdade real”: Sobre este tema, o professor Aury (2013, p. 124) apresenta o seguinte raciocínio:

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

Ainda que todos os sistemas sejam mistos, não (grifo do autor) existe um princípio fundante misto. O misto deve ser visto como algo que, ainda que

mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo.

Então, no que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de seu *núcleo*, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório, e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades etc).

Após delinear os critérios para a identificação do sistema processual penal adotado por um ordenamento jurídico, Aury (2013, p. 125) exemplifica utilizando o CPP brasileiro:

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP (grifo do autor), externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório (grifo do autor), pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.

Este trabalho não compartilha do louvável posicionamento externado por Aury. Entende-se que a separação das funções de acusar, defender e julgar, conferida a órgãos e pessoas distintos, é o eixo da questão. Entretanto, compreende-se aqui, assim como o renomado doutrinador, que a figura do juiz instrutor deve ser banida do processo penal, por conta das nefastas consequências trazidas à imparcialidade deste.

O modo de gestão da prova, isoladamente, não é capaz de definir um sistema processual como acusatório, inquisitório ou misto. Porém, há inegavelmente, uma mescla de características com tendências diversas, num mesmo sistema processual. O juiz instrutor é uma figura de natureza inquisitória, que apesar de não determinar a adoção de um sistema inquisitório no Brasil, é capaz de promover inúmeras injustiças em relação ao acusado.

2.5.3 Supremacia da Constituição e conclusão pela adoção de um sistema acusatório

Uma boa maneira de iniciar a exposição sobre este entendimento doutrinário, é lembrando as valiosas lições de direito constitucional, principalmente no tocante ao princípio da supremacia da Constituição, que dá substância à inevitável conclusão, de que o direito brasileiro adotou o sistema acusatório.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 300), atualmente ministro da suprema corte deste país e respeitado autor de Direito Constitucional leciona:

O poder constituinte cria ou refunda o Estado, por meio de uma Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral – porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional. A supremacia da Constituição é um dos pilares do modelo constitucional contemporâneo, que se tornou dominante em relação ao modelo da supremacia do Parlamento, residualmente praticado em alguns Estados democráticos, como o Reino Unido e a Nova Zelândia. Note-se que o princípio não tem um conteúdo material próprio: ele apenas impõe a primazia da norma constitucional, qualquer que seja ela.

Ao compreender a posição hierárquica da Constituição no sistema normativo, os operadores do Direito, incluindo-se aqueles responsáveis pela elaboração das leis, devem proceder conforme o comando constitucional. De nada adianta, que o ordenamento jurídico brasileiro seja regido por uma Constituição avançada, em termos de proteção dos direitos e garantias, individuais e coletivos, se na prática ela é ignorada.

Destarte, este trabalho, posiciona-se ao lado dos doutrinadores que valorizam a Constituição, a respeitam e clamam pela aplicação integral de suas normas. Segundo esta corrente doutrinária, o sistema acusatório foi determinado pela CF/88, não apenas sugerido ou indicado, como pensam alguns, pois a Constituição não aconselha, e sim, ordena. Ademais, o fato de a fase de investigações ser pautada no modelo inquisitório (que pela natureza e características da atividade, demandam esse tipo de persecução penal), não retira o caráter acusatório do sistema brasileiro, pois a CF/88 impõe o modelo acusatório apenas na fase processual.

Mais uma vez, nos valem dos ensinamentos do ilustre professor Renato Brasileiro (2015, p. 41), para fundamentação e complementação do posicionamento exposto. Este importante autor, assevera que:

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

É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.

Antônio Alberto Machado (2014, p. 20), também compreende o sistema brasileiro, como acusatório. Ao examinar este tema, ele aduz:

Não há dúvida, portanto, que os pilares característicos do processo de tipo acusatório estão claramente afirmados pela Constituição de 1988. E dentre esses pilares se deve destacar a rigorosa separação entre as funções de acusar, defender e julgar, em que se reserva ao juiz uma posição sobranceira e imparcial, distante da atividade probatória, com o espírito livre de qualquer contaminação ou pré-julgamentos que a investigação de ofício ou as iniciativas probantes sempre acarretam, tudo com o objetivo de assegurar-lhe as condições propícias para julgar com isenção de ânimo, com serenidade e justiça.

Assim, concluída a análise dos sistemas processuais penais, bem como do sistema adotado pela Constituição brasileira, a seguir será examinado a questão da inércia do órgão jurisdicional no curso de toda a persecução criminal e sua importância para a preservação dos direitos e garantias do acusado, bem como da imparcialidade do magistrado.

3. INÉRCIA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL: UMA GARANTIA DO ACUSADO E PRESSUPOSTO PARA A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

3.1 Considerações preliminares

O processo penal é peculiar e especial em relação aos demais ramos do direito processual. Certamente, no curso de todo processo devem ser respeitados os princípios e regras atinentes ao seu andamento, sendo as partes, o juiz, bem como toda a sociedade (o processo é público, por determinação da CF/88), responsáveis por fiscalizar a conformidade constitucional e legalidade do trâmite processual.

Ocorre que, no processo penal é possível dizer que a simples ameaça à violação das disposições constitucionais e legais já deve ser rechaçada de imediato, representando o risco de um prejuízo irreversível e de proporções inimagináveis. Tudo isso, porque o processo penal versa em seu bojo, sobre o direito mais caro à existência humana, que é a liberdade.

Há um princípio, comum a todo direito processual, que é o da ação, demanda ou iniciativa das partes. Pode-se dizer que o órgão jurisdicional é inerte, permanece “adormecido”, até que a parte provoque sua atuação, exercendo o direito de ação. Como foi dito, o processo penal é peculiar, dentre outros aspectos, pois nele a inércia do Poder Judiciário é exigida desde a fase pré-processual, nos momentos de investigação que antecedem o oferecimento da denúncia. No processo penal é utilizado o brocardo “ne procedat iudex ex officio” (o juiz não procederá de ofício), que traduz justamente este princípio da demanda ou inércia judicial, e será esmiuçado posteriormente, tratando-se de um princípio que impõe a inércia do órgão jurisdicional, proibindo sua atuação de ofício. O juiz não pode, por exemplo, decretar uma prisão preventiva nesta fase, bem como, ao contrário do que diz o art. 26 do CPP (não recepcionado pela Carta Constitucional de 1988), não pode requisitar a instauração de inquérito policial. Tal permissivo significaria um retorno ao sistema inquisitório.

Nos demais ramos do direito processual, após a provocação do Poder Judiciário, o juiz passa a poder conduzir o processo, tendo inúmeros poderes instrutórios, e este

fato atende à finalidade almejada, em razão do objeto que é discutido nestes processos. Já no direito processual penal a figura do juiz instrutor é veementemente repelida, pois representativa de tempos obscuros. O grande problema, é que mesmo assim, em muitas passagens do código, é permitido ao juiz agir de ofício, violando “a perder de vista”, direitos essenciais à uma defesa justa e eficaz do acusado. O art. 385, do CPP, é provavelmente o “golpe mais violento” que o juiz pode aplicar no acusado, quando atua de ofício. Ao condenar, frente a um pedido de absolvição, o magistrado simplesmente passa a titularizar a ação penal, em manifesta atuação de ofício, por não ter sido provocado a decidir, no sentido em que fez (pronunciamento de condenação). Além de poder condenar, ele também tem a possibilidade de reconhecer agravantes não alegadas pela acusação, o que também configura certamente uma atuação de ofício, pois agravantes são circunstâncias pessoais do acusado ou do próprio fato criminoso supostamente praticado. Ao trazer para a sentença, fatos não suscitados nos autos, o magistrado inegavelmente atua de ofício.

Para completar o rol de poderes conferidos ao magistrado no seu “exercício da ação penal”, só faltou a este infeliz dispositivo do código, incluir a possibilidade de reconhecimento do crime na forma qualificada, bem como o acréscimo de causas de aumento, ambas não ventiladas pela acusação.

Destarte, o estudo da atuação de ofício do magistrado durante a persecução penal, tem relação direta com o tema deste trabalho, sendo essencial seu enfrentamento antes do avanço ao terceiro e último capítulo, no qual será tratado minuciosamente o art. 385, do CPP, mais especificamente no que tange à questão da sua incompatibilidade com a Magna Carta de 1988.

3.2 Imparcialidade

Antes de destrinchar os principais aspectos do instituto, para notável enriquecimento deste trabalho, apresenta-se um trecho da magnífica obra “Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal”, de autoria do renomado doutrinador Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p. 140), que registra o seguinte:

a imparcialidade é uma decorrência natural do devido processo legal e de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito. Não há como se conceber uma atividade jurisdicional válida que não venha a ser conduzida por um juiz equidistante das partes processuais. Constitui, nesses termos, um atributo inerente à jurisdição, reconhecido, inclusive, ao lado da independência, como um direito humano protegido por diversos documentos internacionais.

Caracteriza-se pelo desinteresse subjetivo do juiz diante do caso posto a julgamento, ficando este impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes processuais. Deve, por consequência, atuar como um observador desapaixonado, exercendo o poder jurisdicional com isenção sem permitir que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão.

Esta brilhante síntese, já é capaz de demonstrar os contornos, implicações e importância do instituto, tratando-se de pressuposto básico para que o juiz possa atuar na causa penal. Tal exigência atinente ao julgamento, não está presente apenas na CRFB/88 e legislação infraconstitucional, mas consta no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948, após a Segunda Guerra Mundial, durante a qual os direitos humanos foram reduzidos a cinzas.

A redação do art. 10, deste documento histórico, proclama:

Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Atentando para as noções conceituais do princípio da imparcialidade do julgador, registre-se a sugestão conceitual de Norberto Avena (2017, p. 31), para este tema:

Significa que o magistrado, situando-se no vértice da relação processual triangulada entre ele, a acusação e a defesa, deve possuir capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda, vale dizer, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo.

Visando garantir essa imparcialidade, a Constituição Federal estabelece ao magistrado as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 95), proibindo, ainda, juízo ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII).

Nota-se, que o autor muito bem descreve a imparcialidade, enfatizando a necessidade do distanciamento do magistrado em relação às partes, e seu desinteresse no resultado do processo. São elencadas uma série de garantias inerentes à magistratura, que permitem ao juiz exercer uma atuação independente e

atenta à justiça do caso concreto, com proteção ao seu cargo, mantendo-o a salvo de pressões externas.

Para arrematar a questão conceitual e avançar no estudo dos demais aspectos da imparcialidade, utiliza-se a primorosa obra de Gustavo Henrique Badaró (2014, págs. 30 e 31), denominada “Juiz Natural no Processo Penal”. O autor discorre sobre a imparcialidade, aduzindo que:

Embora a Constituição não assegure, expressamente, o direito a um juiz imparcial, é inegável que a imparcialidade do juiz é *conditio sine qua non* de qualquer juiz, sendo pois uma garantia constitucional implícita. A palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial. Não seria exagerado afirmar que um juiz imparcial é uma contradição em termos. Aliás, a ideia de jurisdição está indissociavelmente ligada à de juiz imparcial, na medida em que, se o processo é um meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o terceiro, no caso, o juiz, seja imparcial, isto é, não parte.

Muito interessantes as considerações do supracitado autor, que chega a afirmar que um juiz maculado pela imparcialidade em seu ânimo, sequer pode ser considerado juiz, por conta de toda a lógica que envolve a atuação do Poder Judiciário e a própria jurisdição como meio de heterocomposição dos conflitos. Um juiz imparcial atua como parte, não satisfazendo o dever do Estado de dizer o direito no caso concreto, assim não resolvendo a demanda ou pacificando o conflito. Em verdade, este juiz milita em prol de uma das partes, fulminando a credibilidade do Estado, bem como trazendo insegurança jurídica e mantendo a situação de conflito. A parte injustiçada, da qual foram “sugados” todos os direitos desde o princípio, jamais conferirá respaldo ao julgamento de um terceiro, que segundo o próprio Badaró, sequer pode ser chamado de juiz.

Nereu José Giacomolli (2016, p. 279), discorre exaustivamente sobre o tema da imparcialidade, em seu livro intitulado “O Devido Processo Penal”, ele destina um tópico à análise da funcionalidade da imparcialidade, dispondo da seguinte forma:

A função do princípio é evitar, essencialmente, a arbitrariedade, ou seja, que o julgador decida conforme a sua opinião, com critérios pessoais e não com base no conteúdo dos autos. Outra função é evitar a contaminação subjetiva do julgador, para que profira um julgamento sem prejuízos inautênticos, previamente comprometidos; que haja um julgamento idôneo. Por isso, filtros objetivos de redução da arbitrariedade e da contaminação, como as hipóteses de suspeição, impedimento e incompatibilidades estão previstas no ordenamento jurídico e comportam uma interpretação ampliativa, para não deixar sequer a dúvida acerca de um julgamento sem a imparcialidade. Por isso, os magistrados, em todos os graus jurisdicionais,

possuem a obrigação constitucional de se absterem de atuar quando puder ser colocada em dúvida a sua isenção.

Para concluir sobre o caráter vital do princípio da imparcialidade, é imprescindível notar que as hipóteses objetivas de aferição da imparcialidade (impedimento, suspeição e incompatibilidades) citadas pelo autor, devem ser interpretadas extensivamente, de modo que não reste nenhuma dúvida sobre o desinteresse e impessoalidade do julgador em relação à causa. É um dever do magistrado, verificar se atende às condições objetivas para julgamento, e constatando que a elas não se adequa abster-se de julgar a causa. Ademais, caso este não assuma sua “parcialidade”, as partes podem suscitá-la, tendo o juiz a possibilidade de sustentar fundamentadamente, as razões pelas quais entende que está apto ao julgamento.

3.2.1 Imparcialidade e independência judicial

Importante salientar, que quando este trabalho ataca a atuação de ofício do julgador no processo penal, não quer de forma alguma rechaçar a garantia da independência judicial, que é inerente à magistratura, assim como serve aos interesses do acusado, no que tange à justiça de seu julgamento.

Alberto Binder (2003, p. 109), em sua fantástica obra sobre introdução ao direito processual penal, faz excelentes considerações sobre este tópico. Na passagem do seu livro, em que analisa este assunto, ele inicia brilhantemente dispondo:

não basta que haja um julgamento prévio com as características que já mencionamos, que se estabeleça como regra geral o princípio da inocência, a necessária predeterminação legal do juiz. Além disso, foi estabelecida a exigência da imparcialidade e a independência dos juízes como um dispositivo para que a aplicação da justiça não responda a nenhum ditame dos demais poderes do Estado.

De acordo com esse princípio, os juízes são – durante o exercício de suas funções e para a aplicação do Direito no caso concreto – independentes de todos os outros poderes do Estado.

Percebe-se a ênfase que o autor dá, à garantia de não interferência dos poderes legislativo e executivo na atuação judicial. Ele defende que o juiz deve julgar sem receber pressão externa, para que possa exercer seu mister com a serenidade necessária ao julgamento de uma causa penal. O supracitado autor (2003, p. 109)

afasta inclusive a influência de outros órgãos do Poder Judiciário, no trabalho do juiz de primeira instância, expondo:

Os chamados “juízes superiores”, que são aqueles que julgam os recursos, ou os juízes da Corte Suprema, não tem poder sobre o juiz ordinário. Não poderiam, de modo algum, dar-lhe indicações ou influir para que decida de uma ou outra maneira. Quando se fala de tribunais ou juízes “superiores”, isso significa que, por uma simples distribuição de competência, estes têm o poder de revisar a sentença dada por juízes ou tribunais ordinários, de acordo com o que o processo preveja para cada situação.

Este excelente doutrinador encerra o tópico, afirmando ser a independência do magistrado, essencial para a proteção dos direitos do acusado. É possível ainda arriscar que seria também, uma garantia “pro societate”, pois o juiz não pode sujeitar-se a influências no sentido da absolvição de um culpado, apenas por conta de seu “status” social e boa condição econômica, perpetuando assim a impunidade que vige no país, quanto a essa espécie de réu.

A independência judicial é, assim como a imparcialidade do julgador, uma garantia de justiça, como muito bem coloca Alberto Binder (2003, p. 112):

Finalmente, como corolário, teria que insistir no caráter garantidor da independência judicial. A independência dos juízes não é uma prerrogativa profissional. Trata-se, na realidade, que os cidadãos, sujeitos passivos da aplicação da justiça, tenham a garantia de que a pessoa que vai aplicar algo de tão graves consequências, como o poder do Estado, atue com total liberdade e sem estar submetida a pressões. Não se pode esquecer que é uma garantia prevista em favor dos cidadãos e não em favor dos juízes.

Faz-se indispensável o registro, de que alguns autores se utilizam do princípio da independência judicial, para escudar a iniciativa instrutória do julgador. Em obra dedicada exclusivamente a este tema, Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p. 140), assevera:

é imprescindível que a iniciativa instrutória, como ato processual possível de ser concretizado pelo julgador, pressuponha como requisito essencial, a independência deste, sob pena de constituir uma sintomatologia da patologia estatal, ao invés de atender objetivos estabelecidos, legitimamente por um Estado Democrático de Direito.

Aqui, ousa-se discordar deste importante autor, com base na conclusão extraída na primeira parte deste tópico, de que a independência judicial é uma garantia do acusado contra julgamentos imparciais gerados pela influência externa e indevida no ânimo do julgador. Ademais, como será esmiuçado posteriormente, a iniciativa instrutória do juiz, por si só, já promove a “quebra” da imparcialidade, não podendo a independência judicial lastrear esta atuação do juiz.

3.2.2 Juiz natural e imparcialidade

O princípio do juiz natural está diretamente ligado à imparcialidade. Este princípio, garante por meio de suas regras objetivas, que o juiz seja designado para a causa, antes da ocorrência do fato delituoso. Ou seja, regras de competência previamente estabelecidas na CRFB/88 e legislação infraconstitucional, definem quais são os juízes competentes para julgar determinada demanda.

No tocante aos contornos históricos de surgimento e evolução deste significativo instituto, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2014, p. 146), em sua obra “Processo Penal e Constituição”, registra o assunto:

O princípio teve origem como uma limitação do poder absoluto e para aprofundar a distinção entre a administração e a justiça cuja a necessidade já se impunha desde o Iluminismo.

Nesse período, frequentemente o rei detinha a função jurisdicional, delegando-a a outras pessoas, conforme o seu interesse. Impedia-se, assim, que tal função fosse autônoma e imparcial.

A obra de Grandinetti (2014, p. 147) expõe o grande problema que forçou a criação do princípio do juiz natural. O poder absoluto dos reis, que como mencionado acima, eram detentores até mesmo da função jurisdicional, aniquilava o direito a um julgamento justo, pois eles enviavam julgadores para fazer valer sua vontade. Destarte, o pronunciamento final do juiz já era conhecido antes mesmo de ser realizado.

Esta espécie de abuso, após um tempo, sempre gera a revolta da população, que se vê oprimida ante uma arbitrariedade sem limites, e vai à luta por seus direitos, impondo um acordo justo com os detentores do poder:

A consagração legal do princípio somente ocorreu no século XVII com a *Petition of Rights*, de 1628, e com o *Bill of Rights* de 1689, na Inglaterra, solidificando-se no século XVIII com a Constituição Francesa de 1791.

Sobre os aspectos conceituais do instituto, Guilherme Madeira Dezem (2017, p. 129), assevera:

O princípio do juiz natural encontra-se previsto no art. 5º, LIII: “ninguém será processado e julgado senão pela autoridade competente”. Também encontra previsão no Pacto de São José da Costa Rica, que prevê em seu art. 8º, 1: “ Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal

competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei”. Há, ainda, outra previsão constitucional que se liga diretamente ao tema do juiz natural, no art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção.

Como demonstra Dezem, o princípio em comento é de tamanha importância que está inserido tanto na Constituição Federal, como em documentos internacionais. O fato de já existir um órgão judicial designado previamente para o julgamento da causa, implica em dizer que não é possível nomear juízes para atuar em determinados casos, sob pena de incorrer-se na criação de um juízo ou tribunal de exceção. Se um julgador é escolhido especialmente para julgar uma demanda, certamente aquele que o designou, o fez, esperando determinado resultado, assim demonstrando interesses no processo.

Ademais, como se extrai da dicção do art. 5º, LIII, da CRFB/88, o juiz deve ser “competente”, o que significa dizer que deverá estar devidamente investido no cargo, bem como possuir competência constitucionalmente definida para a apreciação daquela matéria específica.

André Nicolitt (2013, p. 33), também expõe muito bem sobre o princípio do juiz natural, apontando que:

A exigência de independência e imparcialidade do juiz se expressa no princípio do juiz natural, que consiste em uma dupla garantia do cidadão: a vedação de tribunais de exceção (art. 5º XXXVII) e a proibição de escolha de juízes (art. 5º, LIII). Em outras palavras, a Constituição e as leis definem o órgão jurisdicional que irá apreciar os fatos e isto se dá de forma genérica e abstrata. Não pode o chefe do poder ou as partes realizarem manobras ou manipulações a fim de escolher o julgador de uma determinada causa.

À proibição de escolha do julgador, acresça-se a proscrição de advocatária de processo por outros órgãos existentes, o que não se confunde com as modificações de competência.

Nicolitt, com maestria, corrobora a noção conceitual abraçada por Dezem. Faz-se relevante o alerta, de que quando os autores se referem à vedação da criação de juízos ou tribunais de exceção, não estão a incluir os Juizados Especiais (JECRIM, por exemplo) ou varas especializadas, que integram a organização judiciária de alguns estados, como por exemplo varas especializadas em violência doméstica e familiar contra a mulher, ou varas específicas para apreciação dos delitos relativos à lei de drogas. Esta justiça especializada não é criada *post factum*, e sim, apenas para tratamento da matéria de maneira mais isolada e específica, o que se mostra até como uma garantia de uma melhor prestação jurisdicional, pois o julgador

aperfeiçoa-se naqueles determinados casos, tendo condições de proferir uma sentença melhor fundamentada, mais coerente e justa.

Para encerrar este tópico, Grandinetti (2014, p. 146) complementa as características do princípio do juiz natural, preconizando que:

O princípio do juiz natural, ou juiz legal, ou ainda do juiz competente, se extrai da necessária e prévia existência de juiz competente e da proibição de criação de tribunais de exceção. É consequência lógica de dois outros princípios constitucionais que se interligam: o da isonomia e o do devido processo legal.

O princípio do juiz natural, como informa o autor, está diretamente atrelado ao princípio da isonomia, pois segundo o instituto do juiz natural, a competência para julgamento é distribuída previamente, se aplicando a todas as pessoas. Destarte, aos acusados é conferido o mesmo tratamento, sendo estes julgados pelos mesmos juízes, e submetendo-se às mesmas regras. Ademais, até mesmo quando se fala em foro por prerrogativa de função, deferido a ocupantes de determinados cargos dos poderes legislativo, executivo e judiciário, não há que se falar em violação à figura do juiz natural, pois esta competência também é pré-definida na Constituição, e embora seja criticada por muitos que defendem a existência de privilégios, não é esta a finalidade da norma constitucional. A norma pretende proteger a função de perseguições indevidas, não autorizando qualquer proteção especial à pessoa que exerce aquela função. Caso esta pessoa seja acusada da prática de uma infração penal, deverá, não obstante a regra do foro por prerrogativa de função, ser julgada por um tribunal completamente imparcial, e assim habilitado a proferir julgamento justo.

3.3 Princípio do “ne procedat judex ex officio

A inércia do órgão jurisdicional ou, em outras palavras, a vedação da atuação de ofício do magistrado, constitui a base do processo acusatório. Com relação a este princípio, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 60) preconizam:

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

admitindo-se, nos casos previstos, a iniciativa privada (ação penal privada exclusiva, personalíssima e subsidiária da pública).

Neste trecho, os autores deixam bem claro o entendimento no sentido de que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório. Ademais, apresentam as implicações do princípio em comento, asseverando que o órgão jurisdicional deve ser inerte, deixando todo o protagonismo para as partes.

No mesmo sentido caminham as ideias de Dezem (2016, p. 127), que afirma:

Tal princípio é manifestação do sistema acusatório que, como esclarecido no sistema anterior, implica na necessária separação entre as funções de julgar, acusar e defender. Afinal de contas, seria pouco sustentável que houvesse sistema acusatório na situação em que o magistrado possa instaurar de ofício ação penal contra qualquer pessoa.

Até então, os registros feitos pelos autores, trataram de proteger os direitos do acusado no momento da instauração (início) do processo penal. Ademais, a impossibilidade de início do processo penal pelo juiz, é assunto pacífico na doutrina. Contudo, o princípio dissecado neste tópico não versa unicamente sobre o início do processo penal, sendo muito mais abrangente. Norberto Avena (2017, p. 19), ao tratar sobre este assunto, observa as implicações deste princípio em momentos processuais posteriores:

Independentemente deste alcance inicial do princípio, é necessário ter em vista que a jurisprudência ampliou consideravelmente a sua abrangência, passando a utilizá-lo como fundamento para restringir ou até mesmo para impedir determinados pronunciamentos *ex officio* dos juízes e dos órgãos colegiados dos tribunais. Para ilustrar essa ampliação, veja-se que o *ne procedat iudex ex officio* vem balizando as decisões dos tribunais no que concerne aos limites do recurso da acusação quando neste não forem impugnados todos os pontos da sentença sujeitos à modificação em 2º grau. Assim, não se pode conceber, por exemplo, que um Tribunal possa reformar uma decisão para condenar um réu por crime de roubo, quando o recurso do *dominus litis* pleiteava apenas a desclassificação da conduta para o tipo penal de furto qualificado.

Destarte, verifica-se que ao juiz é vedado instaurar de ofício o processo penal, bem como é proibido que assuma posição ativa no decorrer do processo. O princípio da iniciativa das partes, visa justamente coibir as práticas indevidas dos magistrados que resolvem atuar de maneira mais ativa no processo, na busca da já desmistificada “verdade real”, que apenas serve para contaminar sua imparcialidade. O entendimento deste trabalho, é de que quando a lei permite ao juiz produzir provas de ofício, ou até condenar o acusado, mesmo em face do pleito de

absolvição do órgão ministerial, o faz em desatendimento ao princípio da iniciativa das partes.

3.3.1 “Ne procedat judex ex officio” e imparcialidade do magistrado

O Código de Processo Penal, ao tratar das exceções que podem ser opostas no processo, elencadas no art. 95 do mesmo diploma, incluiu dois dos institutos mais mencionados quando o assunto é imparcialidade: impedimento e suspeição. Certamente, o impedimento ou suspeição do magistrado, são baseados em circunstâncias de proximidade e intimidade do julgador em relação às partes do processo, o que compromete sua atuação distante e impessoal. Ocorre que, não são apenas as circunstâncias trazidas pelos supracitados institutos, aptas a determinar se um magistrado julga com imparcialidade.

Após dissecar a natureza jurídica, conceito e características dos princípios da inércia do órgão jurisdicional e imparcialidade do magistrado, é necessário agora demonstrar a influência direta que a atuação de ofício gera na imparcialidade, bem como o que este tipo de atuação expõe sobre o ânimo do julgador.

Já foi demonstrado, no capítulo anterior, que a atuação de ofício do magistrado, ou do chamado “juiz instrutor”, é justificada pelo famoso princípio da verdade real, que prima pela busca da realidade dos fatos exatamente como ocorreram, para que sejam trazidas aos autos as informações mais fidedignas possíveis à elucidação e resolução da causa. Superada a discussão e conclusão sobre a falácia deste princípio, abre-se espaço para os ensinamentos do renomado autor Luiz Flávio Gomes (2010), doutrinador dotado de enorme prestígio ante a comunidade jurídica, que em brilhante síntese, afasta o princípio da verdade real quando em confronto com a atuação de ofício do magistrado, assim como relaciona esta última com a imparcialidade deste mesmo julgador:

A orientação deste princípio (da verdade real), no entanto, encontra limites. Um deles está no princípio do *ne procedat judex ex officio*. Veja-se. Embora haja interesse do Estado na busca da verdade real, o processo deve contar com a imparcialidade do juiz (até mesmo para que outros princípios constitucionais sejam preservados, como o da presunção da inocência, por exemplo) e para isso, a Jurisdição é inerte, devendo o processo ser iniciado por provocação das partes: Ministério Público, nas ações penais públicas e querelante, nas ações penais privadas (grifou-se).

Mais uma vez utilizando a riquíssima obra de Marcos Alexandre Zilli (2003, p. 133), sobre a iniciativa instrutória no processo penal, proceder-se-á à análise de uma fantástica passagem deste livro:

Assim como todo o processo penal deve vir estruturado de forma regular e justa, natural que a iniciativa instrutória a cargo do julgador também seja informada por regras orientadoras e limitadoras, todas tendenciosas à concretização do ideal do Estado Democrático de Direito. Deve, pois, a iniciativa instrutória do julgador obedecer a uma forma e figura apropriadas, sob pena de aproximação a modelos processuais historicamente ultrapassados.

Interessante notar, que o autor propõe uma “fórmula”, com a qual a iniciativa instrutória do magistrado poderia ocorrer, sem que houvesse ofensa a direitos e garantias do acusado. Ele discorre de forma bem intencionada, sinceramente buscando expor uma forma de proteção aos direitos do indivíduo que figura como sujeito passivo no processo penal. Contudo, o posicionamento deste trabalho é mais radical, no sentido de que em nenhuma circunstância poderia o juiz agir de ofício, exceto para salvaguardar direitos do réu. Assim também entende Aury Lopes Júnior, que vai ainda mais além, afirmando que o sistema processual penal brasileiro sequer seria acusatório, lastreando seu argumento no modo de gestão da prova adotado pelo Código de Processo Penal.

Para que não se deixe incompleto o raciocínio do autor Marcos Alexandre Zilli (2003, págs. 133 e 134) faz-se constar seus argumentos em prol da possibilidade de iniciativa instrutória do magistrado:

Há, pois, que se observar a necessidade de respeito ao juiz natural e de sua imparcialidade, da obediência ao princípio da presunção de inocência, do dever de motivar os atos decisórios, da duração razoável do processo, da obrigatoriedade de publicidade dos atos processuais, da licitude e legitimidade das provas, e do respeito à ampla defesa e do contraditório. Onde a iniciativa instrutória do juiz tiver desrespeitado essas orientações e limitações, ter-se-á violado o devido processo penal e, em última análise, o próprio Estado Democrático de Direito.

Ele elenca, de forma bem intencionada, uma série de princípios que devem permear a atuação do julgador, quando for atuar de ofício. Todavia, este mesmo julgador poderia utilizar esse poder de iniciativa instrutória, por exemplo, para segundo sua íntima convicção, indiscriminadamente buscar provas para lastrear uma condenação, bastando alegar que atuou com amparo nos princípios citados acima. Destarte, não há meio hábil a justificar a atuação de ofício do juiz, que não

tem como agir, sem demonstrar sua ligação emocional ao processo, bem como o interesse em seu resultado.

4. O PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PEDIR A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO, E A OBRIGATORIEDADE DE ABSOLVIÇÃO PELO JUIZ

Fincadas, definitivamente, as premissas deste trabalho, a partir de agora será enfrentada diretamente a questão da compatibilidade, ou não, do art. 385, do CPP, com a CRFB/88, passando pelas consequências da adoção de um, ou outro posicionamento.

4.1 Princípio da correlação entre acusação e sentença

O princípio da correlação entre acusação e sentença, também denominado “princípio da congruência” ensina que a sentença deve guardar plena consonância com o fato delituoso descrito na inicial acusatória, não podendo dele se afastar, sendo vedado ao juiz, proferir decisão *extra petita*, *citra petita* ou *ultra petita*, sob pena de reconhecimento de nulidade absoluta, em razão da afronta aos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e do próprio sistema acusatório, afetando ainda, a imparcialidade do juiz. O rol de nulidades constante no art. 564 do CPP é meramente exemplificativo, podendo perfeitamente incluir a nulidade mencionada, por manifesta violação do sistema acusatório, em indevida atuação do magistrado.

Em sua formidável obra “Curso de Processo Penal”, Edilson Mougnot Bonfim (2017, p. 655), explica o que seriam decisões *extra*, *citra* e *ultra petita*:

A sentença que concede mais do que tenha sido requerido pelo autor da ação é denominada *extra petita*, enquanto a sentença que deixa de apreciar qualquer pedido deduzido pelo autor é denominada *citra petita*; *ultra petita*, por outro lado, é a sentença que decide além do pedido. Todos esses casos constituem hipóteses de desrespeito ao princípio da correlação, trazendo incongruência entre o pedido e o que foi concedido em sentença. O desrespeito ao *tantum judicatum, quantum deductum* acarreta a nulidade do julgamento.

Ademais, registre-se o pensamento dos grandes doutrinadores Victor Eduardo Rios Gonçalves e Alexandre Cebrian Araújo Reis (2013, p. 87), que também dispõem sobre o princípio da congruência:

Considerando que o acusado se defende dos fatos criminosos a ele imputados, deve existir correlação entre o fato narrado na denúncia ou queixa e o teor da sentença, ou seja, o juiz só pode julgar aquilo que está sendo submetido à sua apreciação, não podendo extrapolar os limites da

acusação com julgamentos *ultra* e *extra petita* (além ou fora do pedido). É claro, contudo, que em alguns casos o juiz pode reduzir o alcance da acusação, desclassificando o delito ou reconhecendo a forma tentada.

A sentença que julga além ou fora dos limites da denúncia, denota a “quebra” da imparcialidade do magistrado, bem como uma arbitrariedade que remete imediatamente ao modelo inquisitório de persecução penal. O tema é dotado de tamanha relevância, que são encontradas obras dedicadas exclusivamente ao seu exame. Destaca-se o livro de Benedito Roberto Garcia Pozzer (2001, p. 145) intitulado “Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro”. Entre outros assuntos pertinentes ao instituto analisado, o referido autor expõe com muita propriedade, sobre como deve proceder o juiz, na prolação de uma sentença penal:

Na sentença, decisão judicial que julga mérito da questão penal submetida à apreciação do juiz, na qual absolve ou condena o acusado, deverá estar exposta toda a acusação, imputação e responsabilização, para verificação da fidelidade do julgamento, aos fatos acusados, contestados e provados.

Relatadas as teses acusatórias e defensivas, segue-se a fundamentação, ato valorativo concernente às afirmações das partes (em sentido processual), em cotejo com as provas colhidas ou produzidas na instrução penal. Anunciam-se os motivos determinantes da aceitação dessa ou daquela tese, para convencimento do próprio juiz, bem como do acusador, acusado e sociedade. Elemento de conexão, entre o relatório e dispositivo, a fundamentação deve ser explícita e abarcar toda a questão penal submetida a julgamento.

Neste trecho, o autor expõe com muita propriedade, sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. Tal garantia encontra-se estampada no art. 93, IX da CRFB/88, sendo aplicada a todos os processos, e não apenas nos processos criminais.

Como este mesmo autor preconiza, a sentença, considerados todos os seus elementos (relatório, fundamentação e dispositivo), tem como destinatário, não só o acusado, mas toda a sociedade. Torna-se uma tarefa extremamente árdua, explicar para todos, porque o réu é condenado quando o pleito do Ministério Público (acusador) é direcionado à absolvição. Ademais, no caso em que o juiz considera circunstâncias agravantes não alegadas pela acusação, fica muito difícil esclarecer de onde surgiram estas. Tratar-se-ia de um segundo órgão acusador? Como poderia este órgão acusar, tendo em vista que é o responsável, também, pelo julgamento? São indagações que angustiam muitos operadores do Direito, e, inclusive, esta incoerência entre imputação e sentença, salta aos olhos, até mesmo dos leigos.

Para complementar o posicionamento firmado pelos autores já referidos, registre-se também, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2014, p. 79), outro notório expoente das ciências criminais:

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

As riquíssimas contribuições destes renomados autores, só servem para respaldar o entendimento defendido neste trabalho. O princípio da correlação entre acusação e sentença é, sem dúvida, um postulado norteador da atuação do magistrado. Trata-se de uma garantia essencial do acusado, e como tal, é indisponível, devendo ser atacada qualquer tentativa do julgador, no sentido de desvencilhar-se deste dever.

Não poderia deixar de constar neste trabalho, a esplendorosa conclusão do professor Aury Lopes Júnior (2013, p. 1098) que analisa o instituto em tela, confrontando-o com o artigo 385 do CPP:

A sentença que reconhece agravantes não alegadas pelo Ministério Público é *extra petita*, pois se descola da imputação para ir – de ofício – além da acusação, violando numa só tacada, as regras da correlação, do contraditório e do sistema acusatório. Ademais, constitui uma modificação indevida do objeto do processo penal.

Diante da inércia da jurisdição – crucial para o sistema acusatório e a garantia da imparcialidade – decorrente do *ne procedat iudex ex officio*, não pode o juiz prover sem que haja um pedido e, como consequência, daí decorre outro princípio: o juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido. A inclusão por parte do juiz de agravantes que não estavam na imputação representa uma indevida modificação no fato processual.

Portanto, inaplicável o art. 385 do CPP e, quando utilizado, conduz a uma grave nulidade da sentença.

No contexto apresentado, não é possível a sobrevivência do artigo 385, do CPP, no ordenamento jurídico pátrio. Quando a legislação ordinária permite ao juiz, condenar, mesmo diante do requerimento de absolvição, ou até mesmo incluir agravantes que sequer foram referidas pela acusação, viola frontalmente o princípio da congruência.

A seguir, serão analisados alguns dispositivos do diploma processual penal brasileiro, que em confronto com o art. 385, comprovam a incomunicabilidade deste com a legislação processual penal.

4.2 Incompatibilidades entre o artigo 385 e o próprio Código de Processo Penal

Procedendo a uma interpretação sistemática do nosso diploma processual penal, verifica-se claramente uma contradição entre as normas que o integram, e o art. 385, objeto deste estudo.

Inicialmente, é importante apresentar a redação do art. 41 do CPP, que dispõe sobre o conteúdo da denúncia ou queixa: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identifica-lo, a classificação do crime, e quando necessário, o rol de testemunhas”.

Pela redação do dispositivo supracitado, já é possível perceber, que as agravantes (circunstâncias do crime) devem ser descritas na denúncia ou queixa. O art. 385 do CPP que permite ao magistrado incluir agravantes não alegadas na denúncia, concede a ele, simplesmente a possibilidade de promover o julgamento *ultra petita*, ou seja, o juiz poderia ultrapassar os limites estabelecidos pela denúncia oferecida.

Aury Lopes Júnior (2013, p. 45) também confronta os dispositivos mencionados, afim de levantar dúvidas sobre a compatibilidade do artigo 385 com o próprio Código de Processo Penal. Este respeitado autor assevera:

A sentença que condena o réu e, de ofício inclui agravantes não alegadas pelo Ministério Público, é nula, por incongruente.

Além de violar o sistema acusatório, o contraditório e o direito de defesa, a aplicação do art. 385 CPP é absolutamente incompatível com a pretensão acusatória objeto do processo penal. Está ainda, em linha de colidência com o disposto no art. 41 do CPP, que, como vimos, determina que a denúncia deverá conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias (grifou-se). E o que são agravantes se não “circunstâncias do delito”?

Prosseguindo com a análise dos demais artigos do CPP, percebe-se que o art. 492, I, b deste diploma normativo, em pleno atendimento ao teor do princípio da

congruência, prevê no procedimento do tribunal do júri, que caso o júri decida pela condenação, o juiz-presidente deverá proferir sentença, considerando apenas as agravantes e atenuantes alegadas nos debates, ficando assim, adstrito apenas ao que foi arguido em plenário.

É importante lembrar que este dispositivo teve sua redação determinada pela Lei n. 11.689/08, que é uma das leis que alterou o CPP, buscando atualizar seu conteúdo no mesmo sentido da CF/88. De forma diversa, dispõe o art. 385 do mesmo diploma normativo, que em manifesta violação às garantias constitucionais e legais do acusado, prevê possibilidade do reconhecimento de agravantes, mesmo que nenhuma tenha sido alegada pela acusação, sendo o réu surpreendido na sentença com um aumento da sua pena, sem qualquer possibilidade de manifestação prévia.

Ao intérprete do Direito, resta apenas indagar quais seriam os motivos deste tratamento diferenciado (mais benéfico, e em consonância com o princípio da congruência) para os crimes afetos à competência do Tribunal do Júri, em relação aos delitos da competência do juízo comum. Infelizmente, chega-se à conclusão de que as reformas até então realizadas, com o fito de modernizar o CPP, alinhando-o à CRFB/88 são insuficientes e incompletas.

A título de comparação, também no CPP temos o art. 28, cuja redação dispõe:

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

Verifica-se neste dispositivo, que a palavra final sobre o arquivamento do inquérito policial e conseqüente não oferecimento da denúncia é do órgão ministerial, na pessoa do seu Procurador-Geral de Justiça (no âmbito dos estados) e do Procurador-Geral da República (no âmbito federal). Caso o Procurador-Geral insista no arquivamento, o juiz fica obrigado a atender o requerimento. Tal norma comprova a posição do Ministério Público como titular da ação penal, cabendo a este órgão, o juízo sobre o exercício ou não da ação penal, e não ao Poder Judiciário.

Acrescente-se, que a redação do art. 28, do CPP, poderia, ainda, ser alterada para não permitir ao juiz, discordar do pleito ministerial sobre o arquivamento do inquérito policial. Apesar de, a ação penal pública, ser regida pelos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade, estes só devem subsistir quando o órgão acusador conclui que há justa causa (lastro probatório mínimo, indicativo da autoria e materialidade delitivas) para o exercício da ação penal. O julgador que aplica o art. 28, demonstra, imediatamente, seu entendimento sobre o caso, bem como o vício na sua imparcialidade.

Cabe ainda, uma análise sobre o teor do art. 58, § único, do CPP que determina:

“Concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de 3 (três) dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará a absolvição.” Parágrafo único: “Aceito o perdão, o juiz julgará extinta a punibilidade”.

O dispositivo supracitado trata sobre uma das formas de extinção da punibilidade na ação penal de iniciativa privada. Percebe-se que o ofendido, pode desistir de buscar a condenação do querelado, e conceder o perdão durante o processo, caso em que, se houver a aceitação deste último, o juiz não terá outra alternativa, senão declarar a extinção da punibilidade do réu. Ora, se o titular da ação penal privada, pode modificar seu entendimento e atuar em sentido contrário à condenação, por quê não poderia o promotor de justiça, na ação penal pública, retratar-se sobre sua decisão de oferecimento da denúncia, e pedir a absolvição do acusado, devendo o juiz, da mesma forma que ocorre na ação penal privada, ficar condicionado a absolver?

Antônio Alberto Machado (2014, p. 258) também utiliza este exemplo da ação penal privada, para criticar o art. 385 do CPP:

Tanto é que, no caso da ação penal privada, o pedido de absolvição formulado pelo querelante equivale ao perdão expresso, o que, uma vez aceito pelo querelado, implica necessariamente a extinção da punibilidade (art. 107, V, CP). E a simples ausência do pedido de condenação nas alegações finais resulta na preempção da instância, acarretando, conseqüentemente, a extinção da punibilidade do querelado (art. 60, III, do CPP e art. 107, V, do CP). Assim, no caso da ação penal privada ficará impossível ao juiz condenar o réu diante do pedido de absolvição formulado pelo querelante, numa clara obediência ao princípio constitucional do processo acusatório.

O devido processo legal, caracterizado pelas garantias do contraditório e da ampla defesa, com previsão no art. 5º, LV da CF/88, se presta justamente à promoção da dialética processual, ao fim da qual poderá o defensor, convencer o promotor sobre

a inocência do réu. Entendendo o órgão do Ministério Público, pela inocência do acusado ou qualquer causa de extinção da punibilidade, não deveria o juiz, ter outra opção que não fosse a absolvição.

Alguns podem criticar essa comparação feita entre a ação penal pública e privada, aduzindo que a primeira é caracterizada pela indisponibilidade (não podendo o MP, desistir da ação após intentá-la), enquanto a segunda, pelo princípio da oportunidade (sendo disponível, conforme a vontade do querelante). Ocorre que, quando o promotor pede a absolvição do réu, não está desistindo da ação penal, pois este pleito só é realizado após toda a fase instrutória, no momento das alegações finais. Assim como não é obrigado a oferecer denúncia (segundo a regra do art. 28 do CPP), o membro do MP não é obrigado a sustentar uma acusação que verificou ser injusta, pois como fiscal da ordem jurídica, cabe a ele o mister de militar em favor do respeito à Constituição e às leis.

Por fim, saindo um pouco do atual CPP, e atentando para as tendências do futuro no processo penal, é importante destacar um dos dispositivos do projeto do novo CPP oriundo do Senado Federal, que ainda está em trâmite no Congresso Nacional. Trata-se do art. 420 do PLS 156/2009, que corresponde ao art. 385 do atual CPP, e que dispõe o seguinte:

O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada.

O projeto do Novo CPP vem para substituir a legislação processual penal, que precisa urgentemente de atualização, inclusive para ratificar o sistema acusatório (adotado pela CF/88) no diploma processual penal. Percebe-se, que o art. 420 constante no projeto do novo CPP, proíbe o reconhecimento de agravantes não alegadas pela acusação, dispondo em sentido contrário ao art. 385 do atual CPP. Destarte, houve uma evolução no PLS 156/2009 em relação a este assunto. Contudo a possibilidade de condenação ainda subsiste, mesmo que o MP tenha requerido a absolvição, o que denota a opção pela permanência deste poder (próprio do sistema inquisitório), nas mãos do juiz.

Este projeto ainda não foi definitivamente aprovado pelas duas casas do Congresso Nacional, e espera-se que essa falha seja corrigida antes mesmo do envio para

sanção presidencial, sob pena de perpetuar-se uma contradição inaceitável no direito processual penal. É de suma importância que não só os operadores do Direito, mas toda a sociedade, tome conhecimento sobre o conteúdo do projeto para o novo diploma processual penal, por isso o registro feito neste trabalho ganha contornos de alerta contra a continuidade do desrespeito aos direitos e garantias do acusado no processo penal.

4.3 O artigo 385 do Código de Processo Penal e a sua não recepção pela nova ordem constitucional

A doutrina majoritária não questiona a constitucionalidade do dispositivo em análise. Ao tratar sobre o art. 385 do CPP, a maioria apenas explica o seu conteúdo, sem adentrar esta relevante discussão. Entretanto, infelizmente há quem defenda a legitimidade do dispositivo em análise. Lastimável, constatar também, que os juízes e tribunais pouco versam sobre este relevante tema, limitando-se, na maioria dos casos, a aplicar o art. 385, sem aprofundar sobre a controversa redação deste dispositivo. Neste momento do trabalho serão expostos estes posicionamentos doutrinários, bem como julgados exarados por Tribunais do país, para análise e conclusão sobre qual entendimento adequa-se aos parâmetros traçados pela CRFB/88.

4.3.1 Da legitimidade do artigo 385 do CPP

A missão de alterar a realidade jurídica do país, na tentativa de promover a devida observância da Constituição Federal, torna-se muito mais árdua, quando operadores do Direito e autores de elevado prestígio colocam-se em contraposição a esses interesses.

Dotado de um notável saber jurídico, aliado a um fantástico poder de convencimento, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 614) preconiza a independência do magistrado para julgar, nos seguintes termos:

Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo

que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (art. 385, CPP).

Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, conseqüentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la.

Neste trabalho científico, também compreende-se que o magistrado possui independência para julgar. A independência do Poder Judiciário para decidir sobre os casos jurídicos que lhe são apresentados, constitui um dos pilares de um Estado Democrático de Direito. Contudo, deve o julgador ficar adstrito aos limites da demanda, que são delineados pelos pedidos das partes.

Promotor e juiz, sem dúvida, gozam da independência funcional. Ocorre que, no momento em que o julgador ultrapassa os limites da demanda, decidindo de forma contrária ao pleito do órgão responsável pela acusação, ou até mesmo concedendo algo além do requerido, acaba por, de certa forma, “invadir” a competência do promotor de justiça, e, por consequência, desrespeita a independência funcional deste.

Renato Marcão (2016, págs. 835 e 836), também aduz que o *Parquet*, com fulcro em sua independência funcional, poderá pleitear a absolvição do acusado. Por outro lado, ao analisar o comportamento do magistrado, frente ao pedido de absolvição, ele sustenta:

O julgador, a seu turno, não fica adstrito à convicção exposta pelo Ministério Público. O pedido de absolvição do órgão acusador não vincula o juiz.

Sejam quais forem os limites da pretensão exposta pelo autor da ação em suas alegações finais, o juiz sempre julgará livremente. Não procede a assertiva de que o artigo 385 do Código de Processo Penal não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Vigorando o princípio da persuasão racional ou livre-convencimento fundamentado, cabe ao magistrado analisar a prova colhida e decidir com base na compreensão que dela extrair.

Dignas de muito respeito, as ideias desse ilustre doutrinador. Entretanto tal entendimento não pode prosperar. Já firmada a questão dos limites da

independência funcional do magistrado, do mesmo modo, não se pode invocar o princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado, como sustentáculo para a aplicação indevida do artigo 385 do CPP. Evidentemente, que o livre convencimento do julgador, fica restrito aos termos dos pedidos realizados pelas partes. Tais pedidos é que devem ser acolhidos ou rejeitados, fundamentadamente.

4.3.2 Análise e conclusão sobre a não recepção do artigo 385 do CPP pela CRFB/88

Sem embargo da posição defendida neste trabalho ser minoritária, é respaldada, dentre outros, por Aury Lopes Júnior (2013, p. 1097), doutrinador dotado de muito prestígio na comunidade jurídica, em sua obra sobre direito processual penal, versa com maestria sobre os questionamentos que envolvem o art. 385 do CPP, criticando o dispositivo com muita propriedade:

Pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser absolutória, pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória, impossibilitando assim a efetivação do poder (condicionado) de penar.

Por último, a sentença que condena o réu e, de ofício, inclui agravantes não alegadas pelo Ministério Público, é nula, por incongruente.

Este respeitado autor, em apertada síntese já consegue desconstruir as pretensões da norma em análise, com lastro na Carta Constitucional de 1988 (que define o órgão responsável pela acusação), e em princípio processual penal (correlação entre imputação e sentença).

Antônio Alberto Machado (2014, págs. 257 e 258), outro grande defensor do garantismo penal, rechaçando completamente a aplicação do art. 385 do CPP, assevera:

É notório que essa regra é mais um resquício do modelo inquisitivo de processo que dá ao juiz certas iniciativas e poderes para tornar efetiva a sanção penal cominada ao crime. O juiz não tem a função de tornar efetiva as sanções penais, mas, isso sim, a função elevadíssima de julgar as causas com isenção e imparcialidade.

Logo, onde o Ministério Público deixou de sustentar a acusação, formulando pedido expresso de absolvição do réu, não poderá o juiz proferir sentença condenatória, pois isso significaria uma hipótese de “jurisdição sem ação”, com afronta ao princípio do *nemo iudex sine actore* e, sobretudo, uma violação ao princípio acusatório, adotado pela Constituição de 1988.

Por tais razões é que a norma do art. 385 do CPP, que dá ao juiz o poder de condenar o réu, apesar do pedido de absolvição formulado pelo órgão

acusador, é uma norma que não resiste à “filtragem” constitucional, ou seja, não se mantém válida diante da ordem constitucional vigente e deve ser desconsiderada pelo intérprete/aplicador da lei. Assim, não resta alternativa ao juiz senão absolver o réu quando o Ministério Público pedir a absolvição, pois, nos processos de tipo acusatório, é o órgão acusador quem decide se as acusações devem ser ou não levadas adiante. E os julgadores, imparciais que são, devem apenas decidir se a pretensão punitiva tem ou não procedência, não cabendo a eles a tarefa de manter essa pretensão que o próprio órgão acusador deixou de sustentar.

No tocante ao dispositivo em análise, ainda é importante observar o uso da palavra “opinar”. Entende-se, neste trabalho, que a expressão não foi utilizada corretamente, pois no processo penal, e mais especificamente nas ações penais públicas, o Ministério Público atua como titular da ação penal (figura como parte). Assim, nesta posição, o ideal seria dizer que o promotor de justiça “requer” algo.

Sergio Demoro Hamilton (2007, p. 168), em brilhante síntese, dispõe sobre esta impropriedade terminológica:

Merece ressalva o uso do vocábulo “opinar”, pois nos crimes de ação pública o Ministério Público exerce ato de promoção da ação penal como parte que é. O opinamento encontraria melhor uso na sua atuação como fiscal da lei. Como o *Parquet* não pode desistir da ação penal que intentou (art. 42 do CPP), em face do princípio da indisponibilidade, vê-se forçado a requerer a absolvição do réu, pois ao Ministério Público somente interessa a realização de um processo justo. Não dispondo do conteúdo material do processo, antecipa-se ao próprio juiz postulando a absolvição na fase final do processo. A função opinativa ficaria, assim, melhor reservada para os casos em que o *Parquet* atua como fiscal da lei.

A indignação do autor supracitado, contra o uso incorreto da expressão “opinar”, também é compartilhada por Fauzi Hassan Choukr (2014, p. 736), que com muita propriedade, dispõe:

A opção pelo verbo “opinar”, no presente artigo, denota o distanciamento do legislador ordinário do Código dos fundamentos do modelo acusatório do processo, em que partes não “opinam”, mas, sim, postulam.

Ao inclinar-se por ser o titular da ação penal um mero “opinador”, abre-se a porta, do ponto de vista da estrutura linguística, para que opiniões sejam relevadas ou não e, mais que isso, retira-se semanticamente o papel de postulador.

Este trabalho científico vai além, ousando afirmar que quando o membro do Ministério Público decide pela absolvição do acusado, trata-se de uma “requisição”, pois vincula a autoridade judiciária.

Hamilton (2007, p. 169) lamentavelmente não questiona a possibilidade de condenação do réu pelo juiz, mesmo em face do pedido ministerial. Entretanto critica o problema do reconhecimento das agravantes, de ofício:

Não se concebe, destarte, que uma agravante que não se encontre narrada na denúncia (fato, portanto) possa ser considerada em desfavor do réu, pois ele não poderia adivinhar que a majorante seria levada em conta e, em consequência, não exercitou em relação a ela o direito de defesa, contraditando-a. Note-se que tais circunstâncias **sempre** (grifo do autor) agravam a pena (art. 61 do CP) e, portanto, podem acarretar gravame para o réu.

Resta, assim, violado o art. 5º, LV, da Lei Maior que assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Nunca é demais, a busca de mais adeptos do posicionamento defendido neste trabalho. O já referido doutrinador Fauzi Hassan Choukr (2014, p. 736), que atua como promotor de justiça no estado de São Paulo, interpreta o art. 385 do CPP, usando como paradigma a Carta Constitucional de 1988 (o que é exaustivamente sugerido neste trabalho), chegando à seguinte conclusão:

Se o art. 129, I, toma a pena como vetor de interpretação, e se a promoção da ação penal pública não se exaure com a simples veiculação da acusação, mas encerra toda uma gama de poderes e deveres, o art. 385 não tem como subsistir na sua redação, pois não há como sustentar a condenação de alguém quando o próprio acusador avalia a impropriedade da sanção.

Por fim, é importante ressaltar que este trabalho, ao criticar a atuação de ofício do juiz, não vai de encontro a esta, quando se trata da proteção dos direitos e garantias do acusado no processo penal. Destarte, não só pode, como deve o magistrado atuar independentemente de provocação, quando constatar, por exemplo, a ilegalidade de determinada prisão, por estar o condenado cumprindo pena além do tempo estabelecido em sentença, cabendo-lhe expedir *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2º, do CPP) frente à inércia do defensor; ou agir de ofício, revogando uma prisão preventiva, ao verificar que não mais subsistem os requisitos do art. 312 do CPP.

Ademais, tratando especificamente do dispositivo em estudo neste trabalho, a despeito de o julgador não poder reconhecer agravantes, não alegadas pela acusação, é possível concluir que ele poderá fazê-lo, *ex officio*, em relação às circunstâncias atenuantes, agindo de maneira protetiva no que tange os direitos do

acusado. Dificilmente o *Parquet* pleiteará pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes, deixando toda a matéria de defesa, ao encargo do defensor. Destarte, se houver um lapso deste último, o acusado ficará desamparado quanto a um de seus direitos subjetivos (reconhecimento de circunstâncias atenuantes). Sem sombra de dúvida esta falha pode ser suprida pelo magistrado.

4.4 Mecanismos de combate à vigência do artigo 385, do Código de Processo Penal

Constatada a incompatibilidade da norma em estudo, com o ordenamento jurídico-constitucional, resta verificar de que forma é possível impugnar a vigência de tal norma, impedindo de uma vez por todas, sua aplicação pelos tribunais do país. A princípio, muitos pensariam que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), seria em sede de controle abstrato (concentrado) de constitucionalidade, o instrumento cabível para atacar a vigência da norma, pois esta ação é utilizada para discutir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Entretanto, como já foi visto, a norma em questão é anterior à CF/88, não sendo tecnicamente correto falar em sua “inconstitucionalidade”, e sim, em “não recepção”.

Destarte, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o instrumento adequado para o questionamento da legitimidade da norma em tela, perante a Lei Maior, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A ADPF é subsidiária em relação à ADC e ADI, sendo apenas utilizada quando não forem cabíveis as últimas, encaixando-se perfeitamente no exemplo da norma em questão neste trabalho.

Não é adequado a este trabalho, dissecar o instituto apontando detalhadamente seu conceito, procedimento e características. Aqui, interessa apenas comprovar que é este o instrumento apto ao “controle de recepção” de lei ou ato normativo anterior à Magna Carta de 1988. Pedro Lenza (2014, p. 408), em sua exaltada obra “Direito Constitucional Esquematizado”, informa que a Constituição, a lei que trata sobre a ADPF e a Suprema Corte do país, não apresentaram o conceito de preceito

fundamental, ficando ao encargo da doutrina esta tarefa. Em seu livro, ele registra algumas sugestões conceituais:

Preceitos fundamentais seriam aquelas normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os 'princípios fundamentais' do Título I (arts. 1º ao 4º.); os integrantes da cláusula pétrea (art. 60, § 4º.); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170).

Em relação ao cabimento da ADPF, o mais novo ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (2014, págs. 808 e 809) preconiza:

A lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses – para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (grifou-se); ressalte-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta em face de atos do poder público já concretizados, não se prestando para a realização de controle preventivo desses atos. Igualmente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não será cabível contra Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que “não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental”, pois “os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição dos verbetes.

Neste cenário, verifica-se que a ADPF é indubitavelmente o instrumento adequado à ensejar a provocação da Suprema Corte para decidir pela não recepção do art. 385, do CPP pela CRFB/88. Ademais, obviamente há a via do controle difuso, concreto (ou de casos concretos), pela qual o tema já chegou ao STF. A seguir serão analisados alguns julgados dos tribunais pelo país sobre a matéria, inclusive exarados pelo STJ e STF.

4.5 Posicionamento dos Tribunais sobre o tema

A despeito da relevância de toda a discussão travada neste trabalho, os Tribunais brasileiros não exararam uma quantidade razoável de decisões sobre a matéria. Constata-se, tristemente, que a jurisprudência pátria é firme, em posicionar-se a favor da aplicação, na íntegra, do art. 385 do CPP. A maioria esmagadora das decisões, resume-se a apontar o referido dispositivo, sem discorrer sobre sua constitucionalidade, conforme extrai-se deste recente julgado, de autoria da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. RÉU DENUNCIADO POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENADO POR PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. PRELIMINARES. INCOMPETÊNCIA DA TURMA CRIMINAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP . VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. DESENTRANHAMENTO DE CERTIDÕES DE ANTECEDENTES. REJEIÇÃO. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO COMPROVADAS. PROVA INSUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. 1. Tratando-se de delitos de menor potencial ofensivo, cometidos em contexto de violência doméstica, não se aplica a Lei nº 9.099 /1995, não havendo que se falar em incompetência da Turma Criminal para julgar o feito, devendo-se afastar essa preliminar. 2. Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença porque, mesmo diante do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, o julgador pode proferir sentença condenatória, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal (grifou-se). 3. Se as minúcias narradas pela ofendida, em juízo, não constam da denúncia, simples menção às mesmas, como reforço ao convencimento, não viola o princípio da correlação, afastando-se essa preliminar. 4. Inviável o desentranhamento de certidões de ocorrências policiais relativas a homônimo do réu porque o juiz não elevou a pena por esse motivo e não houve prejuízo para a parte, razão pela qual, rejeita-se a preliminar. 5. Absolve-se o réu condenado pela contravenção penal de perturbação da tranquilidade se a prova é duvidosa, em especial porque o quadro probatório revela-se frágil, vacilante, insuficiente para a formação de juízo de certeza, tornando-se imperiosa a aplicação do princípio do in dubio pro reo. 6. Recursos conhecidos, preliminares rejeitadas, e, no mérito, providos para absolver o réu.

Felizmente, no caso em tela, o acusado foi absolvido pela fragilidade probatória, que impôs a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Ao menos, desta vez, o juiz acusador não pode efetivar sua “pretensão condenatória”.

Da mesma sorte não gozou outro acusado, submetido a julgamento perante o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que além da condenação, foi surpreendido com o reconhecimento de agravantes, de ofício pelo magistrado. Ademais, o delito em questão era afeto à competência do Tribunal do Júri, no qual o acusado é protegido pela norma do art. 492, I, b, do diploma processual penal, que foi totalmente desconsiderada, preferindo-se a indevida aplicação do art. 385 do CPP ao caso:

Ementa: REVISÃO CRIMINAL - PETICIONARIO JULGADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA - CONDENAÇÃO POR LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A TEXTO EXPRESSO DE LEI - ART. 492, DO CPP - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA PROFERIDA PELO JUIZ SINGULAR - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS AGRAVANTES SEM NECESSIDADE DE DEBATE PRÉVIO EM PLENÁRIO - APLICAÇÃO DO ART. 385, DO CPP - DOSIMETRIA DA PENA - PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA - PEDIDO INDEFERIDO. - Tratando-se de sentença proferida após desclassificada a

conduta em Plenário para crime diverso da competência do Tribunal do Júri, cabe ao juiz singular o exame da totalidade das teses defensivas e a dosagem da pena, com aplicação das agravantes descritas na denúncia, nos termos do art. 385, do CPP (grifou-se).

Não adianta, também, buscar amparo para a causa, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que aplica normalmente o dispositivo em estudo. Tal conclusão pode ser extraída de um julgado de relatoria da Ministra Laurita Hilário Vaz, que atualmente é Presidente do STJ:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TESE DE INOCÊNCIA QUANTO À PRÁTICA DOS DELITOS. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO PELO JUIZ E PELO TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP. 1. O exame da tese de falta de provas, com vistas à absolvição do Paciente, consubstanciada na sua inocência quanto ao delito pelo qual foi condenado em primeira e segunda instâncias, demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreitada writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria. 2. O fato de o Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, nas alegações finais e nas contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, por força do princípio do livre convencimento motivado, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal (grifou-se). 3. Ordem denegada.

Por fim, tão forte quanto um soco de Muhammad Ali, atingindo em cheio o garantismo penal, a Suprema Corte do país, entende pela recepção do art. 385 do CPP, pela CRFB/88:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. VIGÊNCIA DO CPP 385. PROVA SUFICIENTE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 1. O pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, em alegações finais, não vincula o juiz. O CPP 385 foi recepcionado pela CF e continua em vigor. 2. Os elementos de prova carreados aos autos são suficientes para fundamentar a sentença condenatória. 3. Embora o réu apresente maus antecedentes, a pena-base imposta se mostra excessiva, comportando, pois redução” (fl. 357). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se ofensa ao art. 129, I, da mesma Carta. O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 413-415). A pretensão recursal não merece acolhida. Bem examinados os autos, verifico que falta o necessário prequestionamento do dispositivo constitucional supostamente violado. Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. Ademais, se os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, é inviável o recurso, a teor da Súmula 356 do STF. É certo, ainda, que o acórdão recorrido decidiu a matéria com fundamento na interpretação da legislação infraconstitucional pertinente (art. 385 do CPP). A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. Além disso, o acórdão

recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que o julgador não está vinculado ao pedido de absolvição manifestado pelo Ministério Público em alegações finais (grifou-se).

A despeito da constatação de uma jurisprudência firme, a favor da incidência do art. 385 do CPP, na prática processual penal, verifica-se também a existência de precedentes que afastam a aplicação deste dispositivo. Essas manifestações dos Tribunais, mesmo que de forma isolada, acabam por inspirar aqueles que ainda acreditam na realização dos preceitos traçados pela Carta Constitucional de 1988.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já conhecido por suas decisões brilhantes e inovadoras, exarou um julgado em que afastou a aplicação, de ofício pelo magistrado, de agravante não alegada pela acusação:

APELAÇÃO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. CREDIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 226, II, CPP. FATO NÃO DESCRITO NA PEÇA ACUSATÓRIA. INCABÍVEL A APLICAÇÃO DO ART. 385 DO CPP. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90. MANTIDA A PRISÃO PREVENTIVA.

I. Comprovadas a existência do fato e a autoria, impõe-se a condenação. Caso dos autos em que o acusado adentrou o quarto da vítima enquanto ela dormia, tapou-lhe boca, tirou sua roupa e praticou o estupro. Palavra da vítima, corroborada por depoimento judicial da genitora e auto de exame de corpo de delito (fl. 33). II. Descabe a aplicação da majorante prevista no inciso II do art. 226 do Código Penal, porquanto o fato de o acusado ser irmão da vítima não foi mencionado na peça acusatória. Ademais, o reconhecimento pelo magistrado, de ofício, previsto no art. 385 do Código de Processo Penal, só pode ser utilizado em relação às atenuantes (grifou-se).

III. A natureza hedionda do crime de estupro não tem força suficiente para determinar o cumprimento de pena em regime inicial fechado, ante a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da lei nº 8.072/90. Precedentes do STJ e do STF.

II. Caso dos autos em que ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ou outro fato que justifique a fixação de regime mais gravoso que o previsto em lei para a pena a qual foi condenado - 08 (oito) anos de reclusão. IV. O réu deve seguir em custódia preventiva, considerando que respondeu a todo o processo preso e sobreveio aos autos sentença condenatória, ora mantida, além do montante da pena imposta e a gravidade dos fatos narrados nos autos. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA.

No caso em análise, o réu foi condenado pelas imputações que recaiam sobre si, entretanto o Egrégio Tribunal de Justiça, em respeito ao princípio da correlação entre acusação e sentença, afastou a incidência de agravante não alegada pelo *Parquet*, assim resguardando o direito a uma acusação justa.

Em outro precedente, bastante recente, este mesmo Tribunal, encheu de esperança, os adeptos do garantismo penal, absolvendo o acusado, ao rechaçar o “pleito” do “juiz inquisidor”, que desejava, indevidamente, assumir as funções do órgão acusador. O louvável TJ-RS conseguiu sintetizar tudo o que foi exposto neste trabalho:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. I - LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ART. 303 DO CTB. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. **INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385 DO CPP.** O sistema processual adotado por nossa Constituição, em obediência ao Estado Democrático de Direito é o acusatório, fundado que está, dentre outras, nas garantias constitucionais concernentes ao contraditório, à ampla defesa, o devido processo legal e a isonomia entre as partes. Inconstitucionalidade do disposto no art. 385 do CPP ao permitir que o Juiz desborde de sua função de julgador para, adentrando no papel exercido pelo Ministério Público, lance mão de condenação quando a acusação postula a absolvição, pois assim estará, ao mesmo tempo, violando o contraditório e a isonomia processual. Nulidade da sentença (grifou-se). Juízo absolutório em homenagem aos critérios orientadores do JECRIM. RECURSO PROVIDO II - AUTO-ACUSAÇÃO FALSA. ART. 341 DO CP . PRESCRIÇÃO. Aplicada pena de multa, e, considerado princípio da non reformatio in pejus, é impositivo considerar que se operou a prescrição, porque decorridos, desde a data da publicação da sentença, mais de dois anos até a presente data (art. 114 , II , do CP). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM FACE DA PRESCRIÇÃO.

Para que não se diga, que apenas um Tribunal pátrio posiciona-se neste sentido, ou que há apenas um julgado em defesa da tese exposta neste trabalho, será adicionado mais um, que complementa magnificamente a argumentação do acórdão acima:

Ementa

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - ABSOLVIÇÃO DOS REUS DECRETADA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS - VINCULAÇÃO DO JULGADOR - SISTEMA ACUSATÓRIO. I - Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador. II - O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor. III - Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório. IV - A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público.

Destarte, verifica-se que já há algumas decisões que escudam o posicionamento defendido neste trabalho. Infelizmente, como foi verificado, o Supremo Tribunal Federal, que é o tribunal pátrio que detém a “palavra final”, quando teve

oportunidade de debruçar-se sobre o tema, decidiu em sentido contrário aos direitos e garantias do indivíduo, violando o sistema acusatório imposto pela CRFB/88. Contudo, a Suprema Corte brasileira costuma modificar seu entendimento sobre os mais variados assuntos submetidos à sua apreciação, e o faz com uma boa frequência, nada impedindo que o faça em relação ao tema aqui tratado. Assim, constata-se a importância deste trabalho, bem como de outros que visem a valorização do garantismo penal.

5 CONCLUSÃO

Notadamente, a posição defendida nesta monografia é minoritária na doutrina e nos tribunais, que aplicam normalmente o art. 385 do CPP. Entretanto, como foi demonstrado, já houve uma alteração em parte deste dispositivo no PLS 156/2009 que segue a mesma linha defendida neste trabalho, o que já denota um avanço que poderá culminar na modificação integral da redação do dispositivo, atualizando-o finalmente ao sistema imposto pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, nada impede que os Tribunais Superiores modifiquem o seu entendimento acerca da matéria. Destarte, apesar de ser um entendimento minoritário, percebe-se que é uma posição moderna e que mais se coaduna com a CF/88 e o sistema acusatório, devendo ser defendida com afinco, como o foi neste trabalho, para que futuramente sejam corrigidas injustiças, bem como para evitar o desrespeito aos direitos e garantias do indivíduo no processo penal.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Método, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONFIM, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código Penal (1940). In: **Vade Mecum Saraiva: OAB e concursos**. 11, ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). In: **Vade Mecum Saraiva: OAB e concursos**. 11, ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). In: **Vade Mecum Saraiva: OAB e concursos**. 11, ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 601299. Diego Joaquim Duarte Lima, Hercules Fajoses, Enoque Barros e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe, 07/11/2011. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18063172/recurso-extraordinario-re-601299-df-stf>. Acesso em 17/08/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus. Quinta Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. DJE 03/04/2012. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21558847/habeas-corpus-hc-229331-sp-2011-0310013-8-stj>. Acesso em 17/08/2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Apelação Criminal. Terceira Turma criminal. Relator: João Batista Teixeira. DJE, 22/02/2016. Disponível em:
<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307563078/apelacao-criminal-apr-20121310037476>. Acesso em: 17/08/2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Recurso em Sentido Estrito. Quinta Câmara Criminal. Relator: Alexandre Victor de Carvalho. DJ, 27/10/2009. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6010340/100240570257690011-mg-1002405702576-9-001-1/inteiro-teor-12146345?ref=juris-tabs>. Acesso em 17/08/2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Revisão Criminal. Segundo Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Amauri Pinto Ferreira. DJE, 12/06/2015. Disponível

em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198147986/revisao-criminal-rvcr-10000140832551000-mg>. Acesso em 17/08/2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação criminal. Oitava Câmara Criminal. Relator: José Luiz John dos Santos. DJ, 19/06/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113001096/apelacao-crime-acr-70052560760-rs>. Acesso em 17/08/2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação criminal. Turma recursal Criminal. Relator: Luiz Antônio Alves Capra. DJ, 28/03/2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322874680/recurso-crime-rc-71005529557-rs>. Acesso em 17/08/2017.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador; Jus Podivm, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo. **Processo Penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DEZEM, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio do “ne procedat judex ex officio”**. Disponibilizado em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915970/principio-ne-procedat-judex-ex-officio>. Acesso em: 15 de julho 2017.

GONÇALVES, Victor e REIS, Alexandre. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAMILTON, Sergio. **Estudos de Processo Penal 3ª Série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HOLANDA, Aurélio. **Mini Aurélio: o Dicionário da Língua Portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010

- KHALED JÚNIOR, Salah. **Ambição de Verdade no Processo Penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARQUES Ivan Luis e SANCHES Rogério. **Processo Penal I – Vol. 10 – Coleção saberes do Direito**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES DA ROSA, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- POZZER, Benedito Roberto. **Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2001.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 156/2009**. Disponibilizado em <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 03 de Agosto 2017
- TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

UNIVERSAL. **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponibilizado em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 10 de julho 2017.

ZILLI, Marcos Alexandre. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.