

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI**

ISABELLA MIGUEZ ACHTSCHIN

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTE O
PEDIDO ABSOLUTÓRIO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**TEÓFILO OTONI
2018**

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI**

ISABELLA MIGUEZ ACHTSCHIN

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTE O
PEDIDO ABSOLUTÓRIO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito das Faculdades Unificadas de
Teófilo Otoni, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.**

**Área de concentração: Direito
Processual Penal**

**Orientador: Prof. MSc Igor Alves
Noberto Soares**

**TEÓFILO OTONI
2018**



FOLHA DE APROVAÇÃO

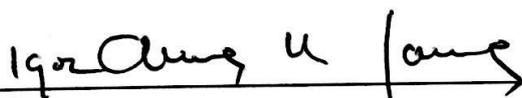
O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTE O
PEDIDO ABSOLUTÓRIO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

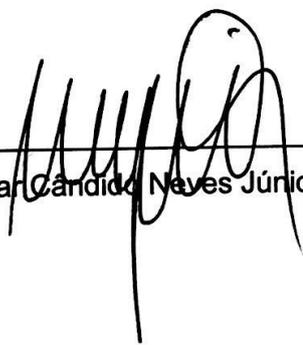
elaborado pela aluna Isabella Miguez Achtschin foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Teófilo Otoni, nas Minas Gerais, 9 de julho de 2018.



Professor MSc. Igor Alves Noberto Soares (orientador)



Professor Esp. César Cândido Neves Júnior



Professora Esp. Karla Christine Ribeiro Silva

Dedico este trabalho à minha família,
base sólida que sempre me incentivou e
manteve acesa a chama da esperança de
que este dia, finalmente, chegaria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me capacitou para que eu chegasse até aqui; sem Ele eu nada seria. À minha família, pelo cuidado, amor e paciência durante esta jornada, que percorreram comigo. Aos amigos, pelo ombro acolhedor, pelos conselhos e pelo incentivo constante. Aos profissionais com quem tive a oportunidade de trabalhar, fonte de exemplo e profissionalismo, detentores da minha eterna admiração. Aos meus professores, que sempre me inspiraram e semearam em mim a maior dádiva que um ser humano poderia ter: a vontade de se superar a cada dia.

RESUMO

Este trabalho pretende demonstrar a inconstitucionalidade da sentença penal condenatória quando o Ministério Público pugna pela absolvição do réu e, conseqüentemente, a incompatibilidade do artigo 385 do Código de Processo Penal com a atual Constituição Federal de 1988. Para tanto, é necessário analisar o sistema processual adotado constitucionalmente e a divisão de funções atribuídas aos sujeitos da ação. Também se faz necessária a realização de uma abordagem crítica acerca da necessidade de reforma do Código de Processo Penal, em razão da existência de dispositivos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. O objetivo principal deste trabalho é demonstrar a imprescindibilidade de uma releitura constitucional do processo penal, afastando normas retrógradas e arbitrárias. Neste contexto, a aplicação do direito deve se caracterizar como ato transparente e imparcial, que valorize os direitos e garantias assegurados ao acusado.

Palavras-chave: Constituição Federal. Sistema acusatório. Sentença. Princípios e garantias. Juiz.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to demonstrate the unconstitutionality of the criminal conviction when the Public Prosecutor contends for the acquittal of the defendant and, consequently, the incompatibility of Article 385 of the Code of Criminal Procedure with the current Federal Constitution of 1988. For this purpose, it is necessary to analyze the procedural system adopted constitutionally and the division of functions attributed to the subjects of the action. It is also necessary to carry out a critical approach on the need to reform the Code of Criminal Procedure, due to the existence of provisions incompatible with the Democratic Rule of Law. The main objective of this work is to demonstrate the indispensability of a constitutional re-reading of the criminal process, rejecting retrograde and arbitrary norms. In this context, the application of the law must be characterized as a transparent and impartial act that values the rights and guarantees guaranteed to the accused.

Keywords: Federal Constitution. Accusatory system. Verdict. Principles and guarantees. Judge.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	10
2.1 O Sistema Acusatório	11
2.2 O Sistema Inquisitório	13
2.3 O Sistema Brasileiro	14
3 CONJECTURAS HISTÓRICAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	18
3.1 As Legislações Portuguesas.....	19
3.2 O Código Criminal do Império.....	21
3.3 A Necessidade de Constitucionalização do Processo a partir da Constituição da República de 1988	22
4 AS FUNÇÕES DO MAGISTRADO	25
4.1 A definição democrática de sujeitos processuais	26
4.2 A função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.....	28
4.3 O conceito de sentença	29
5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	30
5.1 O devido processo: a noção de contraditório	32
5.2 O princípio da correlação e a imparcialidade	34
5.3 Análise jurisprudencial	37
6 CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por objeto demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal em razão da sua incompatibilidade com a Constituição Federal do Brasil de 1988, com o sistema processual por ela adotado e com o Estado Democrático de Direito.

Busca-se apresentar ao leitor uma abordagem crítica sobre a necessidade de reforma do Código de Processo Penal, que ainda hoje é composto por dispositivos inquisitivos que violam a nova ordem constitucional.

A Constituição Federal de 1988 adotou, segundo doutrina majoritária, o sistema processual acusatório, característico por atribuir as funções de acusar e julgar a órgãos distintos, prezando por uma maior imparcialidade e efetividade na aplicação da lei, além de assegurar ao acusado, direitos e garantias que devem ser observados durante a persecução criminal.

A adoção do sistema processual acusatório pela Constituição exigiu uma reinterpretação constitucional do Código de Processo Penal, que foi imposto durante a ditadura do Estado Novo, fruto, portanto, de um sistema inquisitivo, retrógrado, autoritário, que não condizia com a nova ordem constitucional. Embora as normas penais tenham passado por um processo de interpretação à luz dos princípios constitucionais, ainda existem, atualmente, dispositivos inquisitivos que não compactuam com os preceitos democráticos da Constituição, exigindo o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma.

No primeiro capítulo, tratar-se-á sobre os sistemas processuais penais, apontando o sistema acolhido constitucionalmente em 1988. No segundo capítulo, será realizada uma sucinta abordagem da evolução histórica do processo penal brasileiro, partindo das legislações portuguesas, passando pelo Código Criminal do Império, até Código de Processo Penal de 1941, atualmente em vigor.

Entrando no terceiro capítulo, serão abordados os poderes do magistrado, analisando os sujeitos que integram a relação processual, a função jurisdicional no Estado Democrático de Direito e o conceito de sentença, que é um dos atos decisórios proferidos pelo juiz.

No quarto e último capítulo, analisar-se-á a inconstitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, abrangendo os aspectos do devido processo legal, dos princípios da imparcialidade e correlação e fazendo uma breve análise

jurisprudencial sobre o tema.

O trabalho será fundamentado em obras de renomados autores, além de mostrar ao leitor como o tema é tratado atualmente nos Tribunais Superiores e nos julgamentos de casos concretos. A presente monografia será encerrada com uma conclusão, demonstrando os aspectos mais relevantes encontrados durante a realização do trabalho.

2 BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

No primeiro capítulo, dedica-se ao estudo para entender os sistemas processuais penais existentes e definir aquele que foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, fazendo um comparativo entre o sistema adotado constitucionalmente e as normas de direito processual penal, que foram instituídas sob a égide de um regime fascista, autoritário, em muito diferente da visão democrática atualmente acolhida pela Constituição Federativa do Brasil de 1988.

Procura-se realizar uma análise crítica dos sistemas processuais penais, estudando a sua eventual compatibilidade com as normas e princípios consagrados constitucionalmente e um comparativo com o Código de Processo Penal.

A Constituição Federal de 1988 foi um grande marco para a consolidação do sistema democrático brasileiro, pois assegurou em seu texto garantias especiais ao ser humano, valorizando a sua dignidade, vida, intimidade e garantindo o direito de um julgamento justo, através do devido processo legal.

Essas garantias e direitos atribuídos aos cidadãos nasceram em razão de longas disputas e revoluções havidas no decorrer da história, onde o ser humano esteve sujeito a barbáries e atrocidades cometidas por aqueles que detinham o poder, de forma centralizada e autoritária.

Existe uma crescente necessidade de adequar as legislações infraconstitucionais aos princípios consagrados pela Constituição Federativa do Brasil de 1988, afastando-se eventuais arbitrariedades em prol da democracia hoje vivenciada.

Para isso, é imprescindível que se realize uma releitura crítica de alguns Códigos, em especial do Código de Processo Penal, elaborado em 1941, para readequá-lo a nossa realidade e analisar a compatibilidade de seus dispositivos com o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988.

O Direito Processual Penal brasileiro, segundo José Frederico Marques, "é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares" (MARQUES, 2003, p. 16).

Assim, o processo penal vem a ser um meio através do qual se confere

efetividade às normas do direito penal, fornecendo meios que permitam a aplicação da lei em nossa sociedade, observando a necessidade do caso concreto.

Por ser a Constituição Federal de 1988, pioneira do Estado Democrático de direito em âmbito brasileiro com a publicação do seu texto legal, grandes e consideráveis mudanças ocorreram no sistema processual penal, um deles merecendo destaque: o "abandono" do sistema processual inquisitivo, que deu espaço ao sistema acusatório, acolhido pela Constituição de 1988.

O sistema inquisitivo foi marcado por um processo onde as noções de contraditório e ampla defesa não existiam. As funções de acusar, defender e julgar eram concentradas em uma só figura, o que, conseqüentemente, caracterizava uma mitigação dos direitos e garantias individuais, em razão, inclusive, da imparcialidade do julgador (Juiz), que detinha o "poder" para efetivar as três funções, estando em uma posição hierarquicamente superior às partes.

Tratava-se de um sistema processual que buscava a efetividade da prestação jurisdicional, por meio de uma decisão condenatória, em favor de uma pretensão coletiva de ver o denunciado punido. Essa efetividade tinha como um de seus fundamentos a segurança pública, o que, para o sistema inquisitivo, autorizava que o réu, no decorrer do procedimento judicial, fosse visto com absoluta sujeição, submissão; esquecendo-se que é, também, sujeito de direitos.

Com a promulgação da Constituição de 1988 houve a adoção do sistema acusatório, especialmente em razão da ordem democrática vivenciada à época. A principal distinção deste sistema com o inquisitorial é a delegação a pessoas distintas das funções de julgar, acusar e defender; além das garantias processuais asseguradas às partes: igualdade, contraditório e ampla defesa.

Com a adoção desse sistema, foi conferido ao Ministério Público, em regra, o monopólio da ação penal, ou seja, é o órgão ministerial que detém o *jus accusationis*; enquanto o Estado exerce, através do poder conferido ao Juiz, o *jus puniedi*.

2.1 O Sistema Acusatório

O sistema acusatório tem sua origem fundada no direito grego, que permitia a participação de populares de forma direta no exercício das funções de acusar e julgar.

No direito romano, o sistema acusatório surgiu na figura da *accusatio*, no último século da Alta República, permitindo que um cidadão do povo exercesse a acusação. O exercício da ação penal foi conferido a pessoa distinta do juiz.

Naquela época, conforme destaca Aury Lopes Jr. (2006), o sistema processual acusatório possuía as seguintes características:

- a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes;
- b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas;
- c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo;
- d) estava apenado o delito de denunciação caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais);
- e) acusação era por escrito e indicava as provas;
- f) havia contraditório e direito de defesa;
- g) o procedimento era oral;
- h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar (LOPES JÚNIOR, 2006, p.163).

Entretanto, o sistema processual acusatório que vigia na antiguidade se mostrou insuficiente para as novas necessidades sociais do Império, gerando uma insatisfação por meio da população que via a ação sendo utilizada como meio de vingança privada.

Essa insatisfação culminou em uma maior atuação processual por parte dos magistrados, que passaram a ter para si a função da acusação, antes destinada ao povo, reunindo em uma só pessoa as atribuições de julgar e acusar.

Iniciou-se então uma época marcada pela adoção do sistema processual inquisitório, que findou-se somente com a Revolução Francesa, com seus ideais democrático-liberais.

O abandono do sistema inquisitivo deu espaço, novamente, para o sistema processual acusatório, que segundo Aury Lopes Jr. (2006), é marcado atualmente pelas seguintes características:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);

- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JÚNIOR, 2006, p.164).

Assim, pode-se dizer que o sistema processual acusatório moderno é pautado pela imparcialidade do juiz, assegurando garantias ao acusado, que passa a ser parte e sujeito de direitos na ação penal. As partes assumem maior responsabilidade probatória e ao Estado é conferida a função de assegurar a atuação profissional para as partes hipossuficientes, garantindo a ampla defesa e o contraditório e, principalmente, o princípio da paridade de armas.

2.2 O Sistema Inquisitório

Como mencionado no tópico anterior, o sistema inquisitório surgiu em meados do século XIV, em razão da crescente insatisfação popular com o sistema processual acusatório, que passou a ser visto como forma de vingança privada contra o acusado.

A acusação exercida por meio dos particulares não era dotada da eficiência e eficácia necessárias à persecução criminal, que se mostrou deficiente.

Em razão disso, passou-se a atribuir ao Estado a função acusatória.

Os magistrados ganharam maior autonomia e foram a eles concebidas novas atribuições antes destinadas ao acusador privado. Nesse contexto, as funções de acusar e julgar restaram reunidas na figura de uma só pessoa. O juiz, que antes era imparcial, adota a função de inquisidor.

Para Aury Lopes Jr. (2006, p.135), o sistema processual inquisitório estava dividido em duas fases: inquirição geral e inquirição parcial.

A primeira fase (geral) estava destinada à comprovação da autoria e da materialidade, e tinha um caráter de investigação preliminar e preparatória com relação à segunda (especial), que se ocupava do processamento (condenação e castigo).

Sob a égide deste sistema processual, foi instituído o chamado Tribunal da Inquirição ou Santo Ofício, com o objetivo de refrear todos os atos que afrontavam

os Mandamentos da Igreja Católica. Era um Tribunal caracterizado pela intolerância e pela busca da "verdade absoluta".

Sobre a influência da Igreja no sistema inquisitório, Felipe Martins Pinto (2006), assevera que:

o sistema inquisitorial, a partir da Idade Média, passa a receber os influxos do Direito Canônico e o órgão julgador, além de decidir o litígio, era incumbido de elaborar a acusação penal, *ex officio* e perscrutar as provas, incluída aí a investigação sobre o acusado que, despido de garantias processuais, era considerado um mero objeto de investigação (PINTO, 2006, p.14).

Fernando Capez define o sistema inquisitório como:

Sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivos pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão (CAPEZ, 2016, p. 72).

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017):

No sistema inquisitivo (ou inquisitório), permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais. O discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que um sujeito de direitos. É que, conforme esse sistema, os direitos de um indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 54).

Assim, pode-se dizer que o Sistema Processual Inquisitório caracteriza-se pela ausência das garantias do contraditório e ampla defesa, de forma que as funções de julgar, acusar e defender estão reunidas em uma só figura: o Juiz.

2.3 O Sistema Brasileiro

Aury Lopes Jr. (2006, p. 161) pontua que,

predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior

repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

Com a Revolução Francesa e a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o processo passou a abandonar o caráter inquisitivo e começou a adotar o sistema hoje em vigor no Brasil.

A Constituição brasileira de 1824 já abordava em seu texto limitações ao *jus puniendi* estatal, traduzidas nos princípios do juiz natural, da anterioridade da lei penal e na proibição de criação dos chamados tribunais de exceção.

A Constituição Brasileira Republicana de 1891, por sua vez, trazia a ideia de separação dos poderes políticos e controle judicial dos atos dos poderes públicos. Assegurou, ainda, a ampla defesa ao acusado.

Em 1934 manteve-se na nova Constituição as garantias já estipuladas nas constituições anteriores.

No ano de 1937, em razão do regime autoritário que assolava o país, a Constituição outorgada não previa garantias constitucionais, que só voltaram a ter espaço na Carta de 1946, que trouxe expressamente em seu texto o princípio do contraditório.

A Constituição de 1967 manteve os direitos à ampla defesa e contraditório, bem como os princípios adotados na primeira constituição brasileira, referentes à vedação aos tribunais de exceção e anterioridade da lei penal.

A Emenda Constitucional de 1969 susteve as garantias e direitos já mencionados nas constituições anteriores.

Em 1988, por fim, com a promulgação da atual Constituição Federal Brasileira, as garantias do contraditório e da ampla defesa foram expandidas, assegurando o exercício dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

O Sistema Processual Acusatório foi o adotado pela Constituição Federal do Brasil de 1988, nos termos do art. 129, I, do referido diploma legal, que conferiu ao Ministério Público a função institucional de promover a ação penal, desmistificando a figura do juiz inquisidor e promovendo a separação entre as funções de acusar e julgar.

Para Távora e Alencar (2017),

[...], este modelo tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo

o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 54).

Fernando Capez (2016, p. 71), por sua vez, define o sistema acusatório como "contraditório, público, imparcial, assegura a ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos".

Diferentemente do sistema inquisitivo, o sistema acusatório tem como premissas as garantias individuais do indivíduo e o devido processo legal, de forma que o réu deixa de ser mero instrumento da persecução penal para se tornar um sujeito de direitos.

Este sistema acusatório, adotado pela Constituição brasileira, deveria irradiar seus efeitos para todo o conjunto de leis infraconstitucionais existentes, de modo a garantir o Estado Democrático de Direito consagrado pelo texto constitucional.

Entretanto, algumas leis, elaboradas durante períodos autoritários e ainda não reformuladas para atender à nova ordem constitucionalista, evidenciam resquícios do retrógrado sistema inquisitivo, maculando a plena democracia e os direitos e garantias consagrados na Constituição Federal de 1988.

Dentre estas leis, encontra-se o Código de Processo Penal brasileiro, que embora tenha sido interpretado à luz do sistema acusatório vigente, ainda guarda em seu texto legal dispositivos incompatíveis com as premissas constitucionais, transparecendo evidente conluio com o malfadado sistema inquisitivo.

Podemos citar, por exemplo, o artigo 5º, inciso II, do CPP, que permite, ainda hoje, a iniciativa da investigação criminal por requisição da autoridade judiciária, o que nos remete à figura do juiz inquisidor.

O artigo 241, de forma semelhante, prevê a possibilidade da própria autoridade judiciária realizar, pessoalmente, a busca e apreensão, o que caracteriza clara junção de poderes em um só indivíduo: o juiz.

Grande demonstração da permanência do sistema inquisitivo no Código de Processo Penal está presente, também, no artigo 385 deste diploma legal, que autoriza que o juiz profira uma decisão condenatória mesmo quando o Ministério Público, titular da acusação, deixa de formulá-la.

Estes e outros dispositivos evidenciam um retrocesso no que diz respeito ao Estado Democrático de Direito e revelam a necessidade de readequação legal, para

atender à ordem social vigente e assegurar as garantias do devido processo, da imparcialidade, da ampla defesa, do contraditório e de outros princípios que, embora previstos na Constituição Federal de 1988, são muitas vezes mitigados por leis infraconstitucionais que não acompanharam a constitucionalização do processo.

3 CONJECTURAS HISTÓRICAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Este capítulo destina-se a realizar uma breve análise acerca da modernização do processo penal brasileiro, indicando as fases mais importantes pelas quais passou e as respectivas realidades sociais em que nasceram as legislações processuais penais, sobretudo a influência que receberam a partir das diversas constituições brasileiras existentes.

O Direito Processual Penal sofreu diversas modificações e passou por constantes evoluções ao longo do tempo. No decorrer da história, as penas foram perdendo o caráter de castigo, de vingança privada, para ressurgirem como verdadeiros meios de correção e endireitamento do acusado. A função de punir deixou a esfera privada, sendo atribuída ao Estado.

Além disso, o curso da história, sobretudo a mais recente, indica uma tendência irreversível – ainda que desmentida em alguns países, por razões que não cabe aqui incursionar – de substituir modelos de justiça criminal em que a preocupação maior do aparato repressivo não seja tanto o rígido controle social pelo Direito Penal, mas antes a proteção do indivíduo contra os abusos e os excessos punitivos do Estado (CRUZ, 2014, *apud* SUNG, 2006, p. 314).

A primeira Constituição brasileira, de 1824, nasceu sob a égide do Império, onde não havia o devido processo legal, já que os poderes emanados do Imperador eram absolutos, contra os quais não recaía qualquer responsabilidade, afastando, inclusive, a ideia de um Poder Judiciário independente.

A Constituição de 1891, inspirada na Constituição norte-americana de 1787, trouxe em seu texto alguns direitos individuais, possibilitando o surgimento do devido processo legal, embora não estivesse expressamente delineado no texto constitucional. Houve também o surgimento do Poder Judiciário, responsável pela proteção e aplicação do direito.

Em 1934, foi promulgada nova Constituição, fruto da Revolução Constitucionalista de 1932, que trouxe mudanças progressistas e procurava organizar um regime democrático no país.

A mudança, entretanto, durou pouco, já que em 1937 foi outorgada nova Constituição, em pleno regime autoritário, pouco se falando acerca dos direitos individuais.

A situação só mudou com a Constituição de 1946, que tinha um capítulo

exclusivo para tratar sobre tais direitos. O devido processo legal, entretanto, continuava sem previsão expressa.

Na época do golpe militar, em 1967 e 1969, os direitos individuais foram novamente deixados de lado, e a alteração dessa realidade social só veio com a promulgação da Constituição de 1988, quem além de prever direitos e garantias constitucionais, abordou de forma expressa o princípio do devido processo legal, em seu artigo 5º, LIV.

3.1 As Legislações Portuguesas

O Brasil foi colônia de Portugal entre os anos de 1500 até 1815, quando fora elevado a Reino Unido de Portugal e Algarves, e independente a partir de 1822, período em que a Coroa portuguesa aplicava sua ordem jurídica em nosso país, tendo como base as Ordenações do Reino, que, por sua vez, compreendiam as Ordenações Afonsina, Manuelinas e Filipinas.

Essas normas eram aplicadas com algumas restrições durante o Brasil colônia, pois necessitavam de adaptações para melhor atenderem a realidade brasileira.

As Ordenações Afonsinas vigoraram de 1500 até meados de 1514 e tinham como base a ideia de hierarquia de normas. Posteriormente, entrou em vigor as Ordenações Manuelinas, época em que vários preceitos e atos normativos foram editados com a finalidade de melhor adaptar a ordenação antecedente à realidade social, designando as fontes do direito, perdurando até o ano de 1603. Por fim, vigoraram as Ordenações Filipinas que tinha como principal objetivo a atualização das leis extravagantes editadas durante o período anterior.

As normas do Direito Português deviam ser observadas pelas Colônias e, subsidiariamente, tinha-se como fonte o direito romano e o direito canônico.

Segundo Leandro Fazollo Cezario (2010), "em 1530 chegou ao Brasil a primeira expedição colonizadora, chefiada por Martim Afonso de Souza, sendo-lhe concedido plenos poderes, tanto judiciais quanto policiais; assim como aos donatários das capitâneas hereditárias, que também gozavam dos mesmos poderes".

Durante o período de colonização portuguesa, criaram-se a Casa da Justiça da Corte, que posteriormente passou a chamar-se de Casa da Suplicação, que nada mais era que um tribunal de apelação; entretanto, em razão do seu fortalecimento ao

longo dos anos, instituiu-se como corte suprema de Portugal.

A Casa da Suplicação passou a ser o intérprete máximo do direito português, constituindo suas decisões assentos que deveriam ser acolhidos pelas instâncias inferiores como jurisprudência vinculante (MARTINS FILHO, 1999, p. 87).

A Corte Superior Brasileira foi criada apenas em 1652, fruto da evolução do Tribunal de Relação da Bahia, que posteriormente foi instalado também no Rio de Janeiro. A partir de então, outras justiças semelhantes foram sendo estruturadas nos demais estados brasileiros, dando início à independência do judiciário nacional, embora os recursos ainda fossem manejados nas instâncias superiores de Portugal.

O Direito Português refletiu inúmeras marcas em nosso atual Código de Processo Penal, especialmente no que diz respeito à divisão de funções desempenhadas pelas partes do processo.

No que diz respeito à Justiça Criminal, não poderíamos haver trilhado pior começo: dividido o território nacional em grandes latifúndios aos quais se deu o nome de Capitânicas Hereditárias, aos seus donatários o Rei de Portugal outorgou plenos poderes jurisdicionais, por meio das “cartas de doação”, as quais concediam ao capitão e ao seu ouvidor (e eventualmente ao Provedor da Fazenda) jurisdição conjunta “com alçada até pena de morte inclusive, em escravos, peões, gentios e cristãos e homens livres” (CRUZ, 2014, *apud* THOMPSON, 1976, p. 76).

Os poderes conferidos aos donatários e a prática escravagista se transformaram em grandes benefícios aos possuidores de terra, que se apropriavam do espaço e tinham regalias em relação ao poder público, já que não havia qualquer fiscalização ou exercício de jurisdição nas capitânicas, podendo exercer seu pleno poder sobre aqueles que lhes eram submissos.

A burocracia e as relações pessoais deram origem a uma cultura jurídica calcada em “relações de parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno” (WOLKMER, 1988, p. 66).

Portugal, contrastando essa realidade, proibia qualquer iniciativa que desse ao Brasil alguma autonomia cultural, econômica ou política. Não havia liberdade de empreender; era vedado estabelecer tipografias e importar livros e não havia ensino superior. Além disso, o comércio e a venda de livros foi severamente controlado ao longo dos três séculos de colonização portuguesa (CRUZ, 2014, p. 181-182).

A ideia do direito na época da colonização, portanto, era pautada na ideia de

que aqueles que tudo tinham tudo podiam; em detrimento de grande parte da população, que era submissa aos colonizadores e grandes detentores de terra, carentes de direitos e garantias individuais e sujeitos aos castigos e sanções impostos de forma imparcial - e muitas vezes injusta - pelos "hierarquicamente superiores".

Tais práticas, que beneficiavam uns e prejudicavam outros, retardava a tão sonhada democracia do povo brasileiro.

3.2 O Código Criminal do Império

O Código Criminal do Império de 1830 substituiu as Ordenações Filipinas e foi posteriormente complementado pelo Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832. As normas deixaram de espelhar-se nas leis portuguesas e tiveram suas influências principais advindas dos códigos criminais franceses, fortemente inspirados pelo pensamento iluminista.

Tratava-se de um código liberal, que adotou o sistema misto (ou reformado), contendo tanto influência dos países da Europa Continental - com características inquisitoriais - quanto dos países anglo-saxões, seguidores do modelo adversarial.

De todo modo, o Brasil optou, com o Código de Instrução Criminal do Império (1832), por manter práticas inquisitoriais que nos colocavam mais próximos do sistema francês do Juizado de Instrução (modelo reformado ou misto) do que do modelo adversarial inglês (CRUZ, 2014, p. 188).

A ausência de um código próprio causou confusões normativas e funcionais, principalmente no que diz respeito à atuação das autoridades judiciárias, promotores e policiais, que estavam constantemente sujeitos a interferências recíprocas em suas atribuições durante a persecução criminal.

A legislação criminal adotada no Império significou uma ruptura em relação às penalidades supliciantes da codificação portuguesa (esquartejamento, amputação, açoites etc.), por privilegiar a aplicação da pena de privação da liberdade (o encarceramento) praticamente inexistente no livro V, mas que foi aplicada predominantemente no Código de 1830 (MORAES, 1923, p. 15).

Embora tenha alcançado alguma evolução com a adoção do encarceramento e o abandono de algumas penas de caráter extremamente cruéis, o Código Criminal do Império ainda previa a pena de morte, os trabalhos forçados, a prisão perpétua e

outras penas degradantes.

Outra característica prevista na lei do império era a ausência de prescrição da pena, o que permitia sua aplicação *ad perpetuam*. A justiça deixou de ser aplicada somente aos escravos e passou a ser direcionada também à população livre, e houve previsão, no texto legal, dos crimes e das sanções a eles aplicadas.

O Código do Império optou por estabelecer três tipos de crimes: os públicos, os particulares e os policiais. Os crimes públicos eram aqueles caracterizados por condutas que afrontavam a ordem política, o império ou o imperador; os privados, por sua vez, caracterizavam-se por práticas contra o indivíduo e a propriedade; os policiais, por fim, eram aqueles crimes praticados em detrimento da civilidade e dos bons costumes.

Sancionado em 1830 e tendo vigorado até 1891, o Código Criminal do Império caracterizava-se pela inviolabilidade dos direitos civis e individualização da pena, que era característica do condenado, não podendo ultrapassar a pessoa do infrator.

3.3 A Necessidade de Constitucionalização do Processo a partir da Constituição da República de 1988

O Código de Processo Penal foi elaborado durante o regime autoritário da Constituição de 1937, que não previa garantias constitucionais aos cidadãos e ignorava o devido processo legal.

Fruto de um sistema processual inquisitivo, foi apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988 - que trouxe a previsão de direitos civis e liberdades públicas - que o processo penal brasileiro começou a apresentar a necessidade iminente de reinterpretação constitucional.

O atual Código de Processo Penal foi publicado em 1941 e foi parcialmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Embora ainda em vigor, o Código de Processo Penal, com o decurso do tempo, deixou de suprir as necessidades de um processo mais harmônico, garantista, igualitário e democrático.

Muito embora tenha passado pela reforma do Projeto de Lei nº 156/09 do Senado, não se pode negar a existência, ainda hoje, de institutos inquisitórios no texto do normativo, que não condizem com o Estado Democrático de Direito acolhido pela Constituição de 1988.

Não se pode aceitar que no Estado Democrático de Direito consagrado pela nossa atual constituição ainda existam a figura do juiz inquisitor e do poder ilimitado do estado, sobretudo, porque tais figuras ferem diretamente os princípios e garantias constitucionais e, mais que isso, atingem a população em seu âmago, em sua dignidade, desrespeitam uma geração de pessoas que por incontáveis anos lutou para que o Brasil vivenciasse a democracia hoje abarcada pelo sistema.

Em razão disso, a arbitrariedade de atos emanados pelo Estado através de seus órgãos jurisdicionais, em especial pelos magistrados, detentores da pretensão punitiva estatal, não pode ser levada às cegas pela população; não pode ser aceita.

Cada vez mais se consolida a ideia de que uma justiça criminal democrática reclama o equilíbrio entre, de um lado, os justos anseios da sociedade por um grau maior de eficiência do sistema punitivo, com a diminuição do nível de morosidade dos processos e de impunidade dos autores de condutas criminosas e, de outro, a não menos cara aspiração de que a atividade repressora do Estado jamais se afaste das conquistas civilizatórias que qualificam e condicionam aquela atividade como formal e substancialmente legítima (CRUZ, 2014, p. 223).

É imprescindível que haja uma reforma processual, principalmente, em termos penais, para que o processo penal brasileiro passe por uma humanização e democratização compatível com a Constituição Federal de 1988.

Uma leitura constitucional e convencional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, do devido processo (GIACOMOLLI, 2014, p. 13).

Ainda existem muitos dispositivos processuais penais que precisam passar por uma filtragem constitucional, a exemplo dos artigos 5º, II; 156; 241; 385 e outros do CPP tantos que continuam em vigor, evidenciando clara contradição entre os preceitos processuais e constitucionais e até mesmo confusão entre as próprias normas penais, que ora adotam o sistema acusatório, ora regredem para o sistema inquisitório.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
(...)

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou

a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.

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.

Estes dispositivos refletem a figura do juiz inquisidor, próprio do sistema inquisitivo, onde as funções de julgar, acusar e defender estavam reunidas neste único indivíduo, que ditava a ação penal.

Muito embora algumas alterações estejam sendo feitas no decorrer dos anos, trazendo maior eficiência ao processo penal, este perde em se tratando de garantismo, ao não assegurar ao réu, sujeito de direitos, todas as garantias instituídas pelas Constituição Federal de 1988.

Assim, enquanto não realizada a elaboração de um novo processo, é imprescindível a tarefa do legislador e do operador do direito de interpretação das normas penais à luz da Constituição, de modo a afastar todo e qualquer resquício de sistemas já rejeitados e ultrapassados em razão da nova ordem constitucional instaurada e do consagrado Estado Democrático de Direito.

4 AS FUNÇÕES DO MAGISTRADO

No presente capítulo fazer-se-á uma sucinta abordagem sobre os poderes conferidos ao magistrado durante a persecução penal, analisando as mudanças das funções atribuídas ao juiz ao longo da história, além de abordar, em uma perspectiva democrática, os sujeitos que compõem a ação penal.

O Juiz é o órgão estatal que tem o dever de conduzir o processo até a decisão final. Para Eugênio Pacceli Oliveira (2003),

a necessidade de superação de um modelo processual de feição inquisitiva trouxe, como consequência mais importante do advento do sistema acusatório e do sistema *adversary* (sistemas de partes, do direito anglo-americano), a preocupação com a imparcialidade do juiz (OLIVEIRA, 2003, p. 409).

A mudança é óbvia. Anteriormente, na égide do sistema inquisitivo, reuniam-se na figura do juiz todos os poderes de julgar, defender e acusar, o que implicava em uma postura imparcial na condução processual, pois inexistiam o contraditório e a ampla defesa.

Com a instauração do sistema acusatório, escolhido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, para melhor assegurar as garantias individuais do indivíduo e garantir um judiciário pautado nos princípios fundamentais do devido processo legal, as funções de julgar, acusar e defender foram distribuídas a órgãos diversos com o fim de assegurar a imparcialidade do juiz e, finalmente, permitir a existência de um processo pautado no contraditório e ampla defesa.

Essa garantia de imparcialidade, de suma importância, ganhou maior efetividade com a redação dos artigos 252 a 256 do CPP, que tratam das causas de impedimento e suspeição do magistrado, que pode ser afastado da ação nos casos em que sua imparcialidade seja duvidosa.

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

- I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
- II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
- III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
- IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Art. 255. O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo.

Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.

As causas de impedimento podem ser alegadas a qualquer tempo no processo e possuem rol taxativo, enquanto as causas de suspeição estão sujeitas à preclusão temporal e possuem rol meramente exemplificativo.

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 1100), "os atos processuais da autoridade judiciária podem ser divididos em (1) provimentos e (2) atos reais ou materiais". Os provimentos seriam os despachos de mero expediente, decisões interlocutórias e definitivas, enquanto os atos reais ou materiais se subdividiriam em atos instrutórios e de documentação.

Resumidamente, estes são os atos que o juiz pode adotar durante o decorrer processual.

Essa atuação da autoridade judiciária foi rigorosamente mitigada ao longo dos anos para dar espaço a um processo livre de interferências arbitrárias e parciais, permitindo que os sujeitos da ação agissem, durante a persecução criminal, cada qual dentro de suas atribuições, contribuindo para um julgamento mais justo.

4.1 A definição democrática de sujeitos processuais

Para Tourinho Filho (2003, p. 32-33), "sujeitos processuais são todas as pessoas que atuam no processo: juiz, partes, auxiliares da Justiça, testemunhas,

dentre outros".

No direito penal são sujeitos processuais o juiz, o Ministério Público ou o querelante (parte ativa), o acusado, que é a parte passiva da relação jurídica processual e os demais auxiliares da justiça.

Estes sujeitos dividem-se em duas categorias:

(1) principais ou essenciais: aqueles cuja existência é fundamental para a construção da relação jurídica processual regularmente instaurada - são o juiz, o acusador e o acusado;

(2) e secundários, acessórios ou colaterais: sujeitos que poderão intervir a título eventual com o objetivo de deduzir uma determinada pretensão, a exemplo do assistente de acusação e do terceiro interessado (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p.858).

Os sujeitos processuais exercem cada qual sua função, essencial para o devido processo legal e para a manutenção e exercício do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal.

Essas funções correspondem, respectivamente, a três ofícios: acusador, defensor e julgador. De maneira geral, ao acusador incumbe a acusação e a colheita de prova(s) acerca do(s) fato(s), a fim de se acertar a responsabilidade, bem como buscar a condenação às penas estabelecidas pela lei. Ao defensor se atribui a defesa técnica do acusado, que tem a tarefa de zelar pelo cumprimento dos seus direitos e de apresentar oposição à tese acusatória, a fim de se demonstrar o não cabimento da acusação e a inocência do acusado, apresentando, eventualmente, provas. Ao julgador cabe examinar ambas as teses, valorar as provas e decidir, de maneira imparcial, afirmando qual é a que melhor se adequa a realidade fática, e adotar os procedimentos estabelecidos pela lei para o acertamento do caso penal (FINI, 1967, p. 6).

Ao Juiz incumbe manter a ordem dos atos processuais no conduzir da ação. Ele exerce os chamados "poderes de polícia" ou "poderes administrativos".

Ao Ministério Público, titular da ação penal pública, incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme previsão do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, o que lhe confere também a função de fiscal da lei.

Para Manuel Sabino Pontes (2006), "no campo penal, a missão do Ministério Público é promover a acusação de forma eficiente, independente e desprovida de qualquer sentimento que não seja o de Justiça".

Decerto que, a despeito de ainda termos vestígios de um arraigado inquisitorialismo em nossa tradição jurídica, adotamos, nessa configuração

pós-1988, uma estrutura processual de cariz acusatório. Daí se explica a titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, inc. I da CF), com a conseqüente não recepção (ou inconstitucionalidade, a depender do caso) de diversos dispositivos do Código de Processo Penal e de leis extravagantes em dissintonia com essa legitimação ministerial (CRUZ, 2014, p. 209).

Por figurar no polo ativo da ação penal, o Ministério Público não está sujeito à imparcialidade, mas a ele são atribuídas as mesmas causas de impedimento e suspeição destinadas aos magistrados.

4.2 A função jurisdicional no Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, e ao adotar o sistema processual acusatório limitou as possibilidades de atuação jurisdicional do magistrado.

Jurisdição é o poder-dever pertinente ao Estado-Juiz de aplicar o direito ao caso concreto. Como a autotutela foi banida, em regra, do ordenamento, coube ao Poder Judiciário a missão constitucional de certificar o direito, dirimindo as demandas que lhe são apresentadas (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 373).

Assim, a jurisdição é uma função do Estado, exercida através do magistrado, para aplicar a lei ao caso concreto.

Para assegurar o sistema acusatório, o juiz deve ser dotado de imparcialidade durante a condução processual, o que levou o constituinte a determinar, inicialmente, a investidura no cargo de primeira instância através da realização do concurso público de provas e títulos.

Outro instituto que garante tal imparcialidade, são os dispositivos que tratam da suspeição e impedimento do magistrado, previstos nos artigos 252 a 256 do Código de Processo Penal.

Para exercer a função jurisdicional, o magistrado deve possuir capacidade subjetiva, que caracteriza-se pelo preenchimento dos requisitos legais para ocupação do cargo (como exigência de aprovação em concurso público) e pela imparcialidade; e capacidade objetiva, que nada mais é que a competência jurisdicional.

O exercício da função jurisdicional pode ser ordinário ou extraordinário. Diz-se ordinário quando a prestação jurisdicional é realizada pelos órgãos integrantes do

Poder Judiciário. Diz-se extraordinário, por sua vez, quando aplicada pelos órgãos do Poder Legislativo.

A jurisdição, no Estado Democrático de Direito, é dotada de princípios fundamentais, tais como o princípio da investidura, da indelegabilidade, do juiz natural, da inafastabilidade, da inevitabilidade, da correlação e do devido processo legal.

Por fim, as principais características da jurisdição são a inércia, a substitutividade, a lide, a atuação do direito e a imutabilidade. Esses princípios e características, atribuídos à função jurisdicional, servem para garantir um processo justo, livre de parcialidade e pautado nos preceitos constitucionais, garantindo a democracia e o sistema processual acusatório acolhidos pela Constituição de 1988.

4.3 O conceito de sentença

Para Ovídio Araújo Baptista Silva (2002, p. 20), "sentença é o ato pelo qual o juiz diz o direito, pondo fim ao procedimento, ou pelo menos encerrando a controvérsia a respeito de uma das ações cumuladas".

Fernando Capez (2016, p. 709), define sentença como sendo "a decisão definitiva que o juiz profere solucionando a causa. Melhor dizendo, é o ato pelo qual o juiz encerra o processo no primeiro grau de jurisdição, bem como o seu respectivo ofício".

Por sua vez, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 1.101), asseveram que:

O processo penal não se resume ao de natureza condenatória. Em processo penal não condenatório, ou mesmo em processos desta natureza, sentenças de outras espécies poderão ter lugar, tais como sentenças declaratórias, executivas, mandamentais ou constitutivas, em conformidade com a natureza do processo penal respectivo.

Assim, pode-se concluir que a sentença é o ato pelo qual o juiz encerra a instrução criminal no juízo de primeiro grau, proferindo uma decisão favorável ou não ao réu.

Esta decisão, conforme salientado por Távora e Alencar, pode apresentar natureza jurídica diversa, ou seja, pode ser meramente declaratória, assim como também pode ser constitutiva, mandamental, executiva ou condenatória.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Neste capítulo, discutir-se-á acerca da inconstitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal e sobre sua incompatibilidade com os princípios do devido processo legal, da correlação e da imparcialidade, além de abordar como o tema vem sendo decidido atualmente pela jurisprudência.

Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha adotado o sistema processual acusatório e mesmo tendo passado por algumas reformas desde sua publicação em 1941, o Código de Processo Penal ainda apresenta resquícios do sistema processual inquisitivo.

Como exemplo de que este sistema processual, já revogado tacitamente pela CRFB/88, ainda encontra espaço no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se o artigo 385 do Código de Processo Penal, em clara contradição às garantias constitucionais: "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".

Muito se discute acerca da constitucionalidade desta norma penal.

Para Aury Lopes Júnior (2013, p. 749), o dispositivo "representa uma clara violação do Princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, pelo exercício da pretensão acusatória".

Isso porque no sistema acusatório as funções de julgar e acusar foram distribuídas a pessoas distintas. Ao Ministério Público foi atribuído o *jus accusationis*, ou seja, é ele o titular da ação penal, que exerce a acusação, de forma que, opinando pela absolvição do acusado, o próprio Parquet lança mão da sua função acusatória, que não pode ser suprida pelo magistrado, sob pena de violação aos princípios da imparcialidade, do devido processo legal, da impessoalidade e até mesmo da presunção de inocência.

Ainda mais importante é reconhecer que no processo constitucional a decisão do magistrado deve ser fruto de uma participação conjunta entre sujeitos processuais que atuaram na ação, não se admitindo decisões isoladas do juiz, baseadas na sua auto convicção acerca da culpabilidade do réu.

No processo democrático, não há mais espaço para a identificação de uma decisão isolada e proferida pelo agente julgador desvinculada da estrutura procedimental criada pelo devido processo, formal e materialmente com esteira constitucional, mas na projeção técnico-normativa da decisão, democraticamente compartilhada pelas partes (SOARES, 2016, p. 225).

Importante ressaltar que:

[...], no processo em sua compreensão democrática, o discurso de aplicação do Direito jamais se vinculará ao agir solitário do Estado-Juiz na interpretação-aplicação da norma como se o magistrado estivesse legitimado a decidir fora da participação das partes na estrutura do procedimento, de modo a qualificar o debate sobre as questões de direito e de fato a partir da argumentação probatória (SOARES, 2016, p. 96).

O processo deve ser estruturado e democrático, respeitando o sistema acusatório acolhido pela Constituição Federal de 1988. O juiz não é mais o titular da ação penal, nele não mais se reúnem todas as funções processuais. O réu deixa de ser objeto da persecução criminal e, em razão dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, passa a atuar ativamente no processo.

Aquele que é afetado pela decisão jurisdicional deve entender e participar de sua elaboração, afastando-se os juízos íntimos condicionantes da atividade estatal como meio de efetivação dos anseios do agente julgador ou mesmo da apresentação dos interesses dos socialmente estabelecidos, adequando as práticas jurisdicionais ao processo na construção do Estado Democrático de Direito, enquanto efetiva garantia dos direitos fundamentais (SOARES, 2016, p. 229).

Assim, reconhecendo que a constitucionalização do processo refletiu maior participação das partes na ação e de que em razão do sistema acusatório as funções de acusar e de julgar foram atribuídas a órgãos distintos, é possível concluir que a decisão de primeira instância deve ser construída a partir da atuação conjunta dos sujeitos processuais, não podendo o magistrado proferir uma sentença além do que foi produzido e discutido durante a persecução criminal, sob pena de inconstitucionalidade.

Portanto, manifestada pelo Ministério Público a ideia de inocência do acusado, após longo período de produção de provas e instrução criminal, não pode o magistrado suprir a função acusatória do Parquet, proferindo uma decisão condenatória isolada e desvinculada dos autos.

A uma, porque a condenação depende de uma manifestação acusatória, que só pode ser exercida pelo Ministério Público. A duas, porque, ainda que diante da

ausência de acusação pelo órgão acusador, o juiz não possui capacidade para exercer esta função, sob pena de violar o sistema processual adotado constitucionalmente. A três, porque nenhuma decisão pode ser fundamentada na convicção pessoal do julgador, sob pena de violação do princípio da imparcialidade e da fundamentação das decisões judiciais.

Entender de forma diversa seria possibilitar que o juiz reunisse entre suas atribuições os deveres de acusar e julgar, ressuscitando a figura do juiz inquisidor, típico do sistema processual inquisitivo que não mais é utilizado em nosso ordenamento jurídico.

Nesses termos, conclui-se pela inconstitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, pois não é possível ao magistrado decidir de forma contrária ao que foi construído no decorrer processual pela atuação conjunta dos sujeitos da ação.

5.1 O devido processo: a noção de contraditório

O devido processo legal encontra amparo na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LIV, que dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Trata-se de um princípio constitucional segundo o qual para que um ato seja considerado válido ele deve obedecer a forma legal.

Para Giacomolli (2014),

O devido processo é o constitucional e convencional, o justo processo, muito além da normatividade ordinária. É aquele capaz de assegurar a proteção dos direitos humanos no plano concreto, por meio de uma teia de garantias forjadas em sua historicidade, na complexidade normativa doméstica e internacional (GIACOMOLLI, 2014, p. 79).

Constitucionalmente falando, a noção de devido processo engloba não só a obediência à norma, mas também os direitos e garantias assegurados às partes. O direito de ser julgado pelo órgão competente e imparcial, o direito de defesa, o direito de participação, o direito de produzir provas válidas, o direito de ser assistido por advogado, etc.

Na construção do Estado Democrático de Direito, o Processo Constitucional deve ser entendido como teoria por justamente abarcar a elucidação do

ordenamento jurídico por meio de sistêmica e pujante análise constitucionalizada, seja na definição de competências institucionalmente manifestas e controle dos pronunciamentos do Estado ou pela legitimidade democrática dos discursos interpretativos da norma pela efetivação dos direitos fundamentais (e conseqüente identificação do sujeito constitucional enquanto parte do processo de produção e interpretação dos enunciados) (SOARES, 2016, p. 103).

O processo deve ser justo, sem a supressão de atos essenciais. Deve ser garantido o contraditório e a ampla defesa, a possibilitar que a parte tenha vista dos documentos e atos processuais, deles se manifestando, contribuindo para o convencimento motivado do juiz que, ao final, dará sua decisão - levando em conta toda a formação processual construída pela participação mútua dos sujeitos da ação.

Ao basear-se no afastamento da subjetividade do agente público julgador na produção e conseqüente manifestação do Estado-Judiciário, a qual não se torna possível ante o atual arcabouço democrático juridicamente estabelecido em nosso ordenamento, tem-se que o Processo Constitucional, nas considerações de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, é metodologia que permite a criação de uma estrutura "*construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação do seu ato decisório imperativo*", por meio da influência dialético-discursiva do sujeito constitucional no resultado decisório (SOARES, 2016, p. 104-105).

Trata-se de princípio constitucional que delinea todo o processo, limitando a atividade do juiz e do próprio legislador, pois deve obediência aos direitos e garantias assegurados constitucionalmente ao cidadão, não podendo, portanto, existir violação da liberdade do acusado sem que antes exista o devido processo legal.

O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meio do devido procedimento (procedural due process); a segunda, material, reclama no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (substantive due process of law) (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 88).

Portanto, o devido processo legal deve ser, antes de tudo, uma garantia do acusado contra os excessos do Estado na aplicação da lei.

A CF de 1988, além de estabelecer uma nova ordem política e social, delinea uma nova ordem jurídica, com profundos reflexos no processo penal. Este deixou de ser mero instrumento utilizado para condenar e

aplicar as penas ou para absolver, na medida em que tutela direitos e garantias, conformadores do processo, tornando-se obrigatórios no espaço dinâmico do processo, cuja garantia compete ao terceiro imparcial (devido processo). A democracia da nova ordem constitucional reflete na democratização do processo, sem supremacia das partes ou do julgador, mas com delineamento de funções a cada sujeito, as quais são interdependentes e constroem uma gama de decisões a cada situação criminal tensionada no espaço público processual. Em cada caso penal incidirão regras processuais referenciadas pela hermenêutica constitucional, no direcionamento da tutela jurisdicional efetiva (GIACOMOLLI, 2014, p. 80).

Não existe devido processo sem contraditório.

O princípio do contraditório está assegurado constitucionalmente no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que prevê que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Este princípio garante o direito de participação do réu na ação penal, que tem o direito de produzir provas, de se manifestar, de ser intimado de todos os atos, possibilitando que ele influencie diretamente a decisão final.

A garantia do contraditório propicia às partes o exercício processual dialético e participativo, após o conhecimento das proposições, alegações, provas, matéria fática, teses jurídicas, contribuindo e influenciando na construção do processo e do *decisum* de forma democrática. Portanto, sua função vai além do conhecimento do alegado e da reação à acusação e às alegações contrárias, abarcando a perspectiva de influir no processado e no próprio *decisum*. Por isso, o debate contraditório constrói uma decisão mais justa ou menos injusta, mais aproximativa da certeza processual, reduzindo o grau de descontentamento. Portanto, a democracia constitucional encontra no contraditório um dos elementos à sua concretização e efetividade (GIACOMOLLI, 2014, p. 150).

Nesses termos, conclui-se que não há devido processo sem contraditório, pois este é inerente àquele. O contraditório é meio de efetivação e concretização do devido processo legal e da democracia constitucional vigente.

5.2 O princípio da correlação e a imparcialidade

O princípio da correlação preleciona que o conteúdo da sentença deve guardar estrita relação com o fato narrado na denúncia ou queixa. Trata-se de garantia ao acusado de que ele não será condenado sem que tenha prévio e integral conhecimento dos fatos que lhe são imputados, de forma pormenorizada, permitindo que ele se defenda da acusação que lhe é feita.

Iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da *res in judicio deducta*, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao Juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e nos limites das exceções deduzidas pelo réu. Isto é, o Juiz não pode dar mais do que foi pedido, não pode decidir sobre o que não foi solicitado (TOURINHO FILHO, 2003, p. 50).

Nesses termos, percebe-se que o juiz está adstrito aos fatos narrados na denúncia, sobre os quais constituiu-se a ação penal.

Não pode haver julgamento *extra* ou *ultra petita* (*ne procedat iudex ultra petitem et extra petitem*). A acusação determina a amplitude e conteúdo da prestação jurisdicional, pelo que o juiz criminal não pode decidir além e fora do pedido em que o órgão da acusação deduz a pretensão punitiva. Os fatos descritos na denúncia ou queixa delimitam o campo de atuação do poder jurisdicional (MIRABETE, 2000, p. 164).

O princípio da correlação está intimamente ligado com os institutos previstos nos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal que tratam, respectivamente, da *emendatio libelli* e *mutatio libelli*.

O artigo 383 do Código de Processo Penal prevê que "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave". Ocorre, quando o juiz entende que os fatos narrados na denúncia ou queixa tem tipificação diversa da apontada na inicial acusatória, permitindo, assim, que o magistrado aponte de ofício a correta definição jurídica do fato.

Caso diferente ocorre com a *mutatio libelli*, onde o juiz conclui que os fatos narrados na inicial não correspondem com os fatos provados durante a persecução criminal, devendo os autos serem encaminhados ao Ministério Público para aditamento da denúncia.

Assim, dispõe o artigo 384, *caput*, do Código de Processo Penal:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli* não afrontam o princípio da correlação, do contraditório e do devido processo legal.

No caso da *emendatio libelli*, os fatos continuarão sendo os mesmos narrados na denúncia, sendo diversa apenas a tipificação legal. Assim, o acusado continuará tendo ciência da conduta a ele imputada e poderá se defender normalmente sobre os fatos contidos na inicial, que permanecerão no momento da decisão.

Na *mutatio libelli*, por sua vez, embora a narrativa fática seja alterada, é dada ao réu a oportunidade de se manifestar sobre eventual aditamento da denúncia realizado pelo Ministério Público, não havendo, portanto, qualquer ofensa aos princípios do devido processo e contraditório.

O princípio da correlação, também conhecido como princípio da congruência, tem íntima relação com o princípio da imparcialidade, pois exige que o magistrado se atenha aos fatos contidos na inicial acusatória, afastando a possibilidade de que o juiz conduza o processo a seu bel-prazer.

A imparcialidade se constitui em um componente essencial da atividade jurisdicional, tanto como valor ou qualidade estruturante da função jurisdicional (melhor comportamento), bem como um verdadeiro princípio, entendido como padrão a ser observado, como conduta devida, um "princípio-garantia", como desenvolvido por André Maya: "Mais adequado conceituar imparcialidade como um princípio supremo do processo (...), pois dela decorre uma vinculação da conduta dos magistrados, que devem comportar-se na condução do processo como terceiros alheios aos interesses das partes". Ainda conforme o autor: "Esse o padrão a ser observado, o comportamento a ser adotado, o mandamento de otimização que se depreende da compreensão do processo como uma estrutura heterônoma de reparto, como condição de legitimidade da atividade jurisdicional" (GIACOMOLLI, 2014 apud MAYA, 2011, p. 117).

O princípio da imparcialidade nada mais é do que a garantia do acusado de que o magistrado não se utilizará de juízos de valor (de caráter pessoal) para julgar a ação, bem como de que o processo será devidamente conduzido conforme os ditames legais.

Em uma aproximação subjetiva, a imparcialidade identifica a inexistência de prejuízos, de preconceitos inautênticos ou indevidamente adquiridos que possam viciar o julgamento, traduzindo-se na inexistência de uma convicção pessoal prévia acerca do objeto do julgamento, de uma opinião sobre o caso penal, ou sobre os sujeitos e partes envolvidos, um tomar partido antecipado sobre determinado problema criminal, ou um aderir às razões de uma das partes antes do momento processual estabelecido. (...) Contudo, desde uma perspectiva objetiva, não basta ao julgador prestar a tutela jurisdicional efetiva, "fazer justiça", mas faz-se necessário mostrar à sociedade e à comunidade jurídica que a "justiça" está sendo feita (GIACOMOLLI, 2014, p. 234-235).

O princípio da imparcialidade é previsto constitucionalmente no artigo 5º, XXXVII e LIII, que vedam o juízo ou tribunal de exceção e garantem que o processo e a sentença sejam conduzidos pela autoridade competente. A efetividade desta norma é assegurada, também, pelos institutos que tratam da suspeição e impedimento do magistrado.

5.3 Análise jurisprudencial

Atualmente, o entendimento pacífico exarado pelo Superior Tribunal de Justiça é o de que o artigo 385 do Código de Processo Penal foi integralmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não sendo inconstitucional, portanto, a sua aplicação.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 241 DO ECA. CONDENAÇÃO PAUTADA EM ELEMENTOS FÁTICOPROBATÓRIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE, NA PRESENTE VIA RECURSAL. ÔBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO PARQUET. NÃO VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO. DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ART. 385 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O simples reexame de provas é inviável na via do recurso especial (Súmula 7/STJ). 2. O pedido de absolvição do denunciante não vincula o julgador, que tem liberdade de decidir de acordo com seu livre convencimento. 3. Agravo regimental improvido.

(STJ - HC: 229331 SP 2011/0310013-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 27/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/04/2012)

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. 3. Ordem denegada.

(STJ - HC: 229331 SP 2011/0310013-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 27/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/04/2012)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, tem inovado na questão, entendendo pela impossibilidade de aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal, por manifesta violação ao sistema acusatório.

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. 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 (Recurso Crime Nº 71005529557, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 21/03/2016). (TJ-RS - RC: 71005529557 RS, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Data de Julgamento: 21/03/2016, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/03/2016)

Muito embora o entendimento majoritário seja pela constitucionalidade e recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal, não pode-se deixar de reconhecer a existência do surgimento de um entendimento, embora minoritário, pela inconstitucionalidade da referida norma processual penal.

Em que pese poucos julgados defenderem, atualmente, a impossibilidade de condenação do acusado ante o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, não se pode negar o grande avanço e inovação jurisprudencial.

Finalmente, aliados ao bom senso e à interpretação constitucional e humanitária da norma processual penal, os magistrados tem acolhido a tese de inconstitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, por clara violação ao sistema acusatório, ao Estado Democrático de Direito e aos princípios constitucionais.

6 CONCLUSÃO

Com a realização da presente monografia e diante dos fundamentos já apresentados, conclui-se pela inaplicabilidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, por se tratar de dispositivo que não está em conformidade com os princípios constitucionais e com o sistema processual acusatório adotado pela Constituição de 1988.

O sistema acusatório cuidou em separar as funções de acusar e julgar, atribuindo-as a órgãos diversos, a fim de garantir o devido processo legal, livre de arbitrariedades.

Entende-se que a função de julgar, atribuída ao magistrado, está condicionada ao exercício da função acusatória pelo Ministério Público, órgão competente para propor a ação penal pública.

Assim, quando o próprio titular da ação entende pela sua improcedência, não compete ao juiz suprir a ausência do *jus accusationis*, por ser função exclusiva do promotor, mas tão somente consentir com o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, sob pena de violação do Estado Democrático de Direito e dos princípios constitucionais.

A existência de dispositivos inquisitivos no Código de Processo Penal, a exemplo do artigo 385 do referido texto legal, revela a necessidade de urgente reforma processual, para melhor adequação aos preceitos instituídos na Constituição de 1988.

Ainda que o Código de Processo Penal tenha passado por breve reforma, através do Projeto de Lei nº 156/09 do Senado, existem, ainda hoje, normas processuais penais em evidente discordância com o sistema processual acusatório, ameaçando a ordem constitucional por não respeitar o Estado Democrático de Direito, exigindo a readequação legal.

Em assim sendo, conclui-se que o artigo 385 do Código de Processo Penal revela-se como dispositivo arbitrário e ultrapassado, que não merece aplicabilidade por tratar-se de norma inconstitucional, violadora dos princípios da imparcialidade, da correlação e do devido processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça (T5 - quinta turma). *Habeas Corpus no 229331 SP 2011/0310013-8*. Relator: Laurita Vaz. São Paulo, 27 de março de 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21558847/habeas-corpus-hc-229331-sp-2011-0310013-8-stj>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (turma recursal criminal). *Recurso Crime no 71005529557 RS*. Relator: Luiz Antônio Alves Capra. Rio Grande do Sul, 21 de março de 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322874680/recurso-crime-rc-71005529557-rs>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CEZARIO, Leandro Fazollo. *A estrutura jurídica no brasil colonial. Criação, ordenação e implementação*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 72, jan 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7088>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Direito Processual Penal. *Revista Direito em Ação*, Brasília, v. 12, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5867/3814>>. Acesso em: 05 de junho de 2018.

FINI, Nicola. Apunti di diritto comparato sul processo accusatorio e sul inquisitório. In: AA.VV. *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*. V. IV. Giuffrè, 1965, p. 5-57, p. 6.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/86092/1999_filho_martins_evolucao_historica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 de junho de 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Evaristo de. *Prisões e instituições penitenciárias no Brasil*. Rio de Janeiro: Livr. Ed. Conselheiro Candido de Oliveira, 1923.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PONTES, Manuel Sabino. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma crítica aos argumentos pela sua inadmissibilidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 1013, 10 de abr. de 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8221>>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

_____. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma crítica aos argumentos pela sua inadmissibilidade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8221>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOARES, Igor Alves Noberto. *O Tribunal do Júri em sua compreensão processualmente democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 25. ed., 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.