

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

UBIRAJARA DA SILVA BOTELHO NETO

**ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA INSUBSIS-
TÊNCIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**ARACAJU
2018**

UBIRAJARA DA SILVA BOTELHO NETO

**ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA INSUBSIS-
TÊNCIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do Curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Fábio Brito Fraga

**ARACAJU
2018**

B748a BOTELHO NETO, Uirajara da Silva.

Artigo 385 Do Código De Processo Penal E Sua
Insubsistência À Luz Da Constituição Federal De 1988 /
Uirajara da Silva Botelho Neto; Aracaju, 2018. 49 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração
e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. Fábio Brito Fraga

1. Processo Penal 2. Sistemas Processuais 3.
Constituição Federal I. Título.

CDU 342: 343.1 (813.7)

UBIRAJARA DA SILVA BOTELHO NETO

**ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA INSUBSISTÊNCIA
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como um requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Fábio Brito Fraga.

Aprovado em 03 / 12 / 2018

BANCA EXAMINADORA

Fábio Brito Fraga

Orientador: Prof. Esp. Fábio Brito Fraga
Faculdade de administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Prof. Me. Anderson Clei Santos
Faculdade de administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Aracaju/SE

2018

AGRADECIMENTOS

Já dizia o poeta: “Se fosse fácil achar o caminho das pedras, tantas pedras no caminho não seria ruim.” Dou-me o direito de discordar. A minha vida é cravejada por pedras e são estas pedras que me colocaram no caminho.

Deus, a pedra angular da minha vida, o meu mais fiel confidente. Nunca me deixou só, mesmo nos momentos mais difíceis. A vós, toda honra e toda glória, agora e para sempre.

Minha avó, Sheila Melo, a minha pedra mais valiosa. Essa, sem dúvida é a minha joia mais bela, que me mostrou, durante toda a minha vida, como amar e ser amado, incondicionalmente. Amor genuíno, sem pedir nada em troca. Amo a senhora.

Meu avô, Ubirajara Botelho, de quem herdei o nome e o exemplo, minha pedra mais brilhante. Sua luz me guia desde o meu primeiro respiro, sua voz é a palavra de segurança a qual recorro sempre que a dúvida paira. Amo o senhor.

Minha mãe, Andrezza Botelho, a pedra que o destino tirou de mim. Através da senhora, desenvolvi a capacidade de ser melhor do que eu mesmo a cada dia. A dor da falta é excruciante, mas sei que nos encontraremos de novo. Amo a senhora *ad eternum*.

Minha namorada, Indiara Bandeira, a pedra que me faltava. Você é a razão pela qual acordo todos os dias com a sede de ganhar o mundo por nós. Companhia inarredável na minha caminhada, você é a razão dos meus sorrisos mais verdadeiros. Amor de outras vidas.

Meus amigos, Arthur, Rafael, Victor, Marcos, William, José Bruno Gomes e Sérgio Ricardo, meus sogros, Wilson e Lucema, minha cunhada, Yasmin, vocês são as pedras que Deus me deu de presente. Sou eternamente grato pela existência de cada um de vocês na minha vida.

Meu orientador e amigo, Fábio Brito Fraga, meus mestres Evânio Moura, Michelle Moura e Matheus Dantas Meira, meus companheiros de trabalho, Felipe, Lucilla, Bárbara e Larissa, pedras preciosas que, com suas experiências e singularidades, lapidam, como verdadeiros ourives, a pedra bruta que sou.

A todas as outras pedras que fazem o meu caminho, muito obrigado, de todo o meu coração.

“Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, e feito em pedaços. E o indivíduo, assim, relembramo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.”

(Francesco Carnelutti)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo constatar a incongruência entre o Código de Processo Penal de 1941 e a Constituição Federal de 1988, no tocante à opção de cada um dos diplomas por sistemas processuais penais distintos. Para tanto, busca apontar as características de cada sistema processual para demonstrar qual deles é efetivamente aplicado no processo penal brasileiro e qual deve ser utilizado à luz do texto constitucional, na medida em que este ocupa uma posição hegemônica no ordenamento, servindo de critério máximo de validade e eficácia das normas jurídicas. Diante desse caráter de superioridade axiológica, discute-se a impossibilidade de subsistência de normas processuais penais que vão de encontro com os ditames constitucionais, notadamente a regra legal que permite o magistrado, em ações penais públicas, condenar o acusado ainda que postulada a sua absolvição pelo Ministério Público, inclusive podendo reconhecer circunstâncias agravantes que nunca foram ventiladas no processo, disposição esta cuja não recepção pela Carta Magna de 1988 é defendida, porquanto incompatível com o espírito garantista da Constituição Federal de 1988 e com o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistemas Processuais. Constituição Federal.

ABSTRACT

The purpose of this study is to verify the incongruity between the Code of Criminal Procedure of 1941 and the Federal Constitution of 1988, about the option of each for different criminal procedural systems. Therefore, seeks to point out the characteristics of each procedural system to show which of them is applied in Brazilian criminal proceedings and which should be used from the constitutional text, since it occupies a hegemonic position in the ordering, serving as the maximum standard of validity and effectiveness of legal rules. Faced with this character of axiological superiority, it is discussed the impossibility of subsistence of criminal procedural rules that go against the constitutional dictates, in special, the legal rule that allows the judge, in public criminal lawsuits, to convict the accused even though is asked the acquittal by the Public Prosecutor's Office, also being possible to the magistrate to recognize aggravating circumstances which were never considered in the proceedings, provision whose non-receipt by the Constitution of 1988 is defended, by the incompatibility with the spirit of the Federal Constitution of 1988 and with the Democratic State of Law.

Keywords: Criminal Lawsuit. Procedural Systems. Federal Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ART – Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

CP/1940 – Código Penal de 1940

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

CPP/1941 – Código de Processo Penal de 1941

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	11
2.1 Da Força Normativa da Constituição.....	12
2.2 Da Constitucionalização do Direito.....	14
3 PROCESSO PENAL: INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS	15
4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	17
4.1 Dos Princípios Constitucionais do Processo Penal	19
4.1.1 Princípio do Contraditório	19
4.1.2 Princípio da Ampla Defesa	20
4.1.3 Princípio da Presunção de Inocência	21
4.1.4 Princípio da Publicidade e Fundamentação das Decisões Judiciais	22
4.1.5 Princípio da Correlação	23
4.1.6 Princípio Acusatório	24
5 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	25
5.1 Sistema Inquisitorial	26
5.2 Sistema Acusatório	27
5.3 Sistema Misto.....	28
5.4 Sistema Processual no Brasil.....	29
6 A BUSCA PELA “VERDADE REAL”	32
7 SISTEMA PROCESSUAL PENAL: PARADIGMA CONSTITUCIONAL	34
8 DO ARTIGO 385, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	36
9 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia surgiu da inquietação com a patente incongruência que existe entre alguns dispositivos inseridos no Código de Processo Penal de 1941, ao arrepio de direitos e garantias individuais trazidos com a Carta Política de 1988.

O Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941, Código de Processo Penal, fora concebido tendo por inspiração o Código *Rocco* de 1930, diploma processual penal italiano erigido numa quadra histórica fascista e de índole eminentemente inquisitorial. Assim, o Diploma Processual Penal brasileiro de 1941, já na exposição de motivos, demonstra todo o repúdio às garantias individuais sob o argumento de prevalência do bem comum.

Editado com uma configuração inquisitória, o Código de Processo Penal de 1941 possui ao longo do texto diversos dispositivos que referendam tal sistemática, outorgando poderes ao juiz, que acaba por abandonar uma posição contemplativa de terceiro inerte para se tornar um sujeito de atitudes proativas, confundindo-se com as próprias partes (LOPES JR., 2018).

Dentre tais poderes, salta aos olhos o conteúdo do art. 385, da Lei Adjetiva Penal, que positiva a desnecessidade de vinculação do juiz togado ao pleito absolutório formulado pelo Ministério Público, possibilitando-lhe, ainda, o reconhecimento de circunstâncias agravantes jamais deduzidas pelas partes no curso da contenda.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988, concebida posteriormente à edição do Código de Processo Penal de 1941, ora vigente, e marco histórico no Brasil de um movimento neoconstitucionalista, traz consigo um extenso rol de direitos e garantias inafastáveis que servem de escudo ao cidadão frente à grandeza do Estado e suas eventuais arbitrariedades.

Nesse particular, o Texto Magno de 1988 inaugura uma nova dinâmica processual, notadamente acusatória, dando ao *Parquet* a função de titular da ação penal pública e determinando ao juiz total imparcialidade no exercício da atividade jurisdicional, de modo que os papéis a serem desempenhados por cada um dos atores do processo, leia-se Ministério Público, Defesa e Juiz, restam bem definidos (MARTELETO FILHO, 2009).

Desse modo, tendo em alça de mira a nítida contraposição existente entre o Código de Processo Penal de 1941 enquanto norma infraconstitucional de aspirações inquisitoriais e a Constituição Federal de 1988 como critério máximo de valida-

de das normas jurídicas, que introduz a sistemática acusatória no Brasil, é que se busca sanar o seguinte questionamento: O art. 385, do CPP, foi de fato recepcionado pela Lei Maior de 1988?

Para chegar à resposta da sobredita indagação a partir de uma fundamentação juridicamente sólida, procura-se criar uma base de entendimento que remonta, de forma escoreita, a sucumbência dos regimes totalitários até a eclosão do movimento neoconstitucionalista, que serviu de força motriz à redemocratização do Brasil com a Promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consequente instituição de direitos e garantias individuais.

Ainda nesse ínterim, o presente trabalho busca elencar princípios constitucionais infensos ao Processo Penal, que demonstram a inauguração de uma nova sistemática processual, notadamente acusatória, ao passo que se põe a analisar a feição que ostenta o Código de Processo Penal de 1941, claramente inquisitorial, a partir do mapeamento dos dispositivos que o guarnecem. Assim, a partir de tais análises, se torna possível cotejar os sistemas processuais, de modo a estabelecer qual deles deve vigorar a partir de um paradigma constitucional.

Dedica-se capítulo exclusivo para dissecar o ponto de delimitação temática do trabalho ora apresentado, a saber, o artigo 385 do Código de Processo Penal de 1941, oportunidade em que se procura concluir, a partir da compreensão do arcabouço axiológico trazido pela Carta Magna de 1988, que o mencionado dispositivo não fora por este recepcionado.

A metodologia de pesquisa fora de importância vital na presente monografia, eis que possibilitou uma sistematização da coleta e análise de dados, de modo que o presente trabalho consiste em um estudo teórico realizado através da pesquisa bibliográfica e documental, procedendo-se com uma análise qualitativa dos dados coletados em livros, artigos científicos, diplomas legais e precedentes jurisprudenciais, de modo que não se mostrou necessária uma pesquisa de campo.

Por fim, impende consignar a importância do presente trabalho, eis que demonstra a agressão perpetrada pelo art. 385, do Código de Processo Penal de 1941, contra os *dictamens* solidificados na Constituição Federal de 1988, o que torna premente a sua não recepção e a conscientização da comunidade, em especial a jurídica, acerca da necessidade de adequação dos diplomas e dispositivos legais ao Axioma Maior, para a verdadeira supremacia do Estado Democrático de Direito.

2 DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

No século XX, já se faziam vigentes as chamadas constituições sociais¹, edificadas a partir da necessidade de um estado prestacional, chamado a agir após um período de supremacia do constitucionalismo liberal², que impôs limites à atividade estatal e fomentou desigualdades sociais.

Nesse contexto histórico, o positivismo jurídico, tendo Hans Kelsen como maior expoente, se sobrepôs ao jusnaturalismo e seus “princípios de justiça universalmente válidos” (BARROSO, 2005, p. 4).

A partir de então, os direitos não eram nada mais além do que aquilo posto na lei – legalidade estrita. Quaisquer valores subjetivos – notadamente morais – que não se fizessem presentes nos textos normativos, não tinham o condão de reger as relações em sociedade.

Ademais, a partir dos escólios do jurista austríaco, a Constituição passou a ser o vértice superior da ordem jurídica, em sobreposição às demais normas escritas:

A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. (KELSEN, 1999, p. 155).

Cumprir registrar que não obstante a lições de Kelsen acerca da hierarquia das normas, colocando a Constituição³ em posição superior em relação aos outros instrumentos legais, observa-se que o Texto Magno ainda era carente de força normativa.

A partir de uma análise das lições do positivismo jurídico, assevera Barroso (2005, p. 4) que: “Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX”.

¹ Como diplomas embrionários dessa nova fase da história do direito constitucional é possível citar a Constituição Mexicana, de 1917 e a Constituição da Alemanha (Weimar), de 1919.

² Movimento com início a partir do séc. XVII, surgido de ideias iluministas, que buscavam a supremacia das liberdades públicas, exigindo um Estado com mínima ingerência nas relações entre os indivíduos.

³ O termo “Constituição” é utilizado de forma abstrata, referindo-se ao texto constitucional enquanto norma, independentemente do país.

Eis a muleta interpretativa necessária aos despóticos regimes totalitários, a exemplo do Nacional Socialismo Alemão que, munidos dos ensinamentos propostos pela Teoria Pura do Direito, de que este se consubstancia tão somente na lei escrita, inauguraram uma quadra histórica da qual a humanidade se envergonha até os dias atuais.

Em meio a políticas pouco louváveis, referendadas pela lei, praticadas na vigência dos regimes totalitários e, conseqüentemente, da Segunda Guerra Mundial, a comunidade jurídica passou a questionar a própria função social do direito enquanto ferramenta regulatória da vida.

Urgia a necessidade de uma nova roupagem para a ciência jurídica, onde as disposições constitucionais, orientadas pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos e garantias fundamentais, tivessem o poder de exercer supremacia material sobre a “letra fria” da lei (BARBOSA, 2015, p. 21).

Destarte, surge o movimento neoconstitucionalista na busca de fixar novos horizontes interpretativos calcados na dignidade da pessoa humana e nos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, cuja força normativa passou a ser reclamada na esperança de obstar a barbárie propiciada por aqueles que aplicavam o positivismo jurídico como ferramenta para a consecução dos fins políticos mais hediondos.

2.1 Da Força Normativa da Constituição

Até a segunda metade do século XX, vigorava a separação entre a constituição real e constituição jurídica, o que fazia desta última um simplório “pedaço de papel” (LASSALLE apud. HESSE, 1991), um texto declaratório de direitos que servia como simples convite à atuação estatal de acordo com os seus ditames (BARROSO, 2005).

Todavia, o constitucionalismo contemporâneo promoveu inovações dentre as quais se encontra a atribuição de força normativa à Constituição e, conseqüentemente, aos princípios, direitos e garantias nela insculpidos, de modo que passava o texto constitucional ao *status* de norma jurídica cogente, condicionando e limitando o restante da legislação e a atividade estatal à sua vontade.

Essa revisitação do fenômeno constitucional parte do pressuposto da reafirmação da força normativa da Constituição e sua conseqüente densificação. Assim, com seu fortalecimento, em que a imperativeda-

de de suas normas atinge todas as searas do direito, surge uma legalidade superior à legalidade ordinária, deslocando a primazia do legislador infraconstitucional para o cumprimento da vontade do sujeito constituinte, composto de forma plural pelos mais variados segmentos da sociedade. (AGRA, 2018, p. 82).

Como advertido, não foi com o positivismo jurídico que se atribuiu força normativa às normas constitucionais, eis que tal atributo somente foi conferido à Constituição em meados do século XX.

É justamente nessa época, com o movimento neoconstitucionalista, que a Carta Magna é alçada a um patamar de efetiva supremacia perante todo o ordenamento jurídico, posto que é a partir desse momento que a sua cogência é chancelada, com a criação de cortes constitucionais e uma nova interpretação à luz do Diploma Maior.

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. **Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos.** Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral). (BARROSO, 2005, p. 8). (Grifouse).

No Brasil, os primeiros respiros do neoconstitucionalismo e da força normativa da Constituição se deram com a redemocratização do país através da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988 (BARROSO, 2005).

É a partir do nascimento do citado diploma que se inicia uma nova era do direito constitucional brasileiro, com o resgate dos direitos e garantias fundamentais, agora sobrepujados perante as demais normas que passaram a lhe dever consonância material e formal.

2.2 Da Constitucionalização do Direito

Como alhures explicitado, diante da então reconhecida força normativa da Constituição e dos direitos e garantias nela inseridos, o ordenamento jurídico passou a ter de se enquadrar nas molduras axiológicas postas pelo Texto Maior.

Outrossim, os operadores do direito, notadamente os membros do poder judiciário começaram a utilizar como ferramenta hermenêutica a interpretação conforme a Constituição em reverência ao seu *status* de norma fundamental superior. Para tal fenômeno dá-se o nome de “constitucionalização do direito”.

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. (BARROSO, 2005, p. 12).

A Constituição opera “não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema” (BARROSO, 2005, p. 22), logo, por conta da infiltração das normas constitucionais em toda a ordem jurídica e de sua força normativa, torna-se forçoso concluir pela supremacia da Constituição, notadamente dos direitos e garantias individuais, perante o restante do bloco de legalidade que rege determinado Estado.

Em conclusão: a Constituição é suprema no sistema normativo; dentre suas normas, são axiologicamente hegemônicas as que tiverem sido eleitas pelo poder constituinte originário como *pétreas*, pois evidenciam o cuidado especial que possuiu o povo ao tratar dos assuntos por elas regidos. É o caso dos direitos e garantias individuais. Se normas ordinárias entrarem em confronto com tais normas constitucionais, devem estas últimas prevalecer [...] (NUCCI, 2016, p. 24) (Supressões à parte)

Diante da irradiação das normas e princípios constitucionais para toda a ordem jurídica, propiciadas pela força normativa da Constituição, extrai-se que todos os dispositivos infraconstitucionais estão vinculados a seguir na mesma trilha dos valores endossados na Carta Política e, quando não se fizerem concordes ao espírito do Texto constitucional, em especial dos direitos e garantias individuais, devem ser afastadas do ordenamento.

3 PROCESSO PENAL: INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Diante da prática de um ilícito penal, leia-se crime ou contravenção, surge para o Estado, através do Ministério Público - nos casos em que a ação penal é pública - o poder-dever de exercitar o seu direito de punir (*jus puniendi*) através do ajuizamento de uma ação penal que tem por escopo deduzir uma pretensão de se aplicar uma sanção previamente estabelecida (NUCCI, 2016).

Contudo, em se tratando de ramos do direito que ostentam um caráter sancionador⁴, em especial o direito penal, é inadmissível um simplório exercício de subsunção do tipo incriminador violado à pena correspondente.

Com efeito, faz-se necessário um caminho entre a prática da conduta delitiva e a aplicação da pena, sendo o processo penal o instrumento encarregado de determinar os passos necessários à satisfação, ou não, da pretensão punitiva do Estado.

Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena. Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena. (LOPES JR., 2016, p. 21)

Entretanto, pensar no processo penal enquanto um comezinho instrumento organizador da vontade de punir estatal, peca pelo reducionismo, além de conferir-lhe uma reputação de “mera cerimônia protocolar, um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas, incluindo-se nesta categoria os integrantes do Poder Judiciário.” (PRADO, 2014, p. 17).

Nesse diapasão, observa-se que o condão do processo penal vai mais além, ostentando a função de proteger os direitos e garantias individuais e assegurar a integridade do Estado Democrático de Direito, construindo uma tessitura normativa que materializa limites à ira estatal, previstos explícita e implicitamente na Constituição.

⁴ V.g, ações de improbidade administrativa, infensas ao direito administrativo.

É o ramo das ciências criminais cuja meta é permitir a aplicação de vários dos princípios constitucionais, consagradores de garantias humanas fundamentais, servindo de anteparo entre a pretensão punitiva estatal, advinda do Direito Penal, e a liberdade do acusado, direito individual. (NUCCI, 2016, p. 27).

Em outras palavras, o Processo Penal existe para determinar o caminho que condiciona o exercício poder punitivo. É instrumento a serviço dos direitos e garantias individuais, fixando formalidades que confirmam legitimidade e segurança ao Direito Penal e sua aplicação.

Com isso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional. (LOPES JR., 2018, p.58)

Logo, em um Estado cuja Constituição e, por conseguinte, os direitos e garantias individuais nela inseridos, encontram-se no topo da cadeia jurídica e são dotados de força normativa que vincula todo o ordenamento, faz-se necessário reverenciar os ditames constitucionais, notáveis limites ao poder estatal, cabendo ao Processo Penal a função de ser o instrumento a serviço da Constituição e da correta aplicação da pena.

4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A rigor, o vocábulo “princípio” é dotado de uma ampla gama de significados, de modo que a sua versatilidade semântica lhe permite a utilização em diferentes contextos.

Dentro da particularidade do direito, os princípios se traduzem na moldura da ordem jurídica, de modo a conter em suas balizas a produção, aplicação e interpretação das normas. É dizer, os princípios são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas [...]” (SILVA, 2005, p. 92. Supressões inexistentes no original).

Ainda nessa toada, não se pode dispensar os ensinamentos da mais abalizada doutrina, que vaticina, *in verbis*:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2003, p. 817-818. Supressões à parte).

Importante registrar que os princípios podem estar expressos na própria Constituição ou nos textos legais, bem como são reconhecidos ainda que não dispostos de forma explícita nos diplomas normativos, sendo-lhes devida igual homenagem (NUCCI, 2016).

Ao final e ao cabo, os princípios acabam por se entrelaçar de tal forma a servir de escudo axiológico, verdadeiras garantias ao cidadão frente às atividades do Estado, em especial no Direito Penal e Processual Penal, onde o que está em jogo é a liberdade do acusado.

A função específica das garantias no direito penal [...], na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. (FERRAJOLI, 2002, p. 74. Original sem supressões).

Assim sendo, em um Estado Democrático de Direito, os princípios possuem uma função mais importante do que apenas condicionar a ordem jurídica, na medida em que protegem o cidadão, notadamente o acusado, mitigando a sede punitiva estatal.

Como oportunamente explicitado, os princípios formam a moldura axiológica da ordem jurídica, de modo que, em se tratando de Direito Processual Penal, se faz mister consignar a existência de dois princípios regentes, a saber, dignidade da pessoa humana e devido processo legal (NUCCI, 2016).

Por certo, a dignidade da pessoa humana é o princípio sinaleiro de todo o ordenamento, verdadeiro ponto de partida e critério de subsistência dos demais direitos e garantias individuais. Não por outra razão, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil⁵.

Analisando o referido princípio, é possível concluir que sua composição é estratificada, ostentando uma dupla perspectiva, de cunho objetivo e subjetivo (NUCCI, 2016).

Em síntese, tem-se que sob a ótica objetiva, a dignidade da pessoa humana consiste na garantia de um mínimo existencial, é dizer, na garantia de condições mínimas de sobrevivência e desenvolvimento do indivíduo. Já na vertente subjetiva, a dignidade humana representa a imposição de respeito ao ser humano enquanto tal.

Por seu turno, o devido processo legal – *due process of law* – implica na garantia da forma para tornar uma sanção penal legítima e sem máculas, obedientes aos pilares do Estado Democrático de Direito (NUCCI, 2016).

Assim como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal comporta duas acepções, quis sejam, a acepção formal e a substancial, de modo que a vertente formal diz respeito à necessidade de observância por parte do magistrado dos princípios e garantias processuais, bem como garantir às partes uma efetiva participação no processo de modo a defender de forma plena os seus interesses em juízo (NEVES, 2016).

Já a acepção substancial está intimamente ligada à ideia de razoabilidade na elaboração e aplicação das normas jurídicas, o que denota um direcionamento à atividade legislativa (NEVES, 2016).

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A partir dos princípios mencionados, derivam-se outros que inspiram e dão forma ao corpo normativo, em especial ao conjunto de normas processuais penais. Nesse particular, cumpre trazer à baila alguns dos mais relevantes princípios constitucionais infensos ao Processo Penal, bem como aqueles específicos desse ramo do direito.

4.1 Dos Princípios Constitucionais do Processo Penal

4.1.1 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório, insculpido no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, é consectário do devido processo legal e garante às partes a possibilidade de reação aos atos praticados por ambas, de modo a inibir a deslealdade processual através de surpresas no decorrer da lide.

No Processo Penal, tal princípio ganha notável relevo, eis que, via de regra, a atividade defensiva acaba por ser reativa, ou seja, cabe à acusação lançar mão dos primeiros movimentos em relação ao réu, que por sua vez, poderá refutar aquilo que é deduzido pela parte contrária.

Consonante a esse entendimento caminha a lição doutrinária:

Traduzido no binômio ciência e participação, e de respaldo constitucional (art. 5º, inc. LV, da CF/88), impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual. (TÁVORA, 2015, p. 64)

Vale destacar que o princípio do contraditório é algo que se estabelece entre as partes, não havendo que se falar em contraditório contra o magistrado (GARCIA, 2017), até porque este sequer é parte.

Não por outra razão, o Diploma Constitucional traz expressamente que o referido princípio se estabelece entre os litigantes no processo judicial ou administrativo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa,

com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988, não paginado) (Sem supressões no original)

Com efeito, é do princípio do contraditório que se erige a dialética processual, de modo que acusação e defesa apresentam em juízo razões antagônicas, tendentes à condenação ou absolvição - respectivamente – ao passo que o julgador, através do confronto das teses suscitadas, faz um exercício de síntese que se materializa na sentença, condenatória ou absolutória (LOPES JR., 2016).

4.1.2 Princípio da Ampla Defesa

Princípio que guarda completa sintonia com a garantia do contraditório, estando inclusive previsto no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, LV, da CF/88).

Não raro, em uma contenda criminal encontram-se, no polo ativo, o Estado, através do Ministério Público, com membros altamente capacitados, munidos de toda a aparelhagem estatal e utilizando-a para combater criminosos e, no polo passivo, o réu e seu defensor, por vezes desprovidos de quaisquer meios que não seja a boa técnica jurídica.

Ora, é gritante a relação de vulnerabilidade existente entre quem acusa e quem é acusado, em consequência, a balança naturalmente pende para o Estado e todo o seu “poder de fogo”.

Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (NUCCI, 2016, p. 36)

Diante dessa inexorável realidade, no Processo Penal, o princípio da ampla defesa possui dois substratos, a saber, a defesa técnica e a autodefesa.

Tem-se por defesa técnica, aquela exercida por profissionais da carreira jurídica, notadamente advogados ou defensores públicos, que atuam justamente na função de trazer certo equilíbrio técnico à relação jurídico processual (LOPES JR., 2016).

Merece registro o fato de que, no Brasil, a ausência de defesa técnica é caso de nulidade absoluta, conforme o Enunciado nº 523, da Súmula de Jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal, que vaticina: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (BRASIL. STF, 2003).

A outro giro, a autodefesa, ou defesa pessoal, expressa a possibilidade que é conferida ao acusado de se defender pessoalmente em momentos cruciais do processo, como é o caso do interrogatório, último ato da audiência de instrução.

Autodefesa é aquela exercida pelo próprio acusado, em momentos cruciais do processo. Diferencia-se da defesa técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz, é disponível, já que não há como se compelir o acusado a exercer seu direito ao interrogatório nem tampouco a acompanhar os atos da instrução processual. (LIMA, 2017, p. 59)

Desse modo, diferente da defesa técnica, a defesa pessoal é dotada de disponibilidade, podendo o réu não se utilizar do seu direito de se defender, se achar conveniente. Inclusive, nos casos em que o acusado se mantém silente, não é possível, por força de lei⁶, haver prejuízo em virtude do seu silêncio.

4.1.3 Princípio da Presunção de Inocência

LIMA (2017), em comentário ao referido princípio, cita passagem da obra secular de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, intitulada “Dos Delitos e das Penas” (1764):

[...] um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. (LIMA *apud* Beccaria, 2017, p. 43)

O primado da presunção de inocência, ou não culpabilidade, estabelece que o acusado goza de um estado natural de inocência, que só poderá ser afastado quando do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, segundo mandamento etiquetado no art. 5º, LVII, da Lei Maior (NUCCI, 2016).

⁶ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Marca de uma sistemática processual penal garantista, o referido postulado encontra-se previsto em inúmeros tratados e declarações internacionais⁷ de Direitos Humanos, podendo se destacar o disposto no art. 11.1, da Declaração Universal de Direitos Humanos, que estabelece:

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa. (ONU, 1948)

Em suma e no plano teórico, a presunção de inocência consiste na garantia fundamental que põe à salvo aquele que ocupa o polo passivo da contenda criminal de ser marcado pela pecha da culpabilidade até a uma condenação que não mais desafie um recurso.

Sobredito princípio se impõe enquanto regra de tratamento e de julgamento, o que conduz a algumas implicações práticas no processo criminal, notadamente quanto à distribuição do ônus da prova, a imunidade à autoacusação (*nemo tenetur se detegere*), interpretação em favor do acusado (*in dubio pro reo*), bem como no caso de decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, *v.g.*, prisão preventiva, interceptações telefônicas, etc.

É de se consignar que a regra da presunção de inocência ou não culpabilidade não guarda simetria com a dinâmica proposta pelo sistema inquisitorial, que será devidamente exposto em tópico oportuno, eis que citado sistema processual é construído sobre mecanismos de presunção de culpa e regras interpretativas em desfavor do réu.

4.1.4 Princípio da Publicidade e Fundamentação das Decisões Judiciais

O art. 93, IX, da Carta Constitucional de 1988 exige que todos os julgamentos dos Órgãos do Poder Judiciário sejam públicos e suas decisões devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 1988). É de se dizer que o próprio dispositivo se auto excepciona quando traça ressalvas aptas a proteger a intimidade das partes.

⁷ Como exemplos, é possível apontar: Art. 6.2, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; art. 14.2, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e No art. 8º, §2º, do Decreto 678/92, que ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Com a existência do referido mandamento no texto constitucional, observa-se que o Brasil adotou como sistema de avaliação das provas, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (NUCCI, 2016).

Referido princípio encontra razão de ser na impossibilidade de o processo tramitar à portas fechadas ou dentro das gavetas dos gabinetes dos magistrados, em estrita deferência ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, a fundamentação das decisões é o que sustenta o comando judicial, afigurando-se com verdadeiro critério de validade da decisão. E não poderia ser de outro modo, na medida em que é na fundamentação onde se auferem a legitimidade da atividade jurisdicional, de modo a examinar a racionalidade ou não do provimento judicial (LOPES JR., 2016).

4.1.5 Princípio da Correlação

Conhecido no Processo Civil como princípio da congruência ou adstrição, este princípio consiste no condicionamento da atividade judicante às balizas fixadas pelas partes através dos pedidos deduzidos na demanda.

Essa é a exegese do artigo 492 do Código de Processo Civil de 2015, que traz a seguinte redação:

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.
Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional. (BRASIL, 2015)

Destarte, não pode o juiz julgar além (*ultra petita*) ou fora (*extra petita*) daquilo que fora postulado pelos litigantes.

A título de argumentação, deve-se consignar a possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo Penal, quando este não disciplinar acerca de determinado tema, sendo essa a hermenêutica do artigo 3º, do Diploma Processual Penal, de 1941:

Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. (BRASIL, 1941)

Em resumo, ao juiz não é dado inovar na relação jurídico-processual, eis que não é parte, sendo o princípio da correlação uma importante garantia ao acusado, sendo esse o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça⁸.

Logo, é perfeitamente aplicável o princípio em comento à relação processual penal, estando o julgador imerso e vinculado àquilo que está sendo pedido pelas partes.

4.1.6 Princípio Acusatório

Princípio que informa o sistema acusatório, não estando consagrado de forma expressa no texto constitucional, como ocorre com o contraditório e a ampla defesa, em verdade, o princípio acusatório emerge a partir da simbiose de outras garantias existentes na Constituição Federal de 1988 (LOPES JR., 2016).

Disposições que trazem a titularidade da ação penal pública nas mãos do Ministério Público (*nullum iudicio sine accusatione*), a garantia do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência e a necessidade de publicidade e fundamentação das decisões judiciais, são, em uma análise conjunta, o sustentáculo do princípio acusatório, maior orientador da sistemática acusatória (DUCLERC, 2004), utilizada em nações eminentemente democráticas.

⁸ HC 445.469/RJ; REsp. 1.519.860/RJ

5 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O Direito Penal fora historicamente escolhido para se sub-rogar à aplicação das penas de cunho privado, de modo que, na vigência do referido ramo jurídico, toda reprimenda possui um caráter público, ainda que perseguida mediante ações penais privadas (LOPES JR., 2018).

Nesse diapasão, é imperioso repisar que, nos segmentos do Direito que ostentam uma característica sancionatória, notadamente o Direito Penal, não é possível um comezinho exercício de subsunção da pena previamente estabelecida ao fato transgressor da norma.

Se faz necessário um conjunto de regras e princípios que fixem balizas a serem estritamente obedecidas, que imponham limites ao Estado e sua vontade de punir, equiparando, ainda que no prisma eminentemente jurídico, acusação e réu.

Eis a razão de existir do Processo Penal, um verdadeiro instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais.

Contudo, a dogmática processual penal pode ostentar dispositivos que denotem diferentes feições, as quais são fortemente determinadas por circunstâncias culturais e históricas que influenciam a política criminal em diferentes lugares do mundo (LOPES JR., 2018).

Essa é a lição que se colhe da doutrina:

A compreensão do fenômeno jurídico que envolve aquele campo do Direito que lida com a limitação das liberdades do indivíduo, por meio da efetivação das mais graves medidas de coação previstas no ordenamento jurídico — nas leis e na Constituição — com emprego de mandatos e proibições, projetando-se na esfera do exercício do poder político, em um primeiro momento há de demandar exame conforme o contexto espaço-temporal em que se encontra inserido. (PRADO, 2005, p. 61)

Para fins de complementação, é de grande importância frisar que os sistemas se destacam entre si, porquanto cada um ser dotado de um núcleo fundante (LOPES JR. 2018), que se diferencia pela conjuntura cultural e histórica vivida no momento em que se faz vigente.

Atualmente a doutrina identifica três sistemas processuais penais, quais sejam, sistema inquisitório, sistema acusatório e sistema misto, sendo imperioso desmistificar a corriqueira ideia de que os sistemas processuais penais são identificá-

veis apenas pela separação, ou não, das atividades de acusar e julgar, tão difundida nos manuais e nas cadeiras das faculdades de Direito.

É bem verdade que a separação da função acusatória em relação à judicante também é integrante do núcleo que possibilita a visualização de um sistema processual. Não obstante, o que informa a sistemática processual adotada, a partir de uma análise conjunta com a separação de funções, é a gestão da prova.

Não é outro o entendimento da doutrina que se debruça sobre o tema com notável profundidade:

Assim, a prova penal converte-se em chave explicativa de esquemas metodológicos diversos, que disputam a primazia de ditar o objetivo do “processo”. Ela é um dos principais elementos que, a depender do tratamento que receba, estabelece que tipo de processo penal vigora em determinada sociedade. (PRADO, 2014, p. 20)

Com o introito, cumpre tecer considerações acerca dos sistemas processuais elencados pela doutrina, apontando suas características, bem como de que maneira está formatada a gestão da prova em cada uma das sistemáticas.

5.1 Sistema Inquisitorial

Sistema processual que legitimou a barbárie que se sucedeu nos períodos da idade média. Naquele tempo, essa era a sistemática utilizada pelos juízes para a apuração de condutas consideradas transgressoras de normas eclesiásticas.

Os interrogatórios tinham o condão de buscar a verdade absoluta, consubstanciada na vontade de Deus, que por sua vez só era conhecida pelos sacerdotes que as divulgavam através das encíclicas, concílios, dentre outras formas de comunicação escrita utilizadas pela igreja (LOPES JR., 2018)

Já que era a vontade divina o que se perseguia, qualquer sacrifício alheio valia à pena, de modo que, se ao final de toda sorte de torturas e humilhações o acusado se mantivesse vivo, era libertado, posto que inocente (LOPES JR., 2018).

Referida lógica é avocada para o processamento de criminosos em estados notadamente totalitários, onde a razão de estado, defesa da sociedade e segurança nacional justificam a busca da verdade real a qualquer custo, à mingua de direitos e garantias individuais, sendo justamente essa busca que coloca nas mãos do magistrado a dupla tarefa acusatória e judicante.

Logo, tem-se que: “O princípio da verdade real, como se vê, funciona como autorização para o juiz ‘tratar de conseguir’ confirmar a hipótese retratada na acusação em defesa da sociedade” (CASARA, 2015, p. 166).

Diante de tais considerações é possível traçar um rol de características que identificam o sistema inquisitorial, a saber: A gestão da prova está nas mãos do juiz; Magistrado e acusador são figuras que se confundem; O acusado não é sujeito do processo e sim objeto da persecução; O sistema de provas é tarifário, ou seja, uma única prova pode decidir o processo em detrimento do arcabouço probatório em sua completude; A confissão implicava em condenação, posto que era a “rainha das provas”; A sentença não produz coisa julgada; A prisão é a regra e a liberdade excepcional; O processo tem sua tramitação de forma sigilosa.

Como se pode notar, o sistema inquisitorial é o mecanismo perfeito para estados opressores, de índole antigarantista (FERRAJOLI, 2002), ostentando um “desamor” total pelo contraditório (MARTINS *apud*. LOPES JR., 2018).

5.2 Sistema Acusatório

Como alhures explicitado, o sistema inquisitorial é orientado pela busca da verdade real em nome da defesa da sociedade, razão pela qual o juiz adota uma posição de protagonista no processo, o que é perfeito para países com regimes totalitários, cuja razão de estado é capaz de suplantar direitos e garantias individuais.

O sistema acusatório é exatamente o inverso, na medida em que torna o processo em um ritual garantista, impositor de limites à pretensão punitiva estatal, e o maior limite imposto é, sem dúvidas, a existência de órgão acusatório autônomo em relação ao juiz e a transposição da gestão da prova para as mãos das partes, o que coloca o magistrado em uma posição contemplativa e imparcial na demanda.

Assim, se na estrutura inquisitória o juiz “acusa”, na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação. (PRADO, 2005, p. 106)

A partir do citado deslocamento, a contenda se torna um duelo limpo entre partes, eis que propicia o exercício da dialética processual através do contraditório,

ou seja, as partes apresentam, via de regra, teses antagônicas com potencialidade para determinar o livre convencimento motivado do juiz (PRADO, 2005).

Com efeito, outras características também informam uma sistemática acusatória, quais sejam: Necessidade de impulso das partes; Juiz dotado de imparcialidade; Igualdade entre as partes; Publicidade do processo; Acusado enquanto sujeito do processo, não como objeto; Existência de contraditório; Inexistência de provas tarifadas, vedando a condenação unicamente baseada na confissão; Existência de segurança jurídica pelo instituto da coisa julgada; Prisão como exceção e liberdade como regra; Direito ao duplo grau de jurisdição; Impossibilidade de recursos de ofício.

Convém trazer à baila a preciosa lição doutrinária, que sintetiza:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (LOPES JR., 2018, p. 178)

Portanto, é de se cancelar que o processo penal, orientado pela sistemática acusatória, é salutar ao Estado Democrático de Direito e amante do sistema de direitos e garantias individuais, sendo a sua aplicação um sinal de maturidade e evolução na maneira de pensar o processo penal e sua verdadeira função.

5.3 Sistema Misto

Adotado pela primeira vez na França, em 1808, com o *Code d'Instruction Criminelle* (LOPES JR., 2018), o sistema misto seria uma mescla dos sistemas inquisitorial e acusatório, onde se avista, antes da persecução em juízo um procedimento inquisitório, à revelia de garantias como o contraditório, onde a função é de, única e exclusivamente, colher as provas necessárias ao impulso da ação penal.

Em um segundo momento, instaura-se o processo em juízo sob o crivo de todas as garantias individuais, onde efetivamente ocorrerá o julgamento com a prolação de decisão condenatória ou absolutória (TÁVORA, 2015).

Sobredito sistema sofre duras críticas da doutrina, sob o fundamento de que todo sistema processual é marcado por núcleos fundantes, diferentemente do que ocorre com o misto, como se poder extrair da lição da doutrina:

A classificação de sistema misto peca por insuficiência em dois aspectos: Considerando que os sistemas realmente puros são tipos históricos, sem correspondência com os atuais, a classificação de “sistema misto” não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante. A separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização. (LOPES JR., 2018, p. 190)

Bem de ver, o sistema misto parece ter sido concebido como um instrumento a legitimar, ainda que em apenas um momento, a busca desmedida e temerária de provas para, ao final servir de fundamento para a condenação pelo julgador.

5.4 Sistema Processual no Brasil

Inicialmente, é necessário enfatizar que alguns doutrinadores apontam o sistema processual penal brasileiro como sendo misto, *v.g.*, Nucci (2016) e Feitoza (2010), porquanto existir um momento inquisitório, leia-se Inquérito Policial, e outro acusatório, o processo judicial.

Com a devida vênia, não parece ser a opção mais acertada, por dois motivos:

A uma, como já fora oportunamente frisado, a classificação do sistema misto é insuficiente, na medida em que não traz características próprias (LOPES JR., 2018), tampouco possui núcleos fundantes, como a gestão da prova.

A duas, os sistemas são *processuais*. Partindo dessa premissa, é necessário rememorar a posição assente na doutrina de que o instituto Inquérito Policial não é processo senão um procedimento administrativo que, por força de lei, é perfeitamente dispensável.

Nucci (2016), adepto à concepção do sistema processual misto, conceitua o Inquérito Policial da seguinte forma:

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. (NUCCI, 2016, p. 102)

Logo, não pode ser o Inquérito Policial considerado apto a influenciar a opção por um sistema processual, eis que não é processo, conforme se extrai da melhor doutrina:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema *processual* há de limitar-se ao exame do *processo*, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é *processo*, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. (PACELLI, 2017, p. 21)

Dessarte, a identificação do sistema processual penal brasileiro fica a cargo da análise da atual conjuntura normativa que garante o processo penal no nosso país. Contudo, existem dois pontos de partida que levam a destinos diferentes no tocante ao sistema processual que é adotado no Brasil.

De um lado, observa-se o sistema processual como ele efetivamente é, e sua análise não leva a outro caminho senão para a formatação inquisitorial.

O nosso Diploma Processual Penal fora concebido em 1941, em uma quadra histórica com países cujos governos adotavam, às escâncaras, uma ideologia fascista, como, por exemplo, a Itália com o Código *Rocco*, de 1930, diploma eminentemente inquisitório e fonte inspiradora do Código de Processo Penal brasileiro, de 1941 (MARTELETO FILHO, 2009).

O espírito inquisitório está impregnado no nosso diploma de ritos, e assim se afirma porquanto a própria exposição de motivos do código expressar abertamente a sua opção:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. (BRASIL, 1941)

Como se nota, é o bem comum, assim como a vontade divina era nos tempos medievais, o que justifica a moléstia aos direitos individuais.

Ademais, o Código de Processo Penal encontra-se repleto de dispositivos que chancelam a forte inclinação inquisitória da legislação processual, cabendo apontá-los um a um:

O CPP/1941 traz os seguintes dispositivos: **1)** Ao juiz é permitido determinar de ofício o sequestro de bens – art. 127; **2)** O magistrado pode determinar a produção de provas e diligências – art. 156; **3)** Poderá haver novo interrogatório do réu se o juiz, de ofício, assim determinar – art. 196; **4)** O julgador pode, de ofício, expedir mandado de busca e apreensão – art. 242; **5)** O acusado, ou aquele que apenas é investigado, pode ter a sua prisão preventiva decretada pelo juízo, de ofício – art. 311; **6)** Ao magistrado é possibilitado alterar a definição jurídica do fato imputado ao acusado no processo – art. 383; **7)** O juiz pode condenar o réu ainda que o Ministério Público peça a sua absolvição, podendo, inclusive, reconhecer circunstâncias agravantes que sequer foram ventiladas no curso do processo – art. 385.

À vista do que se encontra na redação do Código de Ritos Penais de 1941, é de se afirmar que:

O sistema processual-penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. (COUTINHO, 1998, p. 167).

É de se bater o martelo: Os dispositivos legais provam, com robustez, que o sistema processual penal no Brasil é inquisitorial. Esse, pois, o sistema processual como ele verdadeiramente é:

Pensamos que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é *misto*, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz. (LOPES JR., 2016, p. 29)

Bem de ver, o processo penal brasileiro denota uma característica de substitutividade do juiz em detrimento das partes par a prática de atos que deveriam estar adstritos à esfera de atuação daqueles (PACELLI, 2017).

6 A BUSCA PELA “VERDADE REAL”

Como oportunamente frisado, a busca pela verdade real ou substancial é o que legitima uma atuação proativa do magistrado e substitutiva às partes, características do sistema inquisitorial, entretanto, crer na possibilidade de se alcançar a dita “verdade real” afigura-se, sob o prisma epistemológico, uma errônea (MARTELETO FILHO, 2009).

Nesse sentido, assevera Rafael de Deus Garcia (2017), para quem:

No entanto, é preciso dizer de forma bastante peremptória. O princípio da verdade real, sobrevivendo às custas de desconhecimento científico e filosófico, bem como a partir de eufemismos astuciosos, deve ser finalmente enterrado na história do direito processual penal, uma vez que representa em si o mais altivo princípio inquisitivo. (GARCIA, 2017, p. 1055/1056).

Os processos judiciais possuem o condão de engendrar uma atividade recongnitiva, desempenhada pelo magistrado mediante a contribuição das partes integrantes do polo ativo e passivo da relação processual, cujas teses trazem versões fáticas e jurídicas não raro antagônicas (MARTELETO FILHO, 2009), nesse particular, já se afigura insustentável a ideia de existência de uma verdade real a ser alcançada através da atividade jurisdicional, ademais, a experiência científica não admite verdades absolutas senão proposições que ostentam veracidade plausível (FERRAJOLI, 2002).

A verdade processual, pois, não é espelho da realidade e a atividade recongnitiva avivada no Processo é um mecanismo de “bricolage singular”, entendido, como em francês, como fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito. E nunca o é, por impossível. A dita verdade processual trata de outra coisa, possui estrutura de ficção. E como o julgador precisa dar uma resposta, acertar os fatos, com os instrumentos que se lhe apresentam, vertido inexoravelmente na e pela linguagem, **desprovido da verdade verdadeira.** Uma instrução processual, por seus significantes, sempre autoriza diversas compreensões. É do encadeamento de significantes, ou seja, da forma como serão dispostos os significantes que se poderá verificar a legitimidade (democrática) da decisão. (ROSA, 2013, p. 97). (Grifos à parte).

É evidente que a verdade é o objeto de perseguição no processo, independente da matéria (penal, cível, etc.), ocorre que é ilusório acreditar que se alcançará

um *status* de veracidade material, absoluto ou real, com efeito, o que se pode conseguir através de um exercício recognitivo - como por excelência é o processo judicial – é a verdade formal, ou processual.

A definição da noção de “verdade formal” ou “processual” e a análise das condições nas quais uma tese jurídica é (ou não é) “verificável” e “verificada” constituem, pois, o primeiro capítulo de uma teoria analítica do direito e do processo penal e, também, os principais parâmetros de um sistema penal garantista. (FERRAJOLI, 2002, p.39).

Como sentencia a doutrina de Casara (2015), a verdade real é um mito, eis que:

A verdade está no plano ideal: a plena correspondência, que não pode ser reconstruída no mundo sensível. Para falar em verdade real, é necessário supor a existência de outra verdade, que seria, então, irreal e, portanto, não verdadeira. (CASARA, 2015, p. 177).

A verdade real é o que impulsiona uma mentalidade inquisitiva, valendo à pena quaisquer sacrifícios, na medida em que se torna possível “julgar como Deus onisciente e fazer a suprema e divina justiça” (FEITOZA, 2010, p. 65).

A rigor, tal busca, é fruto de um quadro mental paranoico que acomete os juízes inquisidores que creem na verdade como sendo absoluta (LOPES JR., 2018), perseguindo-as em detrimento de quaisquer direitos ou garantias individuais.

Durante séculos o sistema inquisitorial, lastreado primeiro na vontade divina e depois na verdade real, norteou os procedimentos sancionatórios mundo afora, não sendo diferente com o Brasil.

Ocorre que a orientação inquisitorial encontra na Constituição Federal de 1988, um novo paradigma no tocante à sistemática processual a ser utilizada, ou seja, a Carta Magna trouxe à luz como o processo penal deve ser.

7 SISTEMA PROCESSUAL PENAL: PARADIGMA CONSTITUCIONAL

De fato, o sistema processual penal brasileiro é fortemente lastreado em um espírito inquisitório, e isso se compreende quando se considera o contexto histórico vivido, notadamente na vigência do Estado-Novo, fortemente inspirado por ideologias totalitárias como a fascista italiana, razão pela qual o Código de Processo Penal de 1941 ostenta a feição já apontada.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, marco de um novo constitucionalismo no Brasil e que instituiu um Estado Democrático de Direito alicerçado na dignidade da pessoa humana, inaugura uma nova sistemática processual penal a ser adotada no país.

Referida inovação sistemática por parte da Carta Magna de 1988 consiste na adoção do sistema acusatório, que embora não expressamente adotado, é claramente identificável por conta das características constantes do texto constitucional, notadamente: Dever de respeito ao devido processo legal – art. 5º, LIV; Adoção do princípio da contraditório e ampla defesa – art. 5º, LV; Inocência como regra de tratamento e julgamento – art. 5º LVII; Publicidade do processo e fundamentação das decisões – art. 93, IX; Impossibilidade do ajuizamento de ação penal pública sem a iniciativa do Ministério Público – art. 129, I.

Assim, se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade no processo, pelo menos como regra para as infrações penais de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório. (PRADO, 2005, p. 195)

A partir de tal constatação, instaura-se um dilema axiológico entre o Código de Processo Penal de 1941, eminentemente inquisitório, e a Constituição Federal de 1988, abertamente acusatória, sendo tal problema resolvido a partir da contemplação de algumas premissas jurídicas e hermenêuticas.

A Constituição é, indubitavelmente, o vértice superior do ordenamento jurídico, por tal motivo, é o critério máximo de validade e eficácia das normas hierarquicamente inferiores (KELSEN, 1999).

Nesse diapasão, o direito e a atividade legislativa passam a ser orientados pelas normas constitucionais, numa evidente constitucionalização de todos os ramos do direito, ou seja, num manifesto processo de filtragem constitucional, o qual recai, tanto sobre normas pré-constitucionais, como é o caso do Código de Processo Penal de 1941, como em normas editadas após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Logo, dispositivos que são contrários às regras, disposições e princípios constitucionais, não podem, à luz de um processo de filtragem constitucional, subsistir na ordem jurídica, em razão da premência de conformidade das normas com a Constituição (LOPES JR., 2018).

8 DO ARTIGO 385, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: NÃO RECEPÇÃO PE- LA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Segundo o art. 385, do Código de Ritos Penais de 1941, em ações penais de natureza pública, o magistrado pode exarar decisão condenatória, ainda que tenha sido formulado pleito absolutório por parte do Ministério Público, bem como lhe é permitido reconhecer circunstâncias agravantes que sequer foram ventiladas no decorrer da demanda.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 1941)

De todos os elementos constantes do Código de Processo Penal de 1941, que chancelam a sistemática inquisitorial norteadora do referido diploma, o art. 385, se revela uma notável disposição ofensiva ao sistema acusatório, trazido pela Constituição Federal de 1988.

Há quem defenda a aplicabilidade do art. 385, do Código de Processo Penal de 1941 sob o argumento de que vige o princípio da indisponibilidade da ação penal pública e que o Ministério Público, ao final da fase instrutória, apresentaria apenas um parecer acerca da pretensão punitiva (JARDIM, 2014).

Não se olvida que o texto legal traz o termo “opinado”, entretanto, tal colocação não foi acertada por parte do legislador, eis que o Ministério Público, na fase instrutória das ações penais públicas, figura como parte, formulando efetivos pedidos, não se manifestando a título consultivo como *custus legis*.

O art. 385 do CPP faculta ao juiz criminal, nos crimes de ação penal pública, condenar o réu, ainda que tenha o Ministério Público *opinado* pela absolvição. Na verdade, o uso do verbo *opinar* traduz impropriedade do legislador e contrasta com a posição exercida pelo Ministério Público na ação pública – a de autor. Portanto, o *parquet* não opinará pela absolvição nessa modalidade de ação penal, mas sim *pedirá* esta solução, se assim o entender. (AVENA, 2018, p. 1.161, pdf).

Ademais, pleitear a absolvição do acusado não faz da conduta do órgão ministerial um ato de disponibilidade, na medida em que restou concluído para o titular da ação penal, após um exaustivo combate de teses e apresentação de provas, que

não há nada a se punir, logo, ponderar que ao pleitear a absolvição do acusado, o Ministério Público estaria abrindo mão de sua pretensão acusatória (LOPES JR., 2018) merece toda sorte de cuidados.

Há uma diferença entre dispor da ação ou não exercer a pretensão acusatória e pleitear a absolvição, eis que, nas primeiras situações, a parte, leia-se, o Ministério Público estaria se abstendo de atuar, de impulsionar o feito com pedidos ou requerimentos, o que é vedado ao *parquet*, por força do princípio da indisponibilidade.

Pleitear a absolvição, por sua vez, implica na constatação de circunstâncias até então obscuras para o titular da ação penal e que se tornaram claras com a produção das provas, o que impulsiona um verdadeiro pedido e, portanto, uma atuação positiva e proativa, não havendo abstenção, tampouco recusa em exercer o seu mister enquanto parte.

Endossar entendimento diverso é acreditar que no processo penal, só é permitido à acusação buscar a condenação, ainda que inexistam fundamentos para formular tal pleito, o que denunciaria um Estado de índole punitivista e um processo penal apenas à serviço do mero formalismo para dar ares de segurança jurídica aos acusados.

Na verdade, a partir de um cotejo entre o dispositivo legal em comento e o arcabouço normativo que jaz na Carta Magna, não há outra conclusão a ser tirada senão que o art. 385, do CPP/1941 não foi recepcionado pelo Diploma Constitucional de 1988, e assim se pode afirmar com supedâneo em três fundamentos cabais:

Primeiramente, permitir que um magistrado condene em contrariedade ao pleito absolutório do titular da ação penal pública é violar frontalmente o princípio acusatório, base do sistema acusatório, eleito pela Constituição Federal de 1988 como sistema processual a vigorar no Brasil.

Ora, as duas características que identificam o sistema acusatório e que figuram como seus núcleos fundantes são a separação entre as funções de acusar e julgar e a gestão da prova.

O legislador constituinte de 1988 não olvidou de disciplinar a separação dessas funções, quando estabelece que é função institucional do Ministério Público, promover, de forma privativa, as ações penais públicas (BRASIL, 1988).

Bem de ver, o impulso acusatório deve emanar do Ministério Público, ao passo que a movimentação defensiva cabe ao acusado, em autodefesa, e ao seu

defensor, em defesa técnica. Esses os atores que devem ostentar funções proativas no processo, tendo em mãos a gestão da prova.

O acusador tem exclusivamente um direito de acusar, afirmando a existência de um delito e, em decorrência disso, pede ao juiz (Estado tribunal) que exercite o seu poder de condenar o culpado e executar a pena. O Estado realiza seu poder de penar no processo penal não como parte, mas como juiz, e esse poder punitivo está condicionado ao prévio exercício da pretensão acusatória. A pretensão social que nasceu com o delito é elevada ao *status* de pretensão jurídica de acusar, para possibilitar o nascimento do processo. (LOPES JR., 2018, p. 277)

A rigor, a separação das funções de acusar e jugar afigura-se como importante garantia em favor das partes (ROSA, 2013), principalmente em benefício ao acusado, de modo a obstar as investidas de magistrados que, com apego à mitológica verdade real (CASARA, 2015) acabam por vezes a se comportarem como verdadeiros assistentes de acusação, assumindo as rédeas da atividade probatória.

Da mesma forma que o juízo não pode oferecer a denúncia no lugar no Ministério Público, está vedado ao juízo entender haver crime onde o próprio Ministério Público entende não haver. Dessa forma, o julgador, quando condena o acusado contrariando o pedido de absolvição da própria instância acusadora, toma seu lugar na relação processual. (GARCIA, 2017, p. 1.051)

Logo, deve incumbir tão somente às partes a movimentação do feito processual e cabe apenas ao Ministério Público, em ações penais de natureza pública, o exercício da pretensão acusatória, de modo que, a partir do momento em que o titular da ação penal manifesta-se pela absolvição do acusado não pode o juiz condenar, posto não ser parte, tampouco tem em seu poder a titularidade da pretensão de acusar (GARCIA, 2017).

A título de argumentação, nos casos em que a ação penal a ser proposta é de natureza privada, se o querelante não pede a condenação nas alegações finais, ocorre o fenômeno da perempção e, por força de lei⁹, é extinta a punibilidade do agente. Ou seja, o juiz deve extinguir o processo sem resolução do mérito em favor do réu (LOPES JR., 2018).

Nessa senda, um dispositivo que disciplina a possibilidade de condenação em desprezo ao pedido de absolvição formulado pelo titular da ação, denota que o

⁹ Art. 60, III, do CPP/1941 combinado com o art. 107, IV, do CP/1940.

Estado busca, até a última das forças, a condenação do sujeito passivo da relação processual.

A outro giro, não se mostra razoável a condenação do acusado a despeito do pedido de absolvição formulado pelo titular da ação penal, eis que afronta diretamente o princípio do contraditório.

Com efeito, cumpre registrar que a jurisprudência pátria, capitaneada pelo STJ¹⁰, entende pela constitucionalidade do art. 385, do CPP/1941, e socorre-se do argumento de que ao magistrado é franqueado o sistema do livre convencimento motivado.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. POSSIBILIDADE. EMENDATIO LIBELLI. **PEDIDO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA NAS ALEGAÇÕES FINAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 385 DO CPP. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.** QUALIFICADORA DO PARÁGRAFO 1º, INCISO I, DO ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL. LAUDO COMPLEMENTAR INCONCLUSIVO. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIALIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. REVISÃO DO ACERVO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL COMPLEMENTAR EXTEMPORÂNEO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira turma, e a terceira seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou ao abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. 2. As questões relativas à revisão da dosimetria das penas impostas ao paciente, não foram enfrentadas pela corte de origem, havendo de ser debatida quando do julgamento da apelação interposta pela parte, razão pela qual fica impedida de ser analisada por este tribunal superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. 3. Não há ilegalidade na sentença condenatória em que o magistrado confere nova definição jurídica aos fatos contidos na denúncia, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, eis que o réu se defende dos fatos descritos na peça acusatória, e não da definição jurídica ali apresentada. **4. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ain-**

¹⁰ HC nº 350.708/SC

da que o ministério público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. 5. Não há ilegalidade na condenação do paciente pelo crime de lesão corporal de natureza grave, a despeito de posicionamento diverso pelo ministério público quando da apresentação de alegações finais, por não estar o magistrado vinculado às manifestações jurídicas ministeriais, em observância ao princípio do livre convencimento motivado. 6. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes desta corte. 7. Na apuração do delito tipificado no artigo 129, §1º, inciso I, do Código Penal, em regra, haverá necessidade de exame complementar para efeitos de configuração da qualificadora, nos termos do art. 168, §2º, do Código de Processo Penal. 8. "emanando das provas coletadas que as lesões sofridas pelo ofendido ensejaram sua incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, fica suprida a exigência do exame pericial complementar" (STJ, AGRG no AREsp 145181/rs, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, quinta turma, DJE 28/6/2013). 9. A desclassificação das lesões corporais de natureza grave para lesões leves diante da inconclusividade do segundo laudo pericial, e pela inexistência de outros elementos idôneos a demonstrar a natureza grave do delito, exigiria, desta corte superior, o revolvimento do material fático e probatório constante dos autos, atuação cognitiva essa que extrapola a estreita via do habeas corpus. 10. Não tendo sido debatida na instância ordinária a nulidade do laudo pericial por sua extemporaneidade, inviável o seu exame direto por esta corte sob pena de indevida supressão de instância. 11. Habeas corpus não conhecido. (BRASIL, 2016, não paginado) (Grifou-se)

De fato, o juiz não se encontra ancorado em um sistema tarifário de provas, podendo valorá-las de acordo com a sua consciência e experiência enquanto magistrado, contudo, está vinculado ao gravame de fundamentar sua conclusão (RAMILDOFF, 2017), seja condenatória ou absolutória, sob pena de nulidade.

Ocorre que, na hipótese de o Ministério Público pedir a absolvição do réu, logicamente fundamentará a sua pretensão nesse sentido, de modo que o magistrado deverá dar sustentação jurídica ao dispositivo condenatório o que implica em uma inovação não sujeita ao princípio do contraditório (MARTELETO FILHO, 2009), garantia inerente às partes e que não se exerce contra o juiz (GARCIA, 2017), posto que não é parte.

Sendo o processo um procedimento em contraditório, o protagonismo não é judicial, mas das partes interessadas. Ao juiz se lhe reserva um papel de garantidor da eficácia do contraditório e não de contraditor, como juiz-ator, como juiz inquisidor. (LOPES JR., 2018, p. 243).

Nesse particular, a decisão condenatória que dispensa o pleito absolutório do Ministério Público e condena, ou mesmo reconhece circunstâncias agravantes até então não mencionadas no processo, agride até não mais poder a garantia do contraditório.

Essa é a lição da doutrina:

No processo acusatório, porém, o juiz não poderá condenar o réu diante de um requerimento/alegação final do acusador (Ministério Público ou querelante) pela absolvição, sob pena de ofender o contraditório. (PRADO, 2005, p. 118)

É de se dizer, o Estado já criou um ator processual, com as mesmas garantias da magistratura, para figurar na condição de parte e, não raro, na condição de órgão de acusação.

Por derradeiro, tem-se que, além de violar o sistema acusatório e a garantia do contraditório, o art. 385, do Código de Processo Penal de 1941, malfere o princípio da correlação.

O julgador está adstrito às balizas postas pelas partes através de seus pedidos, o que implica na impossibilidade de julgamento fora (*extra petita*) ou além (*ultra petita*) daquilo que fora efetivamente postulado por acusação e defesa, de modo que condenar ainda que não se tenha pedido de condenação é ferir de morte o princípio da correlação (LOPES JR., 2018).

Insta ademais consignar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela não recepção de dispositivos que contrariam a Constituição¹¹ em matéria processual penal, notadamente de dispositivos que maculam as garantias insculpidas pelo Axioma Maior, em proteção àqueles que estão no polo passivo da persecução penal.

Não há como fechar os olhos para um dispositivo legal que destoa por completo do diploma constitucional, de força vinculatória que reclama a obediência de todo o ordenamento jurídico vigente.

¹¹ Em 14 de junho de 2018, o STF julgou as ADPF's de nº 395, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores e nº 444, impulsionada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Nos julgamentos, que versavam sobre a mesma matéria e o mesmo dispositivo, o Pretório Excelso declarou, por maioria de votos, a não recepção do art. 260, do CPP/1941 (que versa sobre a condução coercitiva do acusado), no trecho “para o interrogatório”, sob o fundamento de que tal disposição violaria a liberdade de locomoção e a o princípio da presunção de não culpabilidade. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>; acesso em: 29/10/2018.

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. (FEITOZA, 2010, p. 66).

O art. 385, do Código de Processo Penal de 1941 é ofensivo ao espírito que emana da ordem constitucional e contrário ao sistema processual inaugurado pela CF/88, de modo que não resta dúvidas acerca da não recepção do referido dispositivo pela Carta Magna, o que leva à conclusão de que deve ser extirpado do ordenamento jurídico, em defesa da supremacia da Constituição e sua força normativa, do Estado Democrático de Direito e, acima de qualquer coisa, da justiça.

9 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve impulso a partir da inquietação quando da análise de dispositivos legais, notadamente do Código de Processo Penal de 1941 que, em cotejo com os ditames etiquetados na Constituição Federal de 1988, acusam um antagonismo entre os dois diplomas no que tange a opção por sistemas processuais penais completamente distintos.

Para se chegar a uma proposta juridicamente plausível, foi necessário abordar o momento histórico em que os diplomas constitucionais passaram a ser o vértice principal do sistema de normas, condicionando toda a ordem jurídica.

Ainda, foi preciso ressaltar a premência de vinculação da atividade estatal a direitos e garantias individuais orientados pela dignidade da pessoa humana, tão vilipendiada em governos totalitários que tinham suas ações legitimadas pelo império da lei em sua acepção formalista.

Em outro momento foi imperioso tecer considerações acerca do processo penal enquanto instrumento de defesa dos direitos e garantias individuais, impondo através de suas regras e princípios, limites que servem de escudo ao cidadão frente à ira estatal.

Por oportuno, buscou-se elencar e descortinar alguns princípios de importância vital ao processo penal e a uma persecução em juízo em harmonia com as garantias individuais que guarnecem o texto constitucional.

Ante o mencionado antagonismo de sistemas distintos que orientam a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941, foi importante apontar e explicar, ainda que de forma sucinta, os sistemas processuais aos quais se referem a doutrina jurídica, indicando, ao final, qual o sistema que, na prática, é aplicado no Brasil, notadamente o inquisitorial.

Constatada a aplicação do sistema inquisitorial, mediante a indicação dos dispositivos que levam a essa conclusão, foi de extrema importância demonstrar, mediante o apontamento de dispositivos constantes da Constituição Federal de 1988, que a Carta Magna elegeu o sistema processual acusatório como aquele a vigor no país.

Partindo desse ponto, buscou-se analisar o dispositivo que mais viola o sistema acusatório no processo penal brasileiro, especificamente o artigo 385, do Código de Processo Penal de 1941, que possibilita ao juiz condenar ainda que o titular

da ação penal pública, leia-se Ministério Público, peça a absolvição do acusado, podendo ainda o magistrado reconhecer circunstâncias agravantes jamais deduzidas no desenrolar do processo.

O referido dispositivo não se coaduna com as disposições constitucionais por três fundamentos, a saber, violação ao princípio acusatório, violação à garantia do contraditório e violação ao princípio da correlação.

Desse modo, e levando em consideração a supremacia da Constituição Federal de 1988, condição máxima de validade e eficácia das normas jurídicas, chegou-se à conclusão de que o artigo 385, do Código de Processo Penal de 1941, não fora recepcionado pelo texto constitucional, eis que diametralmente oposto aos seus ditames.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, pdf;
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018;
- BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. **O poder complementar dos juízes: instrumentos para o controle da expansão penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015;
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. FGV. Rio de Janeiro, 240: 1-42. abr./jun. 2005;
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988;
- BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/De13689Compilado.htm#art810>. Acesso em: 25 junho 2018;
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 350.708/SC. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 19 de abril de 2016. DJE: 28 de abril de 2016;
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2015;
- CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015;
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. UFPR. Curitiba, vol. 30, n. 30, p. 163 – 198, 1998;
- DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;
- FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.030/2009, 12.033/2009 e 12.037/2009. Niterói: Impetus, 2010;
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pdf;

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **A evolução da teoria constitucional e as perspectivas para o constitucionalismo do futuro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46305&seo=1>>. Acesso em: 27 maio 2018;

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2006, pdf;

GARCIA, Rafael de Deus. Verdade real e a impossibilidade de condenação após manifestação do ministério público por absolvição. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1043-1070, set./dez. 2017;

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes;

JARDIM, Afrânio Silva. **Garantismo no processo penal merece breve (e parcial) reflexão**. Conjur. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/afranio-jardim-garantismo-processo-penal-merece-reflexao>>. Acesso em: 23 de maio de 2018;

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. trad. João Baptista Machado;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: *Jus Podivm*, 2017;

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pdf;

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

MARTELETO FILHO, Wagner. Sistema acusatório e garantismo: uma breve análise das violações do sistema acusatório no código de processo penal. **De jure: revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 12, p. 193-215, jan./jun. 2009, pdf;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 817-818.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017;

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014;

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Elementos de processo penal**. Curitiba: Inter Saberes, 2017, pdf;

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2013;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005;

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.