



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LAYLA DANIELLE LIMA SANTOS

**(IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA SENTENÇA
CONDENATÓRIA PROLATADA ANTE O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Salvador

2018

LAYLA DANIELLE LIMA SANTOS

**(IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA SENTENÇA
CONDENATÓRIA PROLATADA ANTE O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Misael Neto Bispo da França.

Salvador

2018

LAYLA DANIELLE LIMA SANTOS

**(IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA SENTENÇA
CONDENATÓRIA PROLATADA ANTE O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 17 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Misael Neto Bispo da França - Orientador_____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia.

Thaís Bandeira Oliveira Passos_____

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia.

Thaize de Carvalho Correia_____

Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

Após esta longa trajetória, trilhada com muito afinho e dedicação, finalmente este trabalho foi concebido. Credito toda a minha gratidão àqueles que se propuseram a percorrer este caminho comigo, fazendo-se essenciais para tornar possível a concretização de mais um objetivo.

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me guiado no decorrer desta caminhada, que não foi fácil. A Ele atribuo toda conquista, por não me ter permitido desanimar diante dos tantos percalços enfrentados, concedendo-me forças para avançar e impedindo que a dor suplantasse a fé na vitória.

Aos meus pais, que, mesmo de longe, foram, como sempre, suporte e força que me impulsiona a voos cada vez mais altos.

À minha querida irmã Maria Letícia, por ser alegria constante até nos dias mais nublados.

Ao professor Misael França, pela sua solicitude e todo o auxílio prestado na condução deste trabalho, bem como aos docentes que me fizeram despertar a afeição pela área do Direito na qual pretendo seguir, Selma Santana, Gamil Föppel, Thaize de Carvalho e Thaís Bandeira. Aos demais professores que, igualmente, foram grandes incentivadores e muito contribuíram para a minha formação, sobretudo a Salomão Viana e Joseane Suzart.

Aos funcionários da FDUFBA, por serem apoio a todo instante. A Lucas e a Flor, pela disponibilidade e empenho em realizar mais do que o possível para ajudar.

A todos os meus amigos, que foram estímulo e amparo a todo momento, especialmente a Paulinha, Tayara, Fabrina, Thamires, Geneth, Renério, Iohanna e, ainda, a Amanda, que foi crucial para a conclusão desta monografia.

Agradeço a todos que, direta ou indiretamente, cooperaram com a elaboração deste trabalho, com a torcida para um desfecho positivo. Muito obrigada!

SANTOS, Layla Danielle Lima. **(In)compatibilidade constitucional da sentença condenatória prolatada ante o pedido de absolvição do Ministério Público**. 89 f. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador – 2018.

RESUMO

A presente monografia trata da compatibilidade constitucional da sentença penal condenatória proferida em face do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público em alegações finais. Em homenagem à Constituição da República de 1988, justifica-se o tema em virtude da celebração dos seus 30 anos em vigor, com o fim de tomar-se apontamentos acerca da sua projeção no processo penal, tendo em vista o sistema acusatório por seu texto consagrado. Para o deslinde da questão, buscou-se, a partir do marco constitucional, lançar as bases para a construção de um processo penal democrático, evidenciando-se a necessidade de conformação do processo penal ora vigente aos ditames da Carta Maior. Em seguida, passou-se a discorrer sobre os papéis constitucionalmente demarcados para os sujeitos processuais penais, destacando-se a função de parte que exerce o MP como forma de garantir a necessária imparcialidade que deve guiar a atuação do órgão julgador. Subsequentemente, tratou-se dos princípios cuja observância se faz mister para a construção da sentença penal, sobretudo a de natureza condenatória, enfatizando-se a presunção de inocência, a correlação entre acusação e sentença, para, logo após, realizar-se o cotejo do artigo 385 do Código de Processo Penal com os ditames constitucionais, traçando-se uma breve análise do artigo 420 do PLS 156/2009 (Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal) em face do sistema acusatório. Por derradeiro, analisou-se se a sentença penal condenatória prolatada ante o pedido absolutório ministerial se conforma ao texto constitucional, utilizando-se o substrato teórico condensado ao longo do trabalho com base no programa desenhado pela Constituição para o processo penal. Finalmente, com o propósito de interligar o estudo a um objeto empírico, foram empregadas as elucidações teóricas suscitadas no trabalho para proceder ao exame da fundamentação das sentenças penais condenatórias prolatadas em desconformidade ao pedido do Ministério Público no âmbito do primeiro grau do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, entre os anos de 2010 e 2018. Conclui-se no sentido de que a decisão penal condenatória nestes moldes proferida não guarda compatibilidade constitucional, na medida em que a sua prolação afronta o sistema acusatório proclamado pela Magna Carta.

Palavras-chave: PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO – MINISTÉRIO PÚBLICO – ABSOLVIÇÃO – ART. 385 DO CPP – SENTENÇA CONDENATÓRIA.

SANTOS, Layla Danielle Lima. **Constitutional (in)compatibility of condemnation sentence pronounced in front of the Public Prosecution's Office acquittal request.** 89 p. 2018. Monograph (Bachelor) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

This monograph deals with the constitutional compatibility of the criminal condemnation pronounced in front of the acquittal requested by the Public Prosecution Office in final allegations. To homage the Constitution of the Republic of 1988, the theme is justified by celebration of its 30 years in force, in order to take notes on its projection in the criminal process, in view of the accusatory system by its text consecrated. In order to delineate the question, it was sought, starting from the constitutional framework, to lay the foundations for the construction of a democratic criminal process, evidencing the necessity to conformation of the criminal process now in force to the dictates of the Major Charter. Afterwards, it was discussed the roles constitutionally demarcated for the criminal procedural actors, standing out the function of part that exercises the Public Prosecution as a way of guaranteeing the necessary impartiality that should guide the performance of the judicial body. Subsequently, it dealt with the principles whose observance is essential for the construction of the criminal sentence, especially to declare a condemnation verdict, emphasizing the presumption of innocence, the prosecution and sentence correlation, to proceed, after, a comparison of article 385 of the Criminal Procedure Code to the constitutional dictates, outlining a short analysis of article 420 of PLS 156/2009 (Criminal Procedure Code's Preliminary Draft Reform) in front of the accusatory system. Lastly, it was analyzed whether the condemnatory criminal sentence pronounced faced with the ministerial acquittal conforms with the constitutional text, using the theoretical substrate condensed throughout the work, based on the program designed by the Constitution for the criminal process. Finally, with the purpose of linking the study to an empirical object, the theoretical elucidations raised in the work were used to proceed to the examination the grounds of condemnation criminal sentences ordered in disagreement with the request of the Public Prosecutor, in the first instance field of the Court of Justice of the State of Bahia, between 2010 and 2018. It is concluded that the condemnatory criminal decision thus uttered doesn't keep constitutional compatibility, insofar its pronouncing violates the accusatory system proclaimed by the Constitution.

Keywords: DEMOCRATIC CRIMINAL PROCEDURE – PUBLIC PROSECUTION OFFICE – ACQUITTAL – ARTICLE 385 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE - CONDEMNATION SENTENCE.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA	10
2.1 A IMPRESCINDÍVEL CONFORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL À CONSTITUIÇÃO	13
2.2 A DICOTOMIA ACUSATÓRIO-INQUISITIVO	15
3 A POSIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE DELIMITADA PARA OS SUJEITOS PROCESSUAIS PENAIS	20
3.1 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO ÓRGÃO ACUSADOR.....	20
3.2 O PAPEL DO JUIZ E A NECESSÁRIA GARANTIA DE IMPARCIALIDADE.	28
4 A CONSTRUÇÃO DA SENTENÇA PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO	36
4.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA PROBATÓRIA E REGRA DE JULGAMENTO	36
4.2 A CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA.	43
4.3 O ARTIGO 385 DO CPP E A SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL	48
4.4 PLS 156/2009: CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E O ARTIGO 420.....	57
5 A (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PROLATADA ANTE O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	63
5.1 ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS NO ÂMBITO DO PRIMEIRO GRAU DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA.....	68
6 CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro ora vigente, na medida em que calcado no Código de Processo Penal de 1941, registra fortes resquícios inquisitivos, o que se deve ao momento histórico em que foi gestado o referido diploma legal. Concebido sob a égide da Constituição outorgada de 1937, que sequer consagrava a garantia do juiz natural, o CPP de 41 reflete a inspiração autoritária que se fundou nos moldes de processo italiano da época.

Com o advento da Constituição cidadã de 1988, tem-se, vez que confiada ao Ministério Público a privativa promoção da ação penal de natureza pública, a adoção do sistema acusatório de processo, com a consagração das garantias, inclusive, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do devido processo legal, que só encontram condições de prosperar num modelo pautado pela acusatoriedade. O constituinte originário, ao erigir, no art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana a base fundante do Estado Democrático de Direito então proclamado, reforçou a opção aclamada para a estrutura processual penal.

Assim, a partir da entrada em vigor do novo parâmetro ditado pela Constituição, vários dispositivos do Código de Processo Penal de 1941, tendo em vista a sua orientação inquisitiva, entraram em descompasso com a ordem constitucional sobrevida. A mudança de paradigma, primeiro, torna impositiva a concepção de uma nova codificação que se amolde às balizas postas pela Carta Maior; e, também, estabelece ao intérprete a contínua atividade de filtragem constitucional da legislação positivada.

Neste diapasão, no ano em que a Constituição da República de 88 perfaz 30 anos em vigor, o presente trabalho de conclusão de curso destinar-se-á a tratar da problemática que concerne à conformidade constitucional da sentença penal condenatória prolatada em face do pedido de absolvição do órgão ministerial. Tal autorização conferida ao magistrado está consubstanciada no art. 385 do CPP, o qual dispõe que “nos crimes de ação penal 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”.

Para tanto, desmembrou-se a estrutura do presente estudo em quatro capítulos, com o fito de condensar um substrato teórico, alicerçado no referencial constitucional, que permitisse, ao fim, a análise da compatibilidade constitucional da sentença penal condenatória proferida ante o pedido de absolvição do Ministério Público.

O primeiro capítulo busca expor, a partir do marco constitucional, as bases para uma estrutura processual penal de cunho democrático, abordando a necessária conformidade que devem guardar os dispositivos infraconstitucionais ao texto da Magna Carta, em virtude da sua superioridade normativa. Em seguida, discorreu-se brevemente acerca dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitório, para delinear, ao fim, a opção levada a cabo pelo constituinte originário.

No segundo capítulo, buscou-se pontuar acerca do papel constitucionalmente delimitado para os sujeitos processuais penais. Com fulcro nas disposições constantes do texto da Carta Maior, foi esmiuçada a função do Ministério Público enquanto parte no âmbito do processo penal, pretendendo-se afastar qualquer construção que lhe confira a qualidade de “parte imparcial” e, consecutivamente, tratou-se da posição na qual se deve fincar o juiz para tornar efetiva a garantia da imparcialidade que lhe deve ser inerente.

No terceiro capítulo, abordou-se o substrato constitucional ao qual deve se ater especialmente o magistrado no momento da prolação da sentença penal, com ênfase àqueles princípios que devem ser privilegiados quando do proferimento de decreto condenatório. Desta feita, abordou-se a presunção de inocência, discorrendo-se acerca da sua projeção enquanto regra probatória e regra de julgamento, passando-se, então, pela correlação entre acusação e sentença, que diretamente decorre do princípio do contraditório. Por fim, com o fito de realizar um cotejo do dispositivo com os ditames constitucionais, procedeu-se à análise do artigo 385 do CPP, também discorrendo-se, brevemente, acerca do art. 420 do PLS 156/2009 (Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal) em face do sistema acusatório.

No quarto e derradeiro capítulo, passou-se à apreciação da compatibilidade, à luz da Constituição, da sentença penal condenatória proferida em desconformidade com o pedido ministerial. Com o escopo de interligar a discussão teórica levantada ao longo do trabalho com um objeto empírico, procedeu-se, em seguida, à análise da fundamentação de sentenças penais condenatórias proferidas em desacordo com o pedido de absolvição do Ministério Público no âmbito do primeiro grau do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Foram trazidos à colação os excertos de decisões penais prolatadas entre os anos de 2010 e 2018, com o fito de examinar-se sob quais fundamentos os magistrados se utilizam da autorização consubstanciada no art. 385 do CPP, concluindo-se, ao fim, acerca da compatibilidade constitucional da condenação decretada diante do pedido de absolvição do parquet.

Para o desenvolvimento da presente monografia, empregou-se o método hipotético-dedutivo, e, dentre os tipos genéricos de investigação jurídica, adotou-se o jurídico-prospectivo. Foi utilizada a pesquisa exploratória, lançando-se mão de pesquisa bibliográfica, a partir da consulta a livros, artigos de periódicos e decisões judiciais, para colher dados qualitativos que subsidiassem a construção da hipótese para o problema.

2 PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA

A Constituição Cidadã, cuja promulgação, em 1988, consistiu no ápice do processo de reabertura política iniciado no governo Geisel, proclama, já em seu artigo 1º, o Estado Democrático de Direito. Esmiuçada a expressão, tem-se que a democracia caracteriza o Estado, o que se traduz, por conseguinte, em que os valores democráticos se projetem para o ordenamento jurídico como um todo¹. Como basilar desse conceito de Estado, José Afonso da Silva, recorrendo às lições de Canotilho, aponta o princípio da constitucionalidade, a partir do qual o Estado Democrático de Direito está calcado na “legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes [...]”².

Este princípio da constitucionalidade vem como corolário do princípio da supremacia da Constituição, o qual se identifica com o movimento chamado de neoconstitucionalismo, marcado pela transmutação da Lei Maior ao centro do sistema, ante o “reconhecimento da [sua] força normativa [...], com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa”³. Assim, no estágio atual de constitucionalismo, abandonou-se a lei e o princípio da legalidade como precípuas fontes de legitimação, passando-se de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito⁴.

Em ato inédito na história constitucional do país⁵, o constituinte originário alçou a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme dispõe a Carta Política de 1988 em seu artigo 1º, inciso III. Constata-se, neste diapasão, que o “programa constitucional para o processo penal”⁶ não contempla que quaisquer das partes seja disposta como mero objeto do processo, tendo em vista que a salvaguarda à dignidade da pessoa humana foi posta como base fundante do modelo político-democrático então proclamado. A promulgação da Constituição Federal de 88, deste modo, denotou a “imposição de uma nova ordem”⁷ ao

¹ SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, jul./set. 1988. p. 21.

² *Ibidem*, p. 23-24.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 35.

⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 58.

⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 42.

⁷ *Ibidem*, loc. cit.

Processo Penal, ora calcado em diploma legal concebido no ano de 1941, vigente o Estado Novo, e inspirado nos moldes do processo italiano da época, assim conservando, por via de consequência, “muito do ranço autoritário de qualquer legislação produzida por um regime fascista”⁸.

Aponta Fernando da Costa Tourinho Filho que o Direito Processual Penal é dotado de inegável caráter instrumental, porque se apresenta como meio de realização do Direito Penal, e, não sendo este direito de coação direta, inconcebível é a imposição de sanção sem que se leve a cabo o devido processo⁹. Ao estabelecer o referencial constitucional - por elementar do processo penal democrático - como norte para a leitura das normas processuais penais, verifica-se, consoante assevera o professor Aury Lopes Júnior, uma instrumentalidade constitucional do Processo Penal, vez que serve de instrumento à concretização das garantias fundamentais¹⁰. Nesta senda, tem-se que uma Constituição democraticamente concebida deve, necessariamente, inspirar um processo penal democrático, o qual há de se prestar à persecução da efetividade do sistema de garantias constitucionalmente previsto¹¹. Sua existência, desta forma, legitima-se à medida em que seja efetivamente constituído pelas balizas democráticas postas pela Lei Maior¹².

Acerca das finalidades do processo penal, preleciona Fauzi Hassan Choukr¹³ que há finalidades restritas - ótica sob a qual o processo penal se presta a salvaguardar a liberdade justa, destacando-se que a privação desta, consubstanciada numa punição, só é desfecho possível da persecução penal uma vez observados o devido processo legal e os postulados do Estado Democrático de Direito -, e finalidades expandidas, que se referem à sua projeção para fora do caso concreto.

Sob este prisma expansivista, o processo penal apresenta uma finalidade de “(re)afirmação constitucional-convencional”, revelando-se “mecanismo didático de obediência às bases constitucionais-convencionais pelo qual o meio social identifica, reconhece e tende a

⁸ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 81.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 1*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 29-30.

¹¹ *Ibidem*, p. 30.

¹² *Ibidem*, loc. cit.

¹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 22-23.

reproduzir os valores ínsitos às estruturas democráticas”¹⁴. Assim, porque se distancia o processo penal de finalidades atreladas à segurança pública e se aparta, também, do ativismo político, não é dado aos sujeitos processuais que se embrenhem “no papel de construtores de políticas específicas de segurança, mas, sim, dos articuladores do Estado de Direito”¹⁵.

O processo penal, neste seguimento, deve ser concebido como “verdadeiro limite democrático”¹⁶, informado pelo contraditório, que se traduz em fundamento de validade para a decisão judicial. Assim, é elementar à concepção de processo penal democrático que “a sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despindo-se, contudo, da iniciativa da persecução penal”¹⁷. Por isso, a base para uma estrutura de processo penal pautada na democraticidade implica “purificar ao máximo o sistema acusatório”¹⁸, determinando aos sujeitos processuais que se finquem no seu *locus* constitucionalmente delimitado. No modelo acusatório de processo, tendo em vista que este se erige sobre o princípio da inércia da jurisdição, assegura-se a imprescindível garantia da imparcialidade do juízo, que determina ao magistrado que permaneça equidistante, ao longo do processo, tanto do seu objeto, quanto dos interesses das partes. Sob esta égide, não pode ser dado ao julgador “tomar um lugar que não é seu”¹⁹, e é por este ângulo que questionar-se-á a possibilidade de o magistrado “condenar sem requerimento”²⁰, isto é, proferir uma decisão condenatória em desacordo com o pedido do órgão que detém o poder de acusar, autorização esta consubstanciada no art. 385 do CPP.

Destarte, para se efetivar a democracia processual, “impõe-se banir do nosso sistema [...] os resquícios do inquisitorialismo ainda existentes”²¹. Vez que a Carta da República de 88 fundou um Estado de democracia, mister a projeção deste para o âmbito do processo penal²², porque “se a Constituição, de fato, possui este papel de protagonismo, o desenho do Direito e do Processo

¹⁴ Ibidem, p. 23.

¹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 23.

¹⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*.

¹⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

¹⁸ SILVA JARDIM, Afrânio. Bases constitucionais para um processo penal democrático. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, v. 1, p. 25-35, jun. 2012.

¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *op. cit.*

²⁰ Idem, *ibidem*.

²¹ SILVA JARDIM, Afrânio. *op. cit.*

²² LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 33.

Penal deveria guiar-se por suas disposições”²³. A construção de uma estrutura processual penal que se possa dizer democrática, assim, pressupõe a releitura dos dispositivos infraconstitucionais a partir dos alicerces democráticos e das garantias fundamentais previstas pela Magna Carta²⁴, na medida em que o CPP de 41, bem como a produção legislativa subsequente, registra traços inquisitivos. Mister que se proceda, portanto, à constante filtragem constitucional da legislação processual penal.

2.1 A IMPRESCINDÍVEL CONFORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL À CONSTITUIÇÃO

Muitos acenam ser a reverência ao sistema de garantias processuais penais, diz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “um demonstrativo do grau de civilidade de um povo”²⁵, pelo que não é cabível que se pretenda levar a efeito qualquer ruptura mediante o sacrifício dos direitos fundamentais do cidadão. A partir da Carta Política de 88, que fixou um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, a discussão voltou-se à efetividade destas diretrizes constitucionais, tendo em vista o vigente diploma processual penal de inspiração autoritária, bem como a produção legislativa que se sucedeu²⁶. Neste passo, imprescindível é a “coordenação entre direito, processo e democracia”²⁷, na medida em que o texto constitucional ampara as citadas garantias e a via democrática, de seu turno, revela-se a mais adequada à sua efetivação.

É sabido que o nosso Código de Processo Penal foi gestado sob a égide da Constituição de 1937, outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas, consistindo, deste modo, em legislação infraconstitucional anterior à entrada em vigor do novo parâmetro constitucional. De outro lado, a teoria da inconstitucionalidade superveniente, em sua acepção clássica, não é admitida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, visto que o posicionamento dominante é no sentido de que a lei ordinária anterior é revogada pela Constituição sobrevinda, não se afigurando possível o

²³ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*.

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 33-34.

²⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? Empório do Direito*, 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro>>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁶ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 81.

²⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

reconhecimento da inconstitucionalidade daquela à luz do novo paradigma. Deste modo, porque impossível ao legislador violar texto constitucional futuro, o vício de inconstitucionalidade poder-se-ia verificar tão somente em confronto com a Constituição vigente quando da edição da lei, na esteira do quanto fixado pela Suprema Corte²⁸.

Indiscutível, nesta senda, é a necessidade de que a norma anterior apresente consonância com a ordem constitucional vigente. A superioridade normativa da Constituição no ordenamento jurídico, na esteira do que preleciona Canotilho²⁹, implica que “nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior”³⁰, dado o princípio da hierarquia, e que “nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia”³¹, em atenção ao princípio da constitucionalidade. Assim, para que continue a produzir seus efeitos, o dispositivo pretérito há de ser recepcionado pela Constituição sobrevinda, o que envolve a reinterpretação da norma à luz dos postulados da nova sistemática constitucional. Na medida em que guardem conformidade com o texto da Carta Magna, essas disposições permanecem em vigor; em contrapartida, constatado o conflito com a Constituição vigente, estas normas infraconstitucionais perdem sua eficácia, sendo, então, fulminadas tacitamente do ordenamento jurídico, porque não recepcionadas³².

Nesta toada, a problemática que se delinea concerne à recepção do Código de Processo Penal, de 1941, pela Constituição de 1988, tendo-se por elementar que, porquanto o texto constitucional “opta pela tutela dos direitos fundamentais, a estrutura processual penal daí derivada há de ser imposta com estrita observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos estes direitos”³³. Para tratar da dimensão constitucional-convencional do processo penal,

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 521/MT*. Relator Min. Paulo Brossard. Data de julgamento: 07 fev. 1992. Tribunal Pleno. Data de publicação: 29 maio 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266398>>. Acesso em: 09 set. 2018.

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1147-1148.

³⁰ *Ibidem*, p. 1148.

³¹ *Ibidem*, loc. cit.

³² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 205; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

³³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

recorre-se às lições de Choukr³⁴, das quais se extrai que esta dimensão se traduz na subordinação material do processo penal, nos planos legislativo e interpretativo, aos postulados elencados na Constituição e aos enunciados constantes nos tratados e convenções. A sujeição no plano legislativo refere-se à edição da norma processual penal, que deve observar, para além do devido processo legislativo, os primados constitucionais que guardem relação com a matéria, não podendo extrapolar o que está constitucionalmente situado. A subordinação no plano interpretativo, de sua vez, está afeita ao operador das normas, que, na sua aplicação, deve privilegiar interpretação consentânea com a Carta Maior. O plano constitucional-convencional, assim, atua como limite “à atividade de legislar, julgar e adequar a compreensão do próprio sistema”³⁵.

A fronteira constitucional, logo, não se desvela apenas frente ao legislador, quando imbuído da atividade legiferante; destina-se, sobretudo, ao intérprete, ao qual cabe continuamente filtrar a legislação positivada a partir das diretrizes dispostas no texto da Magna Carta, já que “ao se definir a base processual, acatando-se um sistema e um princípio expressivos dos direitos fundamentais [...], a Constituição fez a sua escolha, cumprindo aos aplicadores das leis ordinárias efetivar a Constituição, sempre conforme ela própria”³⁶. Neste seguimento, a aplicação dos dispositivos do CPP - inclusive a do art. 385, que integra o objeto do presente trabalho - deve ter em vista o programa constitucional para o processo penal, que, erigido em balizas democráticas, antevê, inclusive, um processo construído em contraditório. A discussão, por isso, perpassa à eficácia do sistema de garantias constitucionalmente elencado, o que envolve uma abordagem acerca dos sistemas processuais penais, para que seja tratada a opção levada a cabo pelo constituinte.

2.2 A DICOTOMIA ACUSATÓRIO-INQUISITIVO

Por não mais se verificarem nos estritos moldes em que foram forjados, tem-se presente que, hoje, inexistem sistemas puros, razão pela qual afirma-se que há sistemas processuais penais mistos. Todavia, consoante preleciona o professor Jacinto Coutinho, admitir a existência de

³⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 23-38.

³⁵ *Ibidem*, p. 25.

³⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

sistemas mistos não significa, tão somente, acordar que eles são mistos “por força da simples somatória dos elementos que os integram”³⁷. Tomada a concepção kantiana de sistema, isto é, como um conjunto de elementos interligados por uma ideia única, todos os sistemas se fundam num princípio unificador que, como tal, não pode ser fracionável. Deste modo, não se pode conceber um “princípio misto” que fundamente um sistema misto³⁸.

Isto posto, os sistemas são mistos porque coexistem, em seu bojo, um princípio unificador, que define o sistema processual eleito, e elementos advindos de sistema processual distinto³⁹. Este princípio reitor, demarcado pela gestão da prova, é o que identifica o sistema, cuja adoção se consubstancia, diz Miranda Coutinho, em opção política, ou seja, “faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz [...], seja às partes”⁴⁰. Por conseguinte, ao passo em que o princípio inquisitivo caracteriza o sistema inquisitório, o princípio dispositivo constitui o sistema acusatório.

O sistema processual penal brasileiro, assim, calcado no Código de Processo Penal de 1941, é de matriz notadamente inquisitória, tendo a si agregados elementos do sistema acusatório, visto o rol de garantias enunciado pela Magna Carta. Vez que, pelas disposições do CPP, a gestão da prova encontra-se sobremaneira detida nas mãos do órgão julgador⁴¹, tem-se o princípio inquisitivo como reitor deste sistema.

Neste passo, uma vez reconhecida a opção política e ideológica pelo sistema inquisitório⁴², a busca pela superação deste modelo não pode prescindir de uma abordagem acerca dos sistemas processuais penais. É que passar ao largo desta discussão encerra o risco de se transitar de uma inquisitorialidade institucionalizada para um mero “discurso de modernidade, apresentando-se a acusatorialidade como uma “grife”, e não como fruto de um processo de construção dos valores e princípios estabelecidos como democráticos”⁴³. É certo que a ordem

³⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 109.

³⁸ *Ibidem*, loc. cit.

³⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, *idem*.

⁴¹ *Idem*. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998. p. 166.

⁴² *Idem*. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? *Empório do Direito*, 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro>>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 40.

democrática exige um rompimento⁴⁴, precipuamente com as práticas inquisitoriais embasadas no vigente diploma processual penal, mas esta quebra paradigmática não se pode dar, nas palavras de Fauzi Choukr, mediante um “salto teórico”⁴⁵, tendo em vista que a superioridade normativa dos primados constitucionais não se tem mostrado garantia de efetivação de uma democraticidade dentro do processo penal⁴⁶.

Para Montero Aroca, o processo de cunho inquisitivo não pode ser tomado como verdadeiro processo, porque inconcebível a existência de um processo em que as funções de juiz e acusador se concentrem numa mesma pessoa⁴⁷. Na estrutura inquisitiva, não se vislumbra um processo desenvolvido em contraditório, justamente porque suprimida a “contraposição entre acusação e defesa”⁴⁸. Se não há uma pluralidade de sujeitos atuando no sentido de realizar as distintas funções processuais, por decorrência, também não poderá haver “uma estrutura dialética e tampouco contraditória”⁴⁹. Não há que se falar, também, em imparcialidade do órgão julgador, tendo em vista que a iniciativa e a gestão probatória encontram-se condensadas numa única pessoa, que, ainda, irá proferir julgamento, a partir da prova por ela própria coligida⁵⁰. É certo que, neste cenário, o juiz, munido de amplos poderes instrutórios, “não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação”⁵¹.

A característica fundante deste modelo processual, desta forma, reside na gestão da prova inteiramente confiada ao juiz-ator, que dispõe de plenos poderes para exaurir o objeto da investigação, em nome da busca por uma suposta verdade. Neste contexto, factível é que a atividade probatória se volva em simples instrumento posto à perseguição de motivos para uma decisão já previamente concebida, porque “o juiz, senhor da prova, sai em seu encaicho guiado

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais penais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim informativo IBRASPP*, a. 3, n. 5, p. 33-34, 2013/02. p. 33.

⁴⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 40.

⁴⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? *Empório do Direito*, 2016. Disponível em: <<http://emporioidireito.com.br/leitura/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro>>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁴⁷ MONTERO AROCA, Juan. Los Principios del Proceso Penal (Un intento de exposición doctrinal basada en la razón), en: *Normas Legales*, Tomo n. 262, Marzo de 1998, pp. A-70 a A-95.

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 42.

⁵¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 48.

essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato”⁵². Assim, como bem assinala Miranda Coutinho, partindo o inquisidor de uma lógica dedutiva, encerra, ao seu alvedrio, a fixação de sua verdade absoluta como premissa maior, “razão por que pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão”⁵³.

Nesta linha, o Código de Processo Penal de 1941, inspirado no Código Rocco, enunciou, na sua Exposição de Motivos original, que a concessão aos acusados de “tão extenso catálogo de garantias e favores” acaba por volver a repressão, “necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”⁵⁴. A clara orientação autoritária da concepção do diploma legal também é evidenciada, dentre outras passagens, naquela que expõe a restrição da “aplicação do *in dubio pro reo*”⁵⁵ e na expressa locução de que “não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento *ultra petitum*”⁵⁶.

Com o advento da Constituição cidadã, que trouxe em seu corpo um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, rompeu-se com um anterior paradigma antidemocrático para passar-se a um Estado firmado na dignidade da pessoa humana, que, enquanto elemento fundante, deve-se, necessariamente, irradiar por todo o ordenamento jurídico. Por elementar, “o respeito à dignidade humana é o princípio e fundamento do sistema político democrático, único espaço comum para qualquer pacto democrático”⁵⁷. No processo penal, projeta-se para delimitar um modelo pautado pela acusatoriedade, terreno no qual os referidos direitos e garantias podem encontrar condições de prosperar. Em que pese a consagração do sistema acusatório não se tenha apresentado consubstanciada em expressa disposição no corpo do texto constitucional, admitir que com esta estrutura de processo coadunam “a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública [...], a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir [...] a presunção

⁵² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

⁵³ Idem, *ibidem*.

⁵⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro Francisco Campos. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 1941. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁵⁵ Idem, *ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, *idem*.

⁵⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial”⁵⁸, conduz, inevitavelmente, à conclusão de que a Carta Maior elegeu o modelo pautado pela acusatoriedade. A opção do constituinte originário, logo, emerge a partir da leitura conjunta daqueles dispositivos que compõem o programa constitucional para o processo penal.

Uma vez que, nas palavras de Claus Roxin⁵⁹, “a mudança na estrutura do Estado implica transformações no processo penal”, deve-se ter presente que a Constituição de 88 representa o marco de ruptura com um regime autoritário, erigindo-se sobre balizas democráticas e preconizando uma série de garantias fundamentais ao cidadão. Por isso, as garantias da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, do juiz natural, bem como as que delas decorrem, devem constituir a pedra de toque do processo penal arvorado sobre o Estado Democrático proclamado pela Carta Maior. Isto posto, “a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há, portanto, de existir e se desenvolver a relação processual penal, forçando-se, assim, a adaptação do modelo vigente antes de 1988”⁶⁰, o que requer a abolição dos resquícios inquisitivos que ainda hoje perpassam a estrutura processual penal ora vigente. Nas palavras de Paulo Rangel, “ou adotamos o sistema acusatório com as implicações e consequências que lhe são inerentes, ou fingimos que nosso sistema é acusatório e adotamos o inquisitivo com roupa de acusatório”⁶¹.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 10.

⁶⁰ PRADO, Geraldo. *op. cit.*

⁶¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 67.

3 A POSIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE DELIMITADA PARA OS SUJEITOS PROCESSUAIS PENAIS

A estrutura processual penal orientada pela Constituição da República de 1988 consagra a separação das funções de acusar e julgar, atribuindo ao Ministério Público, nos termos de seu artigo 129, inciso I⁶², a privativa promoção da ação penal pública, ao passo em que assegura a garantia do juiz natural, a qual se consubstancia no “direito a ser julgado por um juiz imparcial e independente”⁶³, garantia essa que decorre dos princípios também constitucionais da isonomia e do devido processo legal⁶⁴. Logo, elegeu a CR/88 o processo penal de natureza acusatória, ao aclamar, ao lado de uma série de regras que delineiam este modelo processual⁶⁵, o *actus trium personarum*.

Neste diapasão, lançando mão do referencial constitucional, faz-se mister delimitar o papel de cada um dos sujeitos processuais no âmbito do processo penal, com o fito de abordar a função que lhes toca o exercício e os limites aos quais deve obedecer a sua atuação. A distinção destas funções revela-se imperiosa para que se conclua, a partir da ótica constitucional, se é dado ao órgão julgador proferir sentença condenatória diante da absolvição requerida pelo acusador, titular exclusivo da ação penal.

3.2 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO ÓRGÃO ACUSADOR

Da análise das normas que versam sobre o seu papel, tem-se que o constituinte originário de 1988, outorgando à instituição o superior status constitucional, erigiu o Ministério Público a órgão essencial à prestação jurisdicional do Estado⁶⁶, na ausência do qual a função estatal em tela

⁶² Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 dez. 2018).

⁶³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 125.

⁶⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição*: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93.

⁶⁶ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

não se poderá desenvolver⁶⁷, portanto. Apartou-lhe, nesse seguimento, da tutela de interesses estatais, para confiar-lhe a salvaguarda dos interesses sociais e do próprio Estado de Direito, porquanto “a defesa da ordem jurídica significa a defesa da correta aplicação da Constituição e das Leis que, conjugada com a defesa do regime democrático, significa, enfim, a defesa do Estado de Direito”⁶⁸. A peculiar posição constitucional que lhe foi destinada, com autonomia funcional e administrativa, sobretudo denota a sua independência de quaisquer dos poderes estatais, ratificada nas “garantias e instrumentos de atuação conferidos à instituição e a seus membros”⁶⁹, imprescindíveis ao exercício do seu relevante papel na estrutura democrática.

Corroborando a sua independência dos demais poderes, consoante aponta Burle Filho, a função institucional de promover a ação penal pública, conferida pela Constituição, que, ao dotá-lo de tal incumbência de maneira exclusiva, atribuiu-lhe “parcela da soberania e, portanto, fração do poder estatal uno, não confiado, como função institucional, a nenhum dos três Poderes Públicos”⁷⁰. Tal função de promover a persecução penal de natureza pública em juízo se traduz no exercício da pretensão acusatória, que, tomada como o objeto do processo penal⁷¹, refere-se ao poder de “solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz através de uma pena ou medida de segurança.”⁷² O exercício do poder de proceder contra alguém - encerrado na pretensão acusatória -, deste modo, delimita o exercício do poder de punir detido pelo Estado, visto que, no processo penal, este *jus puniendi* é desempenhado pelo juiz, que só poderá impor uma punição caso se confirme a referida pretensão, a partir da produção probatória levada a cabo pelo acusador⁷³. Trata-se, portanto, de decorrência do sistema acusatório constitucionalmente proclamado a existência de dois poderes que não se confundem, quais sejam, o de proceder contra alguém (*ius ut*

⁶⁷ BURLE FILHO, José Emmanuel; GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público, as funções do Estado e seu posicionamento constitucional. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 153, p. 41-58, jan./mar. 1991. p. 44.

⁶⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 114.

⁷⁰ BURLE FILHO, José Emmanuel. O Ministério Público e sua posição constitucional. *Justitia*, v. 51, n. 146, p. 85-89, abr./jun. 1989. p. 89

⁷¹ Neste sentido, também RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 66.

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51.

⁷³ *Ibidem*, p. 50-51.

procedatur), isto é, o poder de acusar, disposto pelo Ministério Público, e o de punir, exercido pelo magistrado⁷⁴.

Neste sentido, o Ministério Público, tal como concebido hoje, surge em contraposição aos abusos atinentes ao modelo inquisitorial, já que dispensável a presença do acusador em um sistema cuja persecução penal se desenrolava sem a atuação da defesa, uma vez aglutinada toda a iniciativa necessária à imposição da reprimenda na figura do inquisidor⁷⁵. Trata-se de instituição de gênese essencialmente democrática, que desponta para apartar o órgão julgador de funções que comprometam a sua imparcialidade, traduzindo-se, por conseguinte, em peça essencial à demarcação do modelo acusatório⁷⁶.

No âmbito do processo penal, assim, o Ministério Público assume a legitimação ativa para a propositura da ação penal pública. Diverge a doutrina, nesta toada, acerca da natureza jurídica de sua atuação na qualidade de *dominus litis*. Tourinho Filho⁷⁷, aduzindo a disposição constante do artigo 258 do CPP⁷⁸, a qual estende, aos membros do *parquet*, as hipóteses de suspeição e impedimento atinentes aos magistrados, conclui pela impossibilidade de se reconhecer o papel de parte processual penal ao Ministério Público, tendo em vista a autorização legal para a recusa da intervenção de seus membros, admitindo tão somente “que os atos processuais por ele praticados mantem certas afinidades com aqueles outros praticados pelas partes”⁷⁹. Com as devidas e necessárias vênias ao posicionamento do professor, importa ressaltar, recorrendo às lições de Badaró, que “não é o Ministério Público enquanto instituição una e indivisível que é recusado, mas sim o promotor de justiça que, naquele caso, atua em nome do Ministério Público”⁸⁰.

Isto posto, constata-se que, na ação penal desencadeada por meio de denúncia, o Ministério Público ostenta o papel de parte e, enquanto parte efetiva do processo penal, “não emite “pareceres”, não opina, não pode nem deve ter posições subalternas a quaisquer outros

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50-51.

⁷⁵ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 157.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 157-160.

⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 2*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 431.

⁷⁸ Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes. (BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 dez. 2018).

⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, loc. cit.

⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 294.

intervenientes como organismos policiais ou assistentes de acusação”⁸¹, senão postula, em paridade de armas com a atividade da defesa. Trata-se de corolário da estrutura acusatória que o processo se pautar na existência de “uma dualidade de partes, em igualdade de condições, e com interesses distintos”⁸². Assim sendo, idealizar o Ministério Público como “parte imparcial”, para além de encerrar uma manifesta contradição, redundaria em tomar como mera formalidade o processo construído em contraditório, que pressupõe o efetivo confronto entre tese e antítese, terminando por vilipendiar a relação dialética que se deve estabelecer entre as partes no processo de cunho acusatório⁸³. Desta forma, inconcebível subtrair, do promotor de Justiça, “que representa o sujeito responsável pela formulação, apresentação e defesa do caso penal, alvitando a aplicação de pena no caso concreto”⁸⁴, a posição processual de parte, tendo em vista que o seu funcionamento parcial está exatamente a assegurar a equidistância do órgão julgador em relação à demanda penal⁸⁵.

Depreende-se, das lições de Geraldo Prado⁸⁶, que acusação e ação penal condenatória cuidam-se de formulações distintas, dado que a ação penal corresponde ao ato de dedução da pretensão acusatória em juízo, ao passo em que a acusação consiste na imputação de uma infração penal a um determinado agente, uma vez constatada provável a culpabilidade e viável a condenação. No sistema processual regido pelo princípio acusatório, contudo, o qual “consiste na distribuição do direito de ação, do direito de defesa e do poder jurisdicional, entre autor, réu (e seu defensor) e juiz”⁸⁷, admite-se, por elementar, a fusão da ação penal com a acusação, porque indissociável o exercício de uma ao da outra, em virtude de não ser concebível, na estrutura acusatória, a deflagração de processo condenatório sem que haja iniciativa da parte legitimada. Assim, tomado o princípio acusatório como basilar, a função do Ministério Público, na qualidade de parte do processo penal, não se resume ao ato de deduzir a pretensão acusatória em juízo,

⁸¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 134.

⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 295.

⁸³ *Ibidem*, p. 296.

⁸⁴ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo de um sistema acusatório. *Seqüência*, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 133-161, jul. 2010. p. 134.

⁸⁵ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162.

⁸⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

⁸⁷ *Idem*, *ibidem*.

incumbindo-lhe, para além disso, desenvolver a ação penal, exercendo a “contraposição da atividade da defesa”⁸⁸ para legitimar, desta feita, a prolação de decisão punitiva.

Consoante esclarece Mazzilli, permanece o *parquet*, ainda quando pugna pela absolvição do réu, “sendo parte no sentido processual, pois continua tendo ônus e faculdades processuais, podendo influir no curso do processo”⁸⁹. Não desnatura a sua qualidade de parte, nessa esteira, a absolvição requerida em face do fracasso da instrução probatória quanto à comprovação da responsabilidade do acusado, porquanto, vez que a sua própria origem remonta ao abandono do juízo de vingança privada, deve a sua atuação estar pautada na impessoalidade e o seu agir, conformado à legalidade estrita⁹⁰. É por ser órgão da estrutura estatal que a sua atuação deve estar norteada pelo princípio da legalidade, o qual ordena que seja requerida a absolvição diante da ausência de prova concludente da autoria ou materialidade delitivas, pois “a legalidade, por evidente, é incompatível com a condenação de um inocente”⁹¹. Tem-se, deste modo, que a sua responsabilidade, para além de processual, é social, “pelo sucesso ou pelo fracasso da persecução penal”⁹².

Refere-se, na doutrina, a uma série de princípios ou técnicas⁹³ que orientam a acusação levada a efeito pelo Ministério Público, acusação pública, portanto. A primeira delas concerne à obrigatoriedade, que rege a acusação por incumbir ao MP o dever de agir quando presentes elementos que apontem a existência de fato penalmente relevante, aludido o art. 24 do CPP⁹⁴ como base desta prescrição. Não há espaço ao acusador, desta forma, para que delibere acerca da propositura da ação penal com base em critérios de conveniência e oportunidade, porque imperativo, nestas circunstâncias, o seu dever de atuar, sob pena de incorrer em falta funcional. Cumpre ressaltar que, colidindo tão só com os princípios da conveniência e da oportunidade, essa

⁸⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 464-471, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0ay8ad.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

⁹⁰ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 160-161.

⁹¹ *Ibidem*, p. 163.

⁹² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 134.

⁹³ Para Fauzi Choukr, equivocada a denominação de “princípios”, optando o autor por apresentar obrigatoriedade, indisponibilidade e indivisibilidade sob o título de “técnicas reitoras da acusação”. Vez que a discussão extrapola o objeto do presente trabalho, remetemos à leitura da sua obra *Iniciação ao Processo Penal*, 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 311.

⁹⁴ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representa-lo.

obrigatoriedade, *per si*, não descaracteriza a acusatoriedade do processo, tendo em vista que a ação penal é deduzida por sujeito distinto daquele que procederá ao julgamento, pelo que a sua incidência na ação penal pública não necessariamente denota “que o réu se veja diminuído em suas condições de resistência”⁹⁵.

Insta salientar que o dever de agir consubstanciado na obrigatoriedade se verifica “desde que presentes os requisitos que viabilizam o curso do processo”⁹⁶, pelo que não se confunde a obrigatoriedade com obrigação de promover a ação a qualquer custo. Detalhando a questão, assinala Fauzi Choukr⁹⁷ que, haja vista a obrigatoriedade não impor acusação infundada, há, sob sua égide, margem para uma atividade hermenêutica do acusador, que, de maneira fundamentada, poderá até mesmo deixar de acusar. Neste diapasão, porquanto o caráter subsidiário do Direito Penal ecoa no processo penal, giza-se uma releitura desta obrigatoriedade, cercanda-a de limites constitucionais que se consubstanciam na prévia submissão, ao crivo dos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, da demanda penal, que, uma vez carente de quaisquer destas balizas, não estará constitucionalmente legitimada⁹⁸.

A indisponibilidade, de sua vez, decorre da obrigatoriedade e refere-se à impossibilidade de dispor o Ministério Público da acusação já formulada, conforme o artigo 42 do CPP⁹⁹. Desta forma, a indisponibilidade, que se verifica em momento posterior ao exercício do direito de ação, soma-se à obrigatoriedade, que se impõe anteriormente à deflagração da persecução penal¹⁰⁰.

Cumpre ressaltar que a indisponibilidade toca à medida de política criminal¹⁰¹ que estabelece ao MP a impossibilidade de desistência da ação, uma vez iniciada, ou do recurso, uma vez interposto, não se impondo para ditar ao acusador que persista na sua inicial tese de acusação quando ausentes a justa causa, a punibilidade concreta ou provas que suficientemente sustentem a condenação¹⁰². Deste modo, o pedido absolutório formulado pelo Ministério Público frente ao fracasso da persecução penal no sentido de atestar a materialidade e autoria delitivas não se dá

⁹⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

⁹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 242.

⁹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 313.

⁹⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

⁹⁹ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

¹⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 195.

¹⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 201.

¹⁰² *Ibidem*, p. 202.

em razão de sua imparcialidade - em qualquer construção que lhe busque classificar como “parte imparcial” -, tampouco por lhe ser dado dispor da ação penal, mas, sim, porque, “como agente público, está obrigado à estrita observância dos princípios da objetividade, impessoalidade e, principalmente, legalidade”¹⁰³.

Preleciona Della Villa¹⁰⁴ que, na ação penal de iniciativa privada, verifica-se uma estrutura dispositiva de processo penal, vez que a ausência de pedido de condenação em sede de alegações finais repercute na preempção da ação¹⁰⁵. Tem-se claro, desta maneira, que, na persecução penal privada, o acerto do caso penal pelo magistrado acerca do mérito não prescinde da sustentação do pedido condenatório pelo querelante. Conclui o autor, nesta senda, que a demarcação de um efetivo sistema acusatório no processo penal requer uma estrutura que se erija sobre tais bases também para a persecução dos crimes de natureza pública. É necessário destacar, em contrapeso, que a tão só possibilidade de disposição do processo não é suficiente para volver acusatório o processo de jaez inquisitivo, porque, conforme acertadamente assinala Prado, “nos processos inquisitórios, nada obsta a que o juiz/acusador desista do processo e o encerre mediante arquivamento”¹⁰⁶, uma vez reunidas no inquisidor todas as funções processuais.

Para além de estar submetido às referidas técnicas orientadoras, o exercício da acusação penal também pressupõe a existência de um mínimo arcabouço de sustentação, o que pertine à justa causa. Do esforço empreendido por diversos autores para a sua conceituação, extrai Fauzi Choukr¹⁰⁷ uma síntese que indica como justa causa o “suporte probatório mínimo para lastrear a acusação” e a “possibilidade (e não mera probabilidade) da ocorrência da condenação”. Nesta toada, adverte o autor, *a priori*, que justa causa e suporte probatório mínimo não se confundem, explicitando ser este suporte probatório - que, por elementar, só deve abarcar provas lícitas - o meio processual que evidencia a existência da justa causa¹⁰⁸. A partir da reforma legislativa de 2008, inseriu-se a justa causa no rol constante do artigo 395 do CPP, pelo que, verificada a sua

¹⁰³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 202.

¹⁰⁴ DELLA VILLA, Giovanni Frazão. *A decisão penal condenatória face ao pedido de absolvição pelo Ministério Público: desconformidade com a Constituição*. 2017. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, p. 157.

¹⁰⁵ Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais.

¹⁰⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

¹⁰⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 319.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 324.

ausência, deverá o juiz não receber a denúncia. Tendo em vista a instrumentalidade constitucional do processo penal, Lopes Júnior refere a justa causa como condição da ação à medida que consiste em “condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar”¹⁰⁹. Pacelli, de igual modo, admite a justa causa “seja como quarta condição da ação, inserida no contexto da demonstração do interesse (utilidade) de agir, seja enquanto lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida”¹¹⁰. Consigna que a questão também se relaciona à ampla defesa, ao passo que a imposição, ao acusador, de que evidencie, já no oferecimento da ação penal, a pertinência do seu pedido, delimita o espaço pelo qual deverá transitar o acusado na produção da sua defesa¹¹¹.

Assim, no processo penal acusatório orientado pela Constituição, assume o Ministério Público - que atua no sentido de conformar a hipótese acusatória, integrando a formação do contraditório -, a função de parte, pelo que somente “uma crença dissociada da teoria democrática do processo penal, [...] justifica a conclusão de que o Ministério Público, órgão estatal com a atribuição constitucional de atuar como parte-acusadora, é um sujeito processual imparcial”¹¹², nas palavras de Casara. Demonstrado que a deflagração da acusação penal de natureza pública forja-se à luz de algumas técnicas e observa algumas balizas, não correspondendo, desta feita, a um exercício desprovido de qualquer regramento, forçoso convir que, ao órgão julgador, não pode ser dado proferir decisões que extrapolem o limite da acusação deduzida pelo órgão ministerial¹¹³, vez que a construção da sentença penal deve se ater àquilo que foi posto pelo detentor do poder de acusar, cuja posição de acusar está constitucionalmente demarcada.

Nesta linha, ditam os preceitos coerentes com o sistema acusatório que “a postura processual do acusador público deve nortear o âmbito de atuação da autoridade judicante”¹¹⁴, âmbito este que se circunscreve ao quanto postulado pelas partes, tendo em vista que a concepção do processo acusatório deve estar vinculada “a uma postulação objetiva e direta de necessidade de imposição da pena”¹¹⁵.

¹⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 196.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 125.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 124.

¹¹² CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 163.

¹¹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 308.

¹¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁵ *Ibidem*, loc. cit.

3.2 O PAPEL DO JUIZ E A NECESSÁRIA GARANTIA DE IMPARCIALIDADE

Extrai-se, do texto da Constituição¹¹⁶, o princípio do juiz natural, o qual dita que o processo e julgamento se deve desencadear perante órgão do Poder Judiciário que detenha, constitucionalmente, competência para tanto¹¹⁷. A garantia do juiz natural, isto posto, “trata-se de um verdadeiro pressuposto [...] de validade do processo”¹¹⁸, porque, tendo em vista a expressa disposição da Carta Magna no sentido de vedar que tanto o processo, quanto o julgamento, seja procedido por autoridade incompetente, imperioso que ao juiz natural caiba a prática da totalidade dos atos processuais.

As disposições constitucionais proclamam, desta feita, “uma relação absoluta entre ato processual e órgão jurisdicional, de modo a que tão-só um entre tantos seja competente para o ato”¹¹⁹. Logo, o juiz natural, também denominado de juiz legal, se traduz no juiz competente, ao qual exclusivamente cabe praticar os atos confiados à sua competência. Aderiu o constituinte originário, assim, ao “juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato”¹²⁰, consubstanciando, portanto, o direito do jurisdicionado a saber, previamente à prática de qualquer fato delituoso, o órgão dotado de competência para o seu processamento.

Não está, contudo, ligada tal garantia tão somente às supracitadas vedações expressas no texto constitucional, quais sejam, a instituição de juízo *post factum* e o processamento por órgão incompetente, uma vez que compõe núcleo do juiz natural, também, a sua imparcialidade¹²¹. Conforme aduz Miranda Coutinho, o juiz, para ter a si atribuída a qualidade de natural, necessita

¹¹⁶ Art. 5º. XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 dez. 2018)

¹¹⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 348.

¹¹⁸ Ibidem, loc. cit.

¹¹⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008. p. 168.

¹²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 37.

¹²¹ PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 135-169, set./out. 2016.

estar investido de jurisdição, “ou seja, de Poder decorrente de fonte constitucional”¹²², e, nesta linha, o juiz natural pode ser identificado “como expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade”¹²³.

Neste diapasão, o princípio do juiz natural, conjugado às garantias funcionais constitucionalmente asseguradas à magistratura e às expressas vedações elencadas no texto da Constituição, salvaguardam a fundamental imparcialidade que deve guiar o exercício da função jurisdicional, para viabilizar ao juiz que opere “enquanto terceiro desinteressado, separado do órgão de acusação”¹²⁴. As garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios que lhe são atribuídas visam tutelar, ao fim e ao cabo, a sua independência funcional, para o fim de que possa desempenhar o seu mister sem que se necessite sujeitar à influência “de fatores externos, ou seja, não está obrigado a decidir conforme queira a maioria ou tampouco deve ceder a pressões políticas”¹²⁵. Na esteira de Lopes Júnior, deriva a legitimidade da função exercida pelo magistrado “do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria”¹²⁶, aí residindo o fundamento da sua independência, independência essa que, frisa o professor, não se traduz em permissão para decidir arbitrariamente. Deve ater-se, por elementar, ao limite posto pela acusação e pela prova carreada no processo, em sede do qual se deve destacar, dentre as suas funções, a de garantidor dos direitos fundamentais.

A imparcialidade do juiz, neste passo, que encontra arrimo constitucional a partir do alinhamento entre o juiz natural, as garantias funcionais e as atividades vedadas, cuida-se de garantia essencial ao sistema acusatório, no aspecto tocante ao necessário distanciamento que deve manter a acusação em relação ao julgador. No âmbito do processo penal, o juiz é sujeito processual, mas não é parte, “pois sua função não lhe permite ser um sujeito representativo em determinado resultado”¹²⁷. Assim, vez que, ao órgão acusador, porquanto parte processual, incumbe a condução do seu mister com a imanente parcialidade que de tal posição decorre, a

¹²² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. loc. cit.

¹²³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008. p. 168.

¹²⁴ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 75.

¹²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

¹²⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹²⁷ VILELA, Leonardo Marques. O juiz como sujeito processual no sistema acusatório. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 361-367. p. 362.

imparcialidade mediante a qual deve o julgador funcionar impõe uma acurada distinção entre os papéis dos sujeitos no campo do processo penal, referenciando o *actus trium personarum* intrínseco ao processo de cariz acusatório.

Neste seguimento, buscou a Constituição, ao atribuir ao MP, de modo privativo, a promoção da ação penal de natureza pública, apartar o juiz da função acusatória, impondo, deste modo, que se perfaça a sua atuação de maneira imparcial¹²⁸. A garantia da imparcialidade do julgador, por isso, encontra, também, sustentáculo no art. 129, inciso I, da CR/88, que orienta a acusatoriedade que deve pautar o processo penal brasileiro. Na linha do que preleciona Prado¹²⁹, o processo acusatório pressupõe que sejam deduzidas, pela acusação e pela defesa, narrativas distintas que se prestem a conformar o caso penal. Ocorre que, na hipótese de se apresentar o magistrado, de antemão, psicologicamente vinculado a uma das narrativas colocadas, é factível que a alternativa posta pela parte antagônica não seja tomada em conta para a formação do seu convencimento. Assim, em razão de determinar que a decisão penal resulte “de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante”¹³⁰, encontra-se a acusatoriedade intimamente relacionada à imparcialidade do órgão julgador, à proporção em que o modelo acusatório só se pode sustentar mediante a atuação jurisdicional que se norteie pela imparcialidade, garantia esta que só encontra condições de prosperar na estrutura acusatória.

Nesta senda, convém destacar que a viabilidade de que subsista a garantia de imparcialidade do juiz durante a persecução penal exige, para além da separação dos papéis de acusar e julgar imposta para a deflagração da acusação, um distanciamento do magistrado da atividade probatória a ser desenvolvida ao longo do processo¹³¹. A tão só determinação de que o *parquet* deduza a ação penal não se mostra suficiente para atribuir ao juiz, na prática, a característica de imparcial, uma vez se permitindo que, no decorrer da acusação, o magistrado conduza os meios de prova, adotando postura ativa no sentido de desencargo do *onus probandi* - ônus esse do qual é atribuição do detentor da acusação a desincumbência. São diversos os dispositivos do CPP de 41 que, nessa linha, atribuem ao julgador poderes pertinentes à acusação,

¹²⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 20.

¹²⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 178.

¹³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63.

tal como, exemplificativamente, a possibilidade de ordenar, de ofício, o sequestro de bens¹³², a busca e apreensão¹³³, bem como a autorização para realizar busca domiciliar pessoalmente¹³⁴ e ouvir testemunhas não arroladas pelas partes¹³⁵. Assim agindo, ou seja, realizando atos típicos de órgão acusador, embrenha-se o magistrado em posição processual que não lhe cabe, constitucionalmente¹³⁶. Embora possível que esteja embasada referida atuação em disposições legais, é necessário atentar para que, por não encontrarem suporte na Constituição, tais condutas ferem de morte o sistema processual penal pelo seu texto consagrado. Na estrutura acusatória, não pode encontrar amparo um processo penal marcado pelo protagonismo em torno da figura do juiz, fazendo-se mister, por isso, assegurar, às partes, que atue no processo um magistrado imparcial¹³⁷.

O CPP ora vigente esculpe um processo penal de matriz notadamente inquisitiva, tendo sido gestado, inclusive, sob a égide de Constituição que, dentre todas, sequer referia o princípio do juiz natural¹³⁸. O impasse que decorre da concentração da gestão da prova em mãos do magistrado desvela-se à medida em que a decisão será proferida pelo mesmo sujeito que procedeu à busca da prova. A imparcialidade, em condições tais, não pode encontrar abrigo, uma vez que “quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo - ou quase - e pode buscar e produzir a prova que quiser [...] não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despidendo o órgão acusatório”¹³⁹. Arvora-se, por via de consequência,

¹³² Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

¹³³ Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

¹³⁴ Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.

¹³⁵ Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

¹³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64.

¹³⁷ PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 135-169, set./out. 2016.

¹³⁸ Consoante apontado por Jacinto Coutinho, *ipsis litteris*: “No Brasil, como sói acontecer, aparece [...] já na primeira constituição, isto é, aquela imposta pelo imperador em 1824. Em seu art. 179, XI e XVII, tratava da matéria já para abarcar sua efetiva extensão e, assim, prescrevia ser o juiz natural o juiz competente. Depois, em nunca se tendo chamado a ele pelo nome, tratou-se da matéria em 1891, 1934, 1967 e 1969, não se fazendo apenas na Constituição de 1937” (MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008. p. 172), e, também, por Ada Pellegrini: “Após o hiato da Carta de 10.11.37 que, espelhando a orientação ditatorial, omitiu o princípio do juiz natural [...]” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, v. 29, p. 11-33, jan./mar. 1983).

¹³⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 111.

em *locus* diverso daquele que lhe reserva o programa constitucional. Tem-se, por tudo isso, que “um processo penal dirigido por juiz parcial não está legitimado quer no marco do devido processo legal, quer sob os auspícios do Estado de Direito [...]”¹⁴⁰, porque não se pode qualificar como devido o processo desencadeado perante o julgador que não mantém a necessária equidistância, tanto das partes, quanto do pedido. E, por não ser devido, inexorável que o processo conduzido por juiz parcial também não esteja legitimado à luz o sistema acusatório.

Não se quer confundir, frise-se, imparcialidade com neutralidade, vez que “a neutralidade é impossível, porque o julgador está sempre em relação com o seu meio social, com a tradição em que se insere sua história de vida etc.”¹⁴¹. Nas palavras de Casara, “imparcialidade é sinônimo de alheabilidade; ou seja, o julgador deve estar equidistante dos interesses veiculados pelas partes e não pode retirar proveito do processo”¹⁴². Duclerc, de sua vez, aduz ser a imparcialidade o maior princípio, em importância, em matéria de jurisdição penal, “pois, na verdade, é uma condição que está na raiz do próprio conceito, e sem a qual não se pode mesmo falar de jurisdição como forma democrática de resolução de conflitos na sociedade”¹⁴³.

A imparcialidade, isto posto, é garantia do acusado em face do poder punitivo estatal, garantia essa que se manifesta à medida em que o processo e julgamento se perfaça diante de terceiro não interessado no acerto do caso penal e que, tampouco, tenha se filiado, de antemão, à versão de uma das partes¹⁴⁴. Toma-se, assim, imparcialidade “no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo”¹⁴⁵. Não se trata, portanto, de conceber o julgador como um órgão que possui o condão de se superpor às partes, porque vislumbrar um juiz como imparcial, consoante leciona Miranda Coutinho, “não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas”¹⁴⁶. Neste passo, o

¹⁴⁰ PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 135-169, set./out. 2016.

¹⁴¹ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 149.

¹⁴² *Ibidem*, p. 144.

¹⁴³ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 238.

¹⁴⁴ CASARA, Rubens R. R. *op. cit.*, p. 152.

¹⁴⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

¹⁴⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. *Empório do Direito*, 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 15 out. 2018.

jugador parcial torna prescindível o desenvolvimento de um processo, uma vez que, por aderir a uma das versões apresentadas, já resolvida está a questão, por ter o magistrado, desde logo, conformado o caso penal, independentemente da prova que tenha sido aportada ao processo pelas partes.

Assim, a imparcialidade pela qual deve ser qualificado o órgão julgador consiste na equidistância que necessariamente deve guardar em relação às partes do processo, a qual as causas de suspeição visam resguardar, e em relação ao próprio objeto do processo, o que se prestam a preservar as hipóteses de impedimento, que “objetiva excluir o juiz que possa ter interesse no resultado da causa”¹⁴⁷. Ressalte-se que o rol constante no diploma processual penal não elenca exaustivamente as causas de impedimento e suspeição, pelo que, por hipóteses outras que ensejem mácula à imparcialidade do magistrado, poderá ser declarada a sua incompatibilidade para funcionar no processo¹⁴⁸. Por isso, salutar que a função jurisdicional só encontre legitimidade ao passo em que “a agência judicial se encontrar distante dos interesses parciais, o que garante que as decisões e/ou eventuais restrições aos direitos fundamentais mirem na solução justa do caso penal”¹⁴⁹. Trata-se de pressuposto ao devido processo legal, que salvaguarda o contraditório efetivo - no sentido de que a contradita possa, de fato, influenciar no convencimento -, e, por conseguinte, resguarda o sistema acusatório de processo penal.

O precípua mister do qual a Constituição encarrega juiz, diz Miranda Coutinho, é o de “funcionar como garante da Constituição (talvez o principal) e, por elementar, do cidadão”¹⁵⁰. No processo penal erigido sobre bases democráticas, aponta Lopes Júnior, a sua atuação encontra-se baseada em garantir a intangibilidade dos direitos fundamentais do acusado, porquanto estes encontram guarida constitucional. Conclui, assim, que “a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”¹⁵¹. Neste diapasão, não pode o papel do juiz, no sistema acusatório, equivaler ao de parte processual, atuando direcionado ao alcance de um determinado resultado, pois o que lhe deve caber, com

¹⁴⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

¹⁴⁸ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 146.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 147.

¹⁵⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 12, n. 2, p. 183-176, jul./dez. 2009. p. 184.

¹⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 62.

feito, é garantir que o contraditório seja efetivo e que os sujeitos parciais construam o processo em paridade de armas¹⁵².

Assim, toma-se em conta a jurisdição como garantia do cidadão frente ao poder de punir do Estado, que, nesta linha de raciocínio, consubstancia-se no “direito fundamental de ser julgado por um juiz, natural (cuja competência está prefixada em lei), imparcial e no prazo razoável”¹⁵³. Por isto, ademais de consistir no poder estatal de conformar os casos penais definitivamente, “é uma garantia constitucional do cidadão”¹⁵⁴ de que o desenvolvimento da função jurisdicional no sentido de acertar o caso penal observará determinados limites. Neste sentido, a pena “vem marcada por uma limitação jurídica do poder de perseguir e punir”¹⁵⁵, exigindo o devido processo judicial para legitimar a sua imposição, que caberá, exclusivamente, ao Estado.

É através da figura do juiz, assim, que o Estado desempenha o seu poder de punir, este, consoante mencionado alhures, condicionado ao poder de acusar, em decorrência do princípio da inércia da jurisdição, sobre o qual se funda o sistema acusatório. Conforme leciona Della Villa, “a obrigação de inércia da jurisdição se coloca justamente na proibição do Estado-juiz fazer a função do Estado-acusador, como ocorre quando o órgão acusador deixa de promover a acusação e mesmo assim o juiz aplica uma punição”¹⁵⁶. Uma vez que a inércia da jurisdição é pressuposto para a existência de um juiz imparcial, a reprimenda imposta em desacordo com a postulação ministerial, à medida em que implica o exercício de jurisdição de ofício, resulta em inevitável quebra à imparcialidade do juiz, que, para condenar sem acusação, arvora-se no papel do acusador.

Foi exposto que a imparcialidade exige que mantenha, o magistrado, necessária equidistância do objeto do processo, o que não se revela na condenação imposta em desconformidade com o pedido da parte que constitucionalmente detém o poder de acusar. Deste modo, tem-se que a condenação do acusado pelo juiz diante da absolvição postulada pelo

¹⁵² VILELA, Leonardo Marques. O juiz como sujeito processual no sistema acusatório. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 361-367. p. 362.

¹⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 258.

¹⁵⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998. p. 168.

¹⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36.

¹⁵⁶ DELLA VILLA, Giovani Frazão. *A decisão penal condenatória face ao pedido de absolvição pelo Ministério Público: desconformidade com a Constituição*. 2017. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, p. 162.

acusador, que equivale a não exercer a pretensão acusatória, por violar imposição direta da inércia da jurisdição, afronta, por via de consequência, a imparcialidade que deve ser inerente à atuação jurisdicional, violando, por fim, o próprio modelo acusatório de processo.

4 A CONSTRUÇÃO DA SENTENÇA PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Enquanto ato que encerra o processo, impondo, ao acusado, um decreto condenatório ou a sua absolvição, a sentença penal expressa a função jurisdicional do Estado e, diante disso, deve ser construída em observância a uma série de preceitos, ditados pela Constituição e que dela decorrem. Ater-se-á àqueles de maior relevo para a construção da sentença penal condenatória, que integra o objeto do presente trabalho. Neste sentido, serão abordados, neste capítulo, a presunção de inocência, a correlação entre acusação e sentença e, para realizar um cotejo do dispositivo com o texto constitucional, o artigo 385 do CPP, que traz a permissão, ao julgador, que profira decisão condenatória em desconformidade com o pedido de absolvição formulado pelo órgão ministerial.

4.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA PROBATÓRIA E REGRA DE JULGAMENTO

Em seu art. 5º, inciso LVII, enuncia a Constituição que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”¹⁵⁷, disposição que consubstancia a garantia da presunção de inocência, fundamental à pessoa que tenha contra si instaurada ação penal e que projeta uma série de implicações no que tange ao tratamento que deve ser dirigido ao acusado no decorrer da persecução. Também referida como estado ou situação jurídica de inocência¹⁵⁸, designa “o princípio reitor do processo penal”¹⁵⁹, que, por isso, deve informar a ação do Estado no que toca ao exercício do seu poder punitivo¹⁶⁰. A partir da observância que guarda a atividade estatal em relação ao citado princípio orientador, pode-se dimensionar o relevo que o seu sistema processual penal confere à dignidade da pessoa humana.

Em que pese o texto constitucional não ter referido, em sua literalidade, a presunção de inocência, tendo proclamado, para alguns, tão somente uma “presunção de não-culpabilidade”,

¹⁵⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 dez. 2018.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 52.

¹⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 95.

¹⁶⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 65.

não se vislumbra diferenças entre o núcleo de ambos os princípios¹⁶¹, que são análogos em conteúdo¹⁶². Salienta Luiz Flávio Gomes¹⁶³ que o constituinte brasileiro marchou na esteira do art. 27 da Constituição italiana de 1947, que, ao não anotar expressa menção à presunção de inocência, deu azo a manifestações doutrinárias no sentido de que a disposição constitucional proclamou apenas a presunção de não-culpabilidade, para conceber o acusado como mero imputado, ou seja, inserido num contexto de “neutralidade”, não lhe sendo reconhecida a condição de inocente, tampouco de culpado. Aduz o professor que advém tal raciocínio da Escola Técnico-Jurídica, cuja “base política deita raízes no fascismo, que jamais podia aceitar ou permanecer indiferente ao símbolo antiautoritário que representa a presunção de inocência”¹⁶⁴, raciocínio este calcado na concepção de que a salvaguarda ao interesse social é o precípuo fim do processo penal.

A posição adotada pelo constituinte originário, no sentido de não aludir explicitamente ao princípio, em nada restringe, contudo, a sua dimensão, sobretudo frente ao diploma processual penal de 1941, que, por sua matriz inquisitória, adere ao primado do interesse social. Forçoso convir que uma Carta Política que tem por pilar “[...] “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), que afirma a inviolabilidade da liberdade (art. 5º), que exige prisão fundamentada etc., evidentemente parte do pressuposto de que a liberdade individual, no processo penal, vem em primeiro lugar”¹⁶⁵, pelo que constata-se que prima, a CR, pela liberdade individual, esta resguardada pela presunção de inocência, em contraposição à essência do CPP de 41.

Incide a garantia da presunção de inocência, assim, durante toda a persecução penal, vez que estabeleceu a Constituição, como lapso final para a sua observância, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Deste modo, determina o texto constitucional “um marco temporal mais amplo para sua incidência, indo além do momento em que se considera legalmente provada

¹⁶¹ Aponta Fauzi Choukr, demarcando uma diferenciação, que “afirmar que alguém “não será considerado culpado...” autoriza um maior poder persecutório, com a criação legislativa de medidas cautelares, por exemplo, ou de uma interpretação no sentido *in dubio pro societate*, que ainda permeia largamente os precedentes nos tribunais brasileiros e ainda é sustentada em muitos trabalhos acadêmicos. E isso deriva da matriz política da “não culpabilidade” [...]” (*Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 68).

¹⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 64.

¹⁶³ GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*, v. 729, p. 377, jul. 1996.

¹⁶⁴ *Ibidem*, *idem*.

¹⁶⁵ *Idem*, *ibidem*.

ou comprovada a culpa, ou que seja proferida sentença ou acórdão, ainda que recorrido”¹⁶⁶. Ressalva-se, todavia, que a exposta interpretação não traduz o atual entendimento da Suprema Corte, que “modificou radicalmente a sua posição”¹⁶⁷ acerca do sobredito princípio, fixando, no bojo do HC 126292, referendado, depois, nas ADC 43 e 44, tese no sentido de que a execução provisória da pena após decisão proferida em grau recursal, mesmo que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não afronta o preceito constitucional insculpido no art. 5º, inciso LVII. A posição adotada pelo STF, desta feita, ignora o trânsito em julgado, insculpido na Constituição, para estipular que o lapso que dá cabo à incidência da presunção de inocência na persecução é a confirmação da decisão condenatória em segunda instância.

Assinala Lopes Júnior¹⁶⁸ que a presunção de inocência dita um dever de tratamento que se manifesta numa dimensão interna, à proporção em que se desvela frente ao juiz para impor que o ônus probatório seja inteiramente incumbido ao órgão de acusação e para assentar que a condenação não pode ser decretada em face da manutenção de qualquer dúvida, e, numa dimensão externa, a partir da qual impõe-se a presunção de inocência como “limite democrático” para a mediatização excessiva do processo penal e do fato delituoso, que irremediavelmente redundam na estigmatização do acusado. Já no tocante à sua natureza jurídica¹⁶⁹, consiste a presunção de inocência, sob o prisma formal, em direito fundamental, vez que constante do extenso rol do artigo 5º da CR, e, da perspectiva intrínseca, é um direito de cunho processual. Daí extrai-se que o seu conteúdo se projeta no campo do processo penal enquanto garantia, como regra de tratamento do acusado e, ainda, enquanto regra probatória.

À medida em que se traduz em garantia política do cidadão, a presunção de inocência decorre, logicamente, do sistema acusatório, consistindo em “fundamento sistemático e estrutural”¹⁷⁰ deste modelo de processo penal, que é correlato ao Estado de Direito. É, deste modo, garantia ínsita à estrutura acusatória de processo, na qual, ao acusado, é reconhecida a condição de sujeito de direitos, e, neste passo, é condição substancial ao Estado que se pretende

¹⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 66.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 53.

¹⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96-97.

¹⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*, v. 729, p. 377, jul. 1996.

¹⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. loc. cit.

submeter ao Direito. A presunção de inocência, nesta acepção, resulta ofendida quando, na atividade persecutória, não são devidamente observadas as normas impostas pela ordem jurídica¹⁷¹. Já enquanto regra de tratamento a ser dispensado ao acusado, a presunção de inocência assevera que o estado de inocência só poderá ser afastado na hipótese de prova efetiva da prática de infração penal, obstando “qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade”¹⁷², por qualquer que seja o instrumento. Decorre daí que qualquer restrição à liberdade do acusado acompanhe a devida fundamentação, que embase a estrita necessidade de decretação da medida.

Compreendida enquanto regra probatória, a presunção de inocência se projeta no processo para fixar, ao órgão acusador, o ônus de provar as suas alegações, bem como o de comprovar a viabilidade de que se imponha uma pena em concreto. Tal determinação, no sentido de impor à acusação que se desincumba do *onus probandi*, resulta por impossibilitar, no âmbito do processo penal, “a incidência de [...] qualquer proposta de distribuição da carga probatória entre as partes e, [...] a transferência da atividade probatória para o órgão julgador em razão da inércia do acusador em cumprir corretamente o seu mister”¹⁷³. Concretiza, nesta perspectiva, que a gestão da prova se concentre nas mãos do acusador, critério que dita o modelo acusatório de processo. Neste particular, registre-se a possibilidade, ao nosso processo penal, de “conviver adequadamente com a proibição do juiz produzir provas de ofício, em decorrência lógica do princípio constitucional da presunção de inocência e do modelo acusatório adotado pela Constituição”¹⁷⁴. Não é, todavia, o que prevalece na prática, tendo em vista que, pela ausência de uma atividade de cotejo entre a legislação ordinária e os preceitos que emanam da Constituição, preponderam, no que toca à questão probatória, as disposições do CPP. Para além disso, esta acepção do princípio comporta, ainda, o aspecto de que a prova produzida pela acusação deve ser lícita - no que se integra a garantia da presunção de inocência com a da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal - e, também, incriminadora, isto é, capaz de atestar autoria e

¹⁷¹ GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*, v. 729, p. 377, jul. 1996.

¹⁷² Idem, *ibidem*.

¹⁷³ SILVA, Fernando Laércio Alves da. O que os juízes julgam (?). A necessária revisitação da metodologia decisória a partir da garantia constitucional do estado de inocência. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 97-113. p. 106.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A atuação do julgador no processo penal constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 111.

materialidade da infração penal¹⁷⁵. Portanto, “a prova lícita a ser produzida pelo acusador [...] será adequada e eficaz para afastar a presunção de inocência, se tiver conteúdo incriminador”¹⁷⁶.

Na visão de Rangel¹⁷⁷, a disposição constitucional sob exame não se identifica com a presunção de inocência, traduzindo-se, em verdade, em regra que impõe ao Ministério Público o ônus de provar o quanto alegado em sua acusação, mister decorrente da posição de *custos iuris* que lhe incumbe no âmbito do Estado Democrático de Direito. Esta acepção, sem embargo, coaduna-se com a presunção de inocência enquanto regra probatória, que significa “que todo o ônus de provar tanto os elementos do crime [...] como a possibilidade de aplicação da pena no caso concreto recai sobre a acusação”¹⁷⁸. A concepção do autor quanto à norma expressa pelo inciso LVII do art. 5º da CR, assim, identifica-se, consoante o exposto, com uma das projeções do princípio da presunção de inocência dentro do processo penal.

Aponta-se, ainda, a presunção de inocência como regra de julgamento, conforme a lição de Badaró¹⁷⁹, ou “norma de juízo”, como afirma Moraes¹⁸⁰, norma essa que deverá ser observada à medida em que o deslinde do processo sujeite-se a dúvida remanescente sobre questão relevante. A presunção de inocência, assim compreendida, confunde-se com o preceito do *in dubio pro reo*, porquanto a imposição de decreto condenatório requer a efetiva prova da culpabilidade do acusado, para além de qualquer questão permeada por incertezas. Difere a noção do princípio enquanto regra de julgamento para a sua acepção como norma probatória na medida em que a norma de juízo só poderá incidir sobre prova já produzida¹⁸¹. Ademais, a presunção de inocência como “norma de juízo” se presta a determinar se o resultado da atividade probatória desenvolvida pelo órgão acusador é suficiente para retirar o estado de inocência do acusado, ao

¹⁷⁵ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. *E-book*.

¹⁷⁶ Idem, *ibidem*

¹⁷⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 32.

¹⁷⁸ SILVA, Fernando Laércio Alves da. O que os juízes julgam (?). A necessária revisitação da metodologia decisória a partir da garantia constitucional do estado de inocência. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 97-113. p. 106.

¹⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 68.

¹⁸⁰ MORAES, Mauricio Zanoide de. *op. cit.*

¹⁸¹ Idem, *ibidem*.

passo em que a sua manifestação enquanto regra probatória impõe uma aferição objetivamente centrada em ter o acusador aportado aos autos prova lícita e incriminadora¹⁸².

Neste fluxo, a interpretação da presunção de inocência enquanto “norma de juízo” se deve dar em conformidade ao *in dubio pro reo*, na hipótese de remanescerem dúvidas quanto à culpabilidade do acusado. Na toada de Pacelli, o estado de inocência “encontra sua mais radical fundamentação na incerteza, enquanto ponto de partida”¹⁸³. Por isso, não se há que partir da probabilidade de certeza da culpa do acusado para se chegar ao convencimento judicial, mas, sim, da incerteza, porque inequívoco, neste ponto, é o estado de inocência do imputado, cuja culpabilidade somente se poderá sustentar “se as provas incriminadoras foram eficazes e adequadas o suficiente para retirar da mente judicial qualquer dúvida racionalmente justificável sobre qualquer ponto indispensável para a condenação”¹⁸⁴. Assim, a partir da análise probatória, o julgador, alcançando a certeza, deve decidir no sentido que esta indicar - seja para condenar, seja para absolver o réu. Deve decidir, todavia, em favor do acusado, se pendente a dúvida.

Nesta sequência, incide o ora versado princípio na sentença penal ao passo em que consiste, esta última, no “momento culminante na prestação jurisdicional pela qual se desconstrói, no marco da legalidade estrita, a presunção de inocência ou a confirma, mantendo integralmente o estado de liberdade da pessoa acusada”¹⁸⁵. A sentença penal se trata, portanto, do instante em que o julgador, reputando o acervo probatório carreado aos autos pela acusação suficiente para afastar o estado de inocência, decreta a condenação do acusado. Em contrapartida, constatando a insuficiência, deverá proclamar a sua absolvição. A presunção de inocência, assim, “somente poderá ser afastada se e quando o julgador demonstrar em sua motivação que, baseado em prova incriminadora lícita, atingiu o estado subjetivo de certeza necessário para decidir em desfavor do imputado”¹⁸⁶.

Advém da presunção de inocência enquanto regra de julgamento, nesta linha, a imposição de que as decisões sejam motivadas, porquanto seja a motivação judicial “a única maneira para

¹⁸² MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. *E-book*.

¹⁸³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. O processo penal como dialética da incerteza. *Revista de Informação Legislativa*, a. 46, n. 183, p. 67-75, jul./set. 2009. p. 73.

¹⁸⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *op. cit.*

¹⁸⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 605.

¹⁸⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *op. cit.*

que as partes compreendam as razões de decidir”¹⁸⁷. Neste diapasão, o citado princípio demarca a liberdade de convicção do magistrado no que toca à apreciação da prova produzida, ditando que o exame se complete orientado pelo *in dubio pro reo*, tendo em vista que liberdade de convencimento não se confunde com arbitrariedade, porquanto, no modelo acusatório de processo, “a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório”¹⁸⁸. Por conseguinte, na estrutura acusatória, não é dado ao julgador que decida em consonância com convicções pessoais condenatórias. Desta feita, a necessidade de motivação das decisões “é o meio objetivamente mais seguro para se verificar até que ponto o juiz traz, para o instante decisório, influências externas aos autos, estranhas à causa e, por essa razão, inconstitucionais”¹⁸⁹. Logo, a partir da fundamentação da decisão, pode-se aferir o respeito que foi destinado ao princípio da presunção de inocência, à proporção em que se revele o julgamento motivado por influxos alheios ao processo, motivação essa que não converge, isto posto, aos ditames constitucionais.

Pelo exposto, no que tange à construção da decisão penal, incide a presunção de inocência, mormente, enquanto regra probatória e regra de julgamento. A presunção de inocência, em sua acepção de regra probatória, a qual fixa que “a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação”¹⁹⁰, queda violada à medida que o julgador, de ofício, interfere na atividade probatória, tomando para si ônus que pertence à acusação. Por via de consequência, ao decidir em desfavor do acusado embasado em provas que foi à cata, corrobora que suplantou o órgão acusador na tarefa de levar a cabo a pretensão acusatória, e, logo, se afronta princípio substancial a tal estrutura, também ofende, de plano, o sistema acusatório. De outro lado, se a decisão penal encontra fundamento em elementos estranhos ao processo, não revelando o material probatório carreado pela acusação a necessária suficiência para afastar o estado de inocência do acusado, contrariada, portanto, está a presunção de inocência enquanto regra de julgamento.

¹⁸⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. *E-book*.

¹⁸⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96.

¹⁸⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *op. cit.*

¹⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury, *loc. cit.*

4.2 A CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

Impõe o também denominado princípio da congruência que, consoante preleciona Badaró, haja uma conformidade entre o disposto no pronunciamento judicial e o constante da peça acusatória, “ou seja, o acusado deve ser julgado, sendo condenado ou absolvido, pelos fatos que constam na denúncia ou queixa”¹⁹¹. Importa, desta feita, que o julgamento proferido pelo magistrado esteja pautado na exposição fática deduzida na ação penal, por intermédio da denúncia ou queixa-crime, não lhe sendo permitido julgar além do que foi posto em juízo, sobrepujando-se ao delineado na acusação. Deste modo, “quando o juiz proferir sua decisão, não poderá modificar a imputação fática realizada na peça acusatória (*thema decidendum*), devendo haver sempre uma correlação exata entre imputação e sentença”¹⁹². Crucial se faz, assim, que a decisão penal se atenha ao aduzido na acusação, sob pena de já nascer nula, porque incongruente.

Cuida-se tal regra de corolário da estrutura acusatória de processo, erigida sobre o princípio da inércia da jurisdição¹⁹³, que impede ao julgador, tendo em vista a atribuição das diferentes funções processuais a sujeitos também diversos, que proceda a julgamentos de ofício, o que se verifica quando sentença desbordando do limite colocado pela acusação. Assim, na proporção em que está afeta à necessidade do sujeito submetido à persecução de “saber, com precisão, qual o fato a ele imputado e não correr o risco de ser condenado por fato diferente daquele da acusação”¹⁹⁴, a correlação afirma, neste seguimento, o pleno exercício do direito de defesa, por garantir ao réu que a sentença não extrapole os confins da imputação realizada pelo *parquet*, traduzindo-se, sob este viés, em garantia essencial ao acusado, pois serve a assegurar “que apenas será julgado nos limites do pedido do autor”¹⁹⁵, bem como a resguardar-lhe de eventual condenação decretada sem que lhe tenha sido viabilizado o integral exercício da defesa.

Deve a acusação, por elementar, expor de modo inequívoco as imputações, com a necessária individualização de condutas, com vistas a tornar possível, ao acusado, que

¹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 560.

¹⁹² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998. p. 178.

¹⁹³ SILVA, Danielle Souza de Andrade E. A emendatio libelli e a mutatio libelli na Reforma do Código de Processo Penal. *Revista dos Tribunais*, v. 881, p. 423, mar. 2009.

¹⁹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. A correlação entre imputação e sentença no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 324-352, jul./ago. 2010.

¹⁹⁵ SILVA, Danielle Souza de Andrade E. op. cit.

adequadamente exerça a sua defesa. Não é por outra razão que necessita a peça acusatória observar determinados requisitos, dispostos no art. 41 do CPP, o qual determina que a denúncia ou queixa descreva todas as circunstâncias referentes à infração penal, além de apontar a tipificação legal do fato delituoso, sob pena de ser considerada inepta, ensejando o seu não recebimento¹⁹⁶. Nesta esteira, revela a lição de Aury Lopes Júnior que a sentença incongruente gera um “inegável estado de indefesa”¹⁹⁷, porque imputa ao réu questão não aventada pela acusação, em relação à qual, por óbvio, não realizou defesa, uma vez que apenas se afigura possível que reaja ao que lhe foi apresentado, ou seja, o quanto veiculado na acusação. O espaço pelo qual pode transitar o magistrado no seu pronunciamento, portanto, está delimitado por aquilo que foi deduzido pelo Ministério Público na ação penal, sendo manifesto que o desrespeito a tais limites consiste em cerceamento da defesa do acusado.

Embora a regra encerrada na correlação entre acusação e sentença possa ser tomada por decorrência, inclusive, do devido processo legal¹⁹⁸, guardando profunda relação com a ampla defesa, assevera Badaró¹⁹⁹ que tal regra se presta a salvaguardar, ao fim e ao cabo, o contraditório, garantia constitucionalmente assegurada e intrínseca ao sistema acusatório, na medida em que não está para preservar, tão somente, prerrogativas pertinentes ao acusado, mas, inclusive, o posicionamento adotado pelo sujeito processual que deflagra a persecução penal, seja o Ministério Público, na ação penal de natureza pública, seja o querelante, na ação penal de iniciativa privada. Pretende a correlação, portanto, resguardar a posição de ambas as partes, exaradas no âmbito no processo. Trata-se de regra que visa garantir que a argumentação suscitada na sentença tenha sido devidamente posta à apreciação das partes durante a persecução penal.

Assinala Gloeckner que, “para a maioria dos autores, a correlação estaria garantida quando se verifica a preservação do objeto do processo”²⁰⁰. Tal assertiva guarda relação com a função garantidora do objeto processual, que, destaca Choukr, corresponde ao seu “papel de garantia essencial na persecução conforme ao modelo acusatório e ao Estado de Direito, pois

¹⁹⁶ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta.

¹⁹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 900.

¹⁹⁸ Neste sentido, DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 76.

¹⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 560.

²⁰⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades na imputação criminal: Operação Lava Jato e o art. 383 do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 281-307, set./out. 2016.

delimita o espaço de cognição a ser desenvolvido no processo e orienta os limites do contraditório e da ampla defesa”²⁰¹. É por isso que, como forma de garantir ao acusado que sua defesa abarcará o objeto processual em sua inteireza, deve-se dar o quanto antes, no processo que se desenvolve à luz do sistema acusatório, a estabilização da pretensão acusatória. Na sistemática processual penal ora vigente, consubstancia inegável marca inquisitiva que a modificação do objeto processual só não se possa dar em instância recursal²⁰², subsistindo, na fase antecedente, a possibilidade de alteração até a prolação da sentença, ato que põe termo àquela etapa judicial²⁰³. Durante toda a marcha persecutória desenvolvida em primeiro grau, desta feita, permanece latente o risco de redimensionamento do objeto do processo, e o acusado, por via de consequência, à mercê de variações que podem vir à tona, inclusive, no corpo da própria sentença, o que, incontestavelmente, irá lhe gerar prejuízo. Pelo princípio da congruência, “a sentença não pode ter em consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação”²⁰⁴. Assim, por todo o exposto, a correlação não pode encontrar salvaguarda em decisão penal que abraja indevida modificação do objeto do processo, este delineado pelo órgão ministerial na sua acusação.

Também por corolário da regra da correlação, especialmente relacionando-se, aqui, com a imparcialidade que deve ser inerente à atuação do julgador, tem-se que em “qualquer alteração na veiculação da acusação, descabe, a partir do modelo constitucional, o protagonismo judicial pois decorre da norma do art. 129, I, do texto constitucional”²⁰⁵. É por este motivo que o princípio da congruência só pode encontrar guarida no processo de cariz acusatório, com a separação da função acusatória da função de julgar, porque, ao não admitir que o magistrado julgue para além da pretensão do acusador, está a regra afirmando, conseqüentemente, que os papéis processuais não se podem confundir. Portanto, “a proibição do juiz, de se preocupar com questões que não

²⁰¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 334.

²⁰² Neste sentido dispõe o enunciado n. 453 da Súmula do STF: “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula* 453. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2735>>. Acesso em: 6 dez. 2018).

²⁰³ CHOUKR, Fauzi Hassan. op. cit., p. 336.

²⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p 893.

²⁰⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. op. cit., p. 339.

lhe foram direcionadas, deve-se à diferenciação entre juiz e partes”²⁰⁶, assertiva que claramente se insere no contexto de um processo acusatório, regido pelo princípio da inércia da jurisdição, a qual exige, para se desenrolar, prévia invocação. Salienta Lopes Júnior²⁰⁷ que a dificuldade instaurada relativamente à regra da correlação, no processo penal que hoje vigora, está justificada por se encontrar a nossa estrutura precipuamente esteada em um diploma que foi concebido sob a vigência de uma Constituição outorgada, marcado, em decorrência disso, por fortes traços inquisitivos. Daí porque aponta o autor ser neoinquisitório o modelo processual penal brasileiro, porque, embora consagre o inicial afastamento das funções processuais de acusar e julgar, entrega ao juiz, durante o processo, a gestão da prova²⁰⁸.

Apesar da dicção do art. 383 do CPP²⁰⁹, insta ressaltar que o contraditório não se impõe tão somente diante de questões de fato²¹⁰, vez que não se pode subtrair do debate questões que permeiam o processo e em seu desfecho possam decisivamente influir. Na toada em que “não há fato que possa independe da norma jurídica, nem tampouco norma que não seja criada, moldada e pensada a não ser para o fato”²¹¹, não se desvelam nítidos os contornos entre as matérias que se podem dizer de fato e as de direito, a ponto de ensejar tamanha distinção que embase um tratamento diferenciado para as questões no tocante à necessidade do contraditório. O art. 383 do CPP, diz Gloeckner, “consiste num dispositivo de flexibilização de imputação”²¹², no passo em que concede permissão ao juiz para, no derradeiro ato da marcha processual, promover nova valoração dos fatos deduzidos na ação penal, em desacordo com o discutido pelas partes ao longo do processo, sem necessidade, conquanto, de submeter a substancial alteração ao crivo do contraditório. Uma vez que, pela literalidade do artigo, disporá sempre o magistrado do poder de modificar a classificação do fato, “ao acusado foi imposto o pesado ônus de se defender da classificação expressa e de todas as outras possíveis”²¹³, já que, em afronta ao devido processo legal orientado pela Constituição, autoriza o art. 383 que a sentença lhe traga a surpresa - dado

²⁰⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades na imputação criminal: Operação Lava Jato e o art. 383 do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 281-307, set./out. 2016.

²⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 899.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 47.

²⁰⁹ Art. 383. 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.

²¹⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *op. cit.*

²¹¹ *Idem*, *ibidem*.

²¹² *Ibidem*, *idem*.

²¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. A correlação entre imputação e sentença no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 324-352, jul./ago. 2010.

que prescindível o prévio contraditório -, da condenação por tipo diverso daquele pelo qual foi acusado, e, logo, com base no qual construiu sua tese defensiva. É insustentável a alegação - para admitir que se mantenha disposição tal no ordenamento jurídico -, de que o réu produz sua defesa enfrentando os fatos relatados na exordial²¹⁴, como se irrelevante fosse a tipificação realizada pelo acusador e assim o entendesse, também, a defesa, para desconsiderá-la e ater-se somente à narrativa fática. É preciso assentar que já inexistente “espaço constitucional para continuarmos mutilando o contraditório em nome de uma equivocada leitura do adágio *narra mihi factum, dabo tibi ius*”²¹⁵. Flagrante a incompatibilidade constitucional do dispositivo, e, num sistema que se pretende acusatório, não se pode tolerar a violação ao contraditório, um dos princípios basilares deste modelo processual.

A sentença que afronte a regra da correlação, leciona Badaró²¹⁶, estará “viciada pela nulidade absoluta”. Ao passo em que não guarde correspondência com a acusação, revelando decisão *extra* ou *ultra petita*, o pronunciamento judicial é nulo, porquanto incongruente. Por ser prolatada mediante a violação do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juízo - por abrigar ato de ofício do magistrado, no que toca à alteração do objeto processual²¹⁷ - e da inércia da jurisdição, a decisão penal proferida em afronta à correlação também não se conforma à Constituição, na medida em que conflita com o próprio sistema acusatório.

Neste diapasão, a sentença penal condenatória que inclua agravantes não ventiladas pela acusação no curso do processo penal, conforme a dicção da segunda parte do art. 385 do CPP, frontalmente viola a regra da correlação, e, por via de consequência, todos os demais princípios fundantes da estrutura acusatória, pelo que a aplicação do dispositivo “conduz a uma grave nulidade da sentença”²¹⁸, questão que será devidamente enfrentada em tópico próprio.

Assentado, ainda, que a acusação não se encerra com o oferecimento da denúncia, cabendo ao Ministério Público desenvolvê-la, culminando no momento das alegações finais, a condenação decretada diante do pedido absolutório formulado pelo MP também viola a

²¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança do fato ou da classificação no novo procedimento do júri. *Boletim IBCCRIM*, v. 16, n. 188, p. 6, jul. 2008.

²¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 899.

²¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Da inadmissibilidade da Imputação alternativa no processo penal brasileiro*. Disponível em: <<https://badaroadvogados.com.br/ano-2011-da-inadmissibilidade-da-imputacao-alternativa-no-processo-penal-brasileiro.html>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

²¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. op. cit., p. 901.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 923.

correlação entre acusação e sentença, porquanto o derradeiro ato postulatório do acusador delinear os limites da pretensão acusatória, tendo em vista que, ao postular a absolvição, “o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém”²¹⁹. A congruência, neste passo, “não é apenas entre acusação e sentença, mas entre acusação, defesa, instrução e sentença”²²⁰, impondo que haja correlação entre a acusação desenvolvida no decorrer da marcha processual e a decisão prolatada pelo julgador.

4.3 O ARTIGO 385 DO CPP E A SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

O Código de Processo Penal de 1941 enuncia a possibilidade, ao magistrado, de, contrariando a postulação ministerial pela absolvição do réu, prolatar sentença penal condenatória, permitindo-lhe, ainda, que inclua agravantes, de ofício. Prevê o artigo 385, assim, que “Nos crimes de ação penal 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”.

A disposição do artigo traz expressa autorização ao magistrado para reconhecer, na sentença, agravantes que não tenham sido suscitadas pela acusação. Franqueia ao órgão julgador, desta feita, que extrapole os limites da acusação deduzida pelo sujeito processual que constitucionalmente detém a incumbência de levar a efeito a pretensão acusatória. Convém ressaltar que, neste caso, “sequer invocação existe”, “menos ainda exercício integral da pretensão acusatória para legitimar a punição”²²¹. A previsão revela, primeiro, manifesta afronta à regra da correlação entre acusação e sentença, a qual impõe que haja “uma identidade entre o objeto da imputação e o da sentença”²²². Trata-se de uma “vinculação temática do julgador ao objeto da acusação”²²³, que visa garantir, ao acusado, o pleno exercício do seu direito de defesa, a partir da não-surpresa. Uma vez não aventadas pelo órgão acusador, as agravantes reconhecidas em sede de decisão penal condenatória vertem-na incongruente, visto que deve o magistrado, quando da prolação de sentença, ater-se aos estritos contornos da acusação. De outro lado, o reconhecimento

²¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 921.

²²⁰ *Ibidem*, p. 901.

²²¹ *Ibidem*, p. 922.

²²² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 560.

²²³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 635.

de circunstâncias agravantes de ofício viola, de plano, o “princípio supremo”²²⁴ do processo acusatório, qual seja, a imparcialidade do órgão julgador. Ao exorbitar dos limites da pretensão deduzida pelo *parquet*, está ele próprio, juiz, formulando acusação, ao fim e ao cabo arvorando-se no papel de acusador e desviando-se do seu *locus* constitucional. Está o magistrado, nesta senda, “acusando de ofício para poder, ele mesmo, condenar”²²⁵. Ofende, além disso, o princípio do contraditório, decidindo sobre matéria não submetida à apreciação das partes. Macula, por todo o exposto, o sistema acusatório que tem por pilar o *actus trium personarum*, já que, agindo respaldado por esta passagem de lei, termina o juiz por funcionar, simultaneamente, como acusador e julgador do processo, em patente afronta ao que determina a Constituição quanto à separação das funções, aglutinando, assim, o exercício da acusação e da pretensão punitiva, concentração de poderes inerente ao processo de cunho inquisitivo.

Deste modo, a decisão penal condenatória que introduz agravantes de ofício trata-se de sentença *extra petita*²²⁶, portanto incongruente em razão do julgamento proferido para além da imputação atribuída ao réu. Desta feita, ao desbordar das linhas da acusação para incluir agravantes que não perfazem o objeto do processo, profere, o juiz, sentença eivada de nulidade, por ofender a necessária correlação entre imputação e sentença, e, por decorrência lógica, o contraditório e o próprio sistema acusatório, assim violando a Constituição.

O dispositivo, além disso, nomina de “opinião” a postulação do Ministério Público, que, porquanto sujeito parcial na acusação de natureza pública, formula pedidos, tal como a defesa, em consonância com a estrutura dialética que deve permear o processo desenvolvido sob a égide do sistema acusatório. Assim, uma vez que a sua função no modelo processual regido pelo princípio acusatório é, necessariamente, a de parte, o MP “não “opina”; não emite “pareceres” no curso da acusação pública”²²⁷, mas, sim, apresenta pedidos. Não hão que ser tomadas as suas formulações na última fase postulatória como simples parecer; devem, em verdade, “ser

²²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 899.

²²⁵ *Ibidem*, p. 922.

²²⁶ Com base na lição de Aury Lopes Júnior, para quem a categoria de sentença *extra petita* já absorve a *ultra petita*, tendo em vista que, ao julgar “além do pedido” - classificação dada pela doutrina para a sentença *ultra petita* -, está o juiz, necessariamente, julgando diversamente do que foi pedido. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 919.

²²⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 330.

consideradas como momento de confirmação da pretensão acusatória, pressuposto para a pretensão punitiva estatal”²²⁸.

A disposição principal do artigo, enfim, consiste na permissão conferida ao magistrado de prolatar decisão condenatória em desacordo com o pedido do órgão ao qual a Constituição outorgou, privativamente, o poder de acusar. A ausência de uma filtragem do dispositivo leva a que seja aplicado sem maiores indagações acerca da sua efetiva recepção pela ordem constitucional, como se estivesse “o julgador absolutamente desvinculado de qualquer postulação do acusador”²²⁹. Tal conclusão só pode ser fruto de uma cultura inquisitiva amparada na estrutura do vigente CPP; todavia, como já é sabido, importa realizar uma leitura do Código de Processo Penal de acordo com o que dita a Constituição, e não o contrário.

Assim, toma-se por partida o sistema acusatório constitucionalmente orientado, com a sua regência pelo princípio da inércia da jurisdição, nos termos do qual “deve o juiz manter-se em inércia, só atuando quando invocado pelas partes e na medida da invocação”²³⁰. Com base neste princípio, está o exercício da jurisdição, no processo penal, condicionado ao da pretensão acusatória. Neste passo, o provimento do juiz não pode prescindir do pedido, do que advém que “o juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido”²³¹. A condenação prolatada em contraposição ao pedido da parte legitimada a acusar, por isso, viola a inércia da jurisdição, já que a jurisdição exercida não foi previamente invocada.

Nesta toada, “condenar sem pedido de condenação é, pois, condenar arbitrariamente, com violação ao devido processo constitucional”²³², e, uma vez erigido o sistema acusatório sobre o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, conflita a dicção do artigo, também, “com o devido processo legal, porque o juiz estaria exercendo jurisdição sem ação, usurpando, assim, função da acusação”²³³. Assim, deve a condenação, necessariamente, corresponder a um pedido e, se advém sentença condenatória em face de pedido absolutório formulado pela acusação, inegavelmente

²²⁸ 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. p. 1045.

²²⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 636

²³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 899.

²³¹ *Ibidem*, loc. cit.

²³² QUEIROZ, Paulo. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

²³³ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 191.

embrenhou-se o magistrado no papel de acusador, pois não proveu de acordo com o postulado por quaisquer das partes processuais, do que depreende-se que a decisão condenatória, no caso em tela, resulta de equivocada arvorar do órgão jurisdicional na função acusatória. Destarte, “na medida em que deseja decidir de forma mais severa para o acusado em desconformidade com o órgão acusador, que é quem exerce a pretensão acusatória”²³⁴, macula, o julgador, a imparcialidade que deveria reger a sua atuação. É garantia inerente ao devido processo legal que o julgamento se perfaça por intermédio de juiz equidistante do objeto veiculado no processo, e, por isso, ainda que “subjetivamente se convença da responsabilidade criminal do acusado, o juiz estará objetivamente vinculado ao dever de isenção, que deriva do seu papel de terceiro desinteressado”²³⁵. Uma condenação, portanto, decretada frente ao pedido absolutório das partes, põe em xeque a imprescindível condição de imparcial do magistrado, porque plenamente factível a possibilidade de que tenha decidido com base nas suas próprias convicções.

Visto que consiste a pretensão acusatória no objeto do processo penal, equivale a absolvição requerida pelo julgador, logo, à retirada da pretensão acusatória, pelo que resta esvaziado o próprio objeto do processo²³⁶. Assim, “se não há pedido de condenação, não há mais pretensão processual”²³⁷. Na esteira das lições de Rangel, “o exercício da pretensão acusatória é a energia que anima todo o processo”²³⁸, em virtude do que o abandono da pretensão corresponde a destituir o processo de sustentáculo e, nesta senda, “se a pretensão deixa de ser exercida pelo MP, não pode o juiz, no sistema acusatório, fazê-lo”²³⁹, restando-lhe, por não ser função sua levar a cabo a pretensão acusatória com a qual já recuou o sujeito que detém tal atribuição, proferir a absolvição. Diante deste quadro, se adota o magistrado postura diversa, ou seja, insiste na condenação do acusado, exercita o poder punitivo na ausência de prévia invocação que o legitime, “no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo”²⁴⁰, terminando por se converter “em

²³⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 67.

²³⁵ ARAS, Vladimir. *O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

²³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista de Estudos Criminais*, v. 2, n. 6, p. 124-142, 2002. p. 131.

²³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 555.

²³⁸ RANGEL, Paulo. op. cit., p. 68.

²³⁹ Ibidem, p. 67.

²⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? *Revista Consultor Jurídico*, 5 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

parte no processo penal e autor da tese acusatória já abandonada pelo *dominus litis*²⁴¹. Registre-se que o exercício do poder punitivo se subordina ao exercício do poder de acusar, premissa que se faz “inexorável, se realmente se quer efetivar o projeto acusatório da Constituição”²⁴². Por isso, no sistema processual penal de natureza acusatória, espera-se, do magistrado, que atue nos limites da acusação demarcada pelo Ministério Público, devendo o art. 385, neste passo, “permitir uma filtragem constitucional de um processo acusatório, com papéis claramente demarcados, de um juiz que só julga, e um Ministério Público a quem cabe, exclusivamente, promover a ação penal”²⁴³. E, uma vez esvaziado o objeto do processo penal, o juiz, para condenar, não só julga, como, também, sustenta a pretensão acusatória já abandonada pelo *parquet*.

A condenação proferida em face do pedido de absolvição do detentor do poder de acusar afronta, ainda, o contraditório, que “é imperativo para a validade da sentença”²⁴⁴. Uma vez requerendo, o Ministério Público, a absolvição do réu em sede de alegações finais, consoante explicita Geraldo Prado, recorrendo à posição de Santiago Martínez, “o que ocorre em concreto, no processo, é que o acusador subtrai do debate contraditório a matéria referente à análise das provas que foram produzidas na etapa anterior e que possam ser consideradas desfavoráveis ao réu”²⁴⁵. Neste cenário, em que já as partes convergem quanto à absolvição, a sobrevinda de uma sentença condenatória “surpreende a defesa com narrativa inédita no processo”²⁴⁶, narrativa acusatória, pois, pelo magistrado avocada em fase posterior ao confronto de argumentações²⁴⁷. A defesa, neste diapasão, vê cerceado o exercício do seu direito constitucional ao contraditório, vez que impossível que enfrente teses não colocadas à sua apreciação²⁴⁸. Por isso, “é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição”²⁴⁹, porque não é dado ao juiz que arrime suas decisões em provas e/ou argumentos que não tenham sido submetidos ao crivo

²⁴¹ ARAS, Vladimir. *O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

²⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 921.

²⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 554.

²⁴⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

²⁴⁵ Idem, *ibidem*.

²⁴⁶ 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. p. 1044.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 1067.

²⁴⁸ PRADO, Geraldo. *op. cit.*

²⁴⁹ Idem, *ibidem*.

do contraditório, sendo a afronta ao sobredito princípio constitucional a causa da nulidade da sentença.

Conforme destaca Choukr, ao examinar-se a matéria pela perspectiva do Código de Processo Penal de 1941, de matriz notadamente inquisitória, “é natural que o magistrado realmente não se prenda às postulações finais do Ministério Público”²⁵⁰, uma vez que o diploma confere ao julgador amplos poderes instrutórios - a exemplo do art. 156²⁵¹, que lhe permite determinar, de ofício, a produção probatória -. Todavia, procedida a filtragem do dispositivo a partir do referencial constitucional, tem-se, com fulcro no art. 129, inciso I, da CR, confiada ao *parquet* a incumbência de desenvolver a acusação, pelo que não se completa o seu mister “com a simples veiculação da acusação, mas encerra toda uma gama de poderes e deveres [...]”²⁵². Tendo em vista, assim, que a Constituição atribui ao MP a privativa promoção da ação penal de natureza pública, reservando-lhe o poder de acusar, “o art. 385 não tem como subsistir na sua redação, pois não há como sustentar a condenação de alguém quando o próprio acusador avalia a impropriedade da sanção”²⁵³.

Vislumbra-se que a sustentação do art. 385 no vigente ordenamento jurídico só pode ser fundada na “crença [...] da falecida e falaciosa ideia de verdade real”²⁵⁴, que legitima a entrega de uma série de poderes ao magistrado, dentre os quais, a este serviço, enfatiza-se a iniciativa probatória, conferindo-lhe um papel de protagonismo no campo do processo ao sagrá-lo o único sujeito apto a perseguir a verdade dos fatos, sem conceber que essa verdade pode ser substancialmente modificada ou “sofrer influência dos atos e percepções do juiz”²⁵⁵. É necessário destacar que só pode encontrar guarida a ideia de verdade real em modelos autoritários de processo, porquanto “uma ideologia de busca da verdade [...] inevitavelmente conforma um Processo Penal do inimigo, manifestamente contrário ao sistema acusatório delineado pela

²⁵⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

²⁵¹ 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.

²⁵² CHOUKR, Fauzi Hassan. *op. cit.*

²⁵³ *Idem*, *ibidem*.

²⁵⁴ 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. p. 1055.

²⁵⁵ *Idem*, p. 1059.

Constituição Federal de 1988”²⁵⁶. Assim, na esteira de Salah Khaled Jr., assenta-se que “o conhecimento sobre o passado é construído a partir de rastros, conformando uma verdade analógica que é produzida narrativamente”²⁵⁷, pelo que, no processo penal, o que apresentam as partes, cada uma, são as suas narrativas dos fatos, a partir das quais deve o julgador formar a sua convicção.

É nesta toada que Garcia²⁵⁸ delinea a questão atinente a comportar, o processo, uma narrativa autônoma, capitaneada pelo julgador, apta a subsidiar a condenação prolatada em desacordo à vontade das partes. Conclui que autorizar ao juiz que se aparte da narrativa suscitada pelos sujeitos parciais para recorrer a narrativa autônoma em sua decisão - permissão essa consubstanciada pelo art. 385 -, significa “deslocá-lo da condição de imparcial, uma vez que o retira de sua inércia devida e o coloca como parte ativa e atuante no processo”²⁵⁹, ressaltando que a imparcialidade do julgador é evidenciada por seu comportamento ao longo da persecução penal, o que inclui, por conseguinte, a narrativa que invoca para decidir.

A sentença condenatória proferida em completo descompasso com a postulação das partes guarda relação com a verdade real, assim, no passo em que se toma a busca por esta suposta verdade como subterfúgio para legitimar uma postura ativa do julgador, “reduzindo a importância das narrativas levantadas no processo pelas partes, bem como das garantias processuais como o pressuposto do contraditório e do devido processo legal [...]”²⁶⁰. Não é concebível que um processo penal de cunho acusatório, como é o ditado pela Constituição, preste-se ao alcance de verdade real, tornando-a guia da atividade dos sujeitos processuais²⁶¹, e é por isso que, se o Ministério Público abandona a sua tese acusatória, não remanesce narrativa para embasar uma condenação.

²⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Busca da verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial. *Revista Consultor Jurídico*, 4 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/busca-verdade-processo-penal-alem-ambicao-inquisitorial>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

²⁵⁷ KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 166-184, 2015. p. 166.

²⁵⁸ GARCIA, Rafael de Deus. op. cit., p. 1054.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 1061.

²⁶⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²⁶¹ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176.

Grande parte da doutrina, contudo, acena em sentido diverso, na mesma toada em que segue a jurisprudência dos Tribunais Superiores²⁶², admitindo não haver incompatibilidade do dispositivo com a ordem constitucional vigente. Defende Pacelli que o art. 385 traduz “regra expressa quanto à não exclusividade da imposição de resposta penal em mãos do autor da ação”²⁶³, firmando o entendimento de que a disposição decorre da obrigatoriedade que rege a atuação do acusador. Também Silva Jardim²⁶⁴ posiciona-se no sentido de que o Ministério Público não formula pedidos em sede de alegações finais, mas, sim, emite opinião, em conformidade com a dicção do artigo, reputando “desarrazoado que o “parecer” de um dos membros do Ministério Público obrigasse o juiz a decidir diferentemente de seu entendimento”, concluindo que, neste cenário, o acusado não estaria sendo absolvido pelo juiz, uma vez que “quem estaria decidindo e julgando seria o Ministério Público”. Assevera que o art. 385 é manifestação da indisponibilidade, pelo que não poderia conter previsão desta distinta²⁶⁵. Com as devidas e necessárias vênias a este entendimento, não se pode sustentar tal alegação de que, com a impossibilidade de que o juiz decida diversamente do que foi pedido, estar-se-ia concedendo ao *parquet* a função de decidir o processo, uma vez que se situa a questão é no dever do magistrado, decorrente da sua necessária atuação imparcial, de se ater às narrativas apresentadas pelas partes,

²⁶² No âmbito do STF, encontra-se decisões monocráticas que enfrentam a questão, a exemplo daquelas proferidas no ARE 1153963/RS, HC 150.222/SP, ARE 1051609/MG, ARE 848.326/SP. No STJ, pacífico o entendimento de que a manifestação do *parquet* em alegações finais não vincula o julgador, manifestado nas decisões prolatadas no HC 342.992/SP, AgRg no AREsp 431.461/MA, AgRg no HC 374.643/SP, HC 219.068/RJ, RHC 86571/SP, exemplificativamente.

²⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 15.

²⁶⁴ SILVA JARDIM, Afrânio. Em alegações finais, o Ministério Público não “pede”, mas simplesmente “opina” sobre o julgamento do pedido formulado na denúncia. *Empório do Direito*, 2016. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/em-alegacoes-finais-o-ministerio-publico-nao-pede-mas-simplesmente-opina-sobre-o-julgamento-do-pedido-formulado-na-denuncia-por-afranio-silva-jardim-1508758463>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

²⁶⁵ Idem. Garantismo no Processo Penal merece breve (e parcial) reflexão. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/afranio-jardim-garantismo-processo-penal-merece-reflexao>>. Acesso em: 15 nov. 2018. Reproduz-se as palavras do autor: “Na verdade, o mencionado art. 385 do CPP não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (art. 42). O pedido de condenação não é retirado, sendo que, nas alegações finais, apenas se dá um “parecer” sobre a pretensão punitiva estatal, que está manifestada na denúncia e nela permanece. De qualquer forma, o legislador não tem saída: a) ou obrigaria o Ministério Público a insistir sempre na condenação do réu, o que seria um absurdo; b) ou obrigaria o juiz a absolver o réu, neste caso, a decisão seria do próprio Ministério Público, que mandaria o juiz prolatar uma decisão meramente formal de absolvição, o que seria um despautério.”

“não estando ele autorizado a entrar como terceira parte no processo e criar uma narrativa própria e autônoma, sustentada, no fim das contas, numa fantasia identificada como verdade real”²⁶⁶.

Isto posto, “na medida em que o art. 385 do CPP encontra lastro epistemológico no princípio da verdade real/substancial, mostra-se, portanto, sua matriz inquisitória, que é incompatível com o modelo acusatório orientado pela Constituição”²⁶⁷. Não resiste o dispositivo, logo, a uma filtragem constitucional, porque atrita com garantias basilares da estrutura acusatória, e, por conseguinte, com o próprio modelo acusatório, este demarcado pela Carta Maior. A aplicação do dispositivo, tendo em vista que se equipara a uma “acusação sem ação”²⁶⁸, remete aos típicos processos desenvolvidos no sistema inquisitório, deflagrados de ofício pelo julgador. O debate, que segue pujante, acerca da recepção constitucional não só deste dispositivo do CPP vigente, é, nitidamente, “fruto direto da manutenção do *ethos* inquisitivo na estrutura processual”²⁶⁹, que só se poderá superar quando devidamente se incorpore um modelo pautado na acusatoriedade, com todas as consequências que dessa opção - constitucional, frise-se - resultem. Como bem aduz Rangel, “ou adotamos o sistema acusatório com as implicações e consequências que lhe são inerentes, ou fingimos que nosso sistema é acusatório e adotamos o inquisitivo com roupa de acusatório”²⁷⁰.

Por isso, nula é a sentença condenatória proferida com base no art. 385, conforme a conclusão de Aury Lopes Júnior²⁷¹, por fundamentar-se em artigo que não encontra amparo constitucional. Para concluir de igual modo, Prado²⁷² aduz a violação do contraditório como fundamento da nulidade. De sua vez, entende Paulo Queiroz que ao magistrado, uma vez discordando do pedido absolutório do órgão ministerial e não admitindo proferir a absolvição do acusado, resta a alternativa - a qual o professor reputa mais razoável²⁷³ - de, analogicamente,

²⁶⁶ 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. p. 1063.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 1048.

²⁶⁸ ARAS, Vladimir. *O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

²⁶⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 635.

²⁷⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 67.

²⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 923.

²⁷² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

²⁷³ Traz-se à colação as suas palavras: “Parece, inclusive, que essa última solução [...] é mais razoável, visto que, a fim de evitar que o juiz se converta em acusador, talvez se converta o acusador em juiz [...], passando o MP a ser, além de dominus litis, também senhor da interpretação, se bem que nada mudará substancialmente se o chefe da

utilizar-se da disposição do art. 28 do CPP²⁷⁴, para remeter os autos ao chefe do Ministério Público, a fim de que este resolva a questão em definitivo.

Importa referenciar, por fim, a pertinente pontuação realizada por Fauzi Choukr, que trouxe à baila a necessidade de remissão ao tema da justa causa, destacando que, uma vez assentado que a absolvição requerida pelo Ministério Público, em sede de alegações finais, necessariamente deve dar causa a sentença absolutória, impõe-se, na fase pertinente à realização do juízo de admissibilidade da ação penal, uma pormenorizada análise acerca da existência de justa causa para o desencadeamento da acusação, sob pena de fomentar-se o “[...] exercício da ação penal sem um mínimo suporte de existência”²⁷⁵.

4.4 PLS 156/2009: A CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E O ARTIGO 420

Já em sua Exposição de Motivos, o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal enuncia “a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988”²⁷⁶, elencando fatores históricos, teóricos e práticos para sustentar que o processo penal vigente, na medida em que embasado no Decreto-lei n. 3.689 de 1941, encontra-se superado. O vigente CPP, à medida em que conflita com o texto constitucional, remete à premente necessidade de uma reestruturação do processo penal “de acordo com os princípios e as regras da Constituição superveniente”²⁷⁷. O trabalho da comissão de juristas especialmente designada para a elaboração do anteprojeto foi desenvolvido, por elementar, no sentido de conceber um diploma legal compatível com o texto constitucional,

instituição manter o pronunciamento pela absolvição”. (QUEIROZ, Paulo. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>>. Acesso em: 14 nov. 2018).

²⁷⁴ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará obrigado a atender.

²⁷⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

²⁷⁶ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Exposição de Motivos. In: *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

²⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 31, p. 65-74, jul./set. 2000.

buscando, deste modo, “a filiação do sistema brasileiro à cartilha acusatória”²⁷⁸, consoante a exposição de que “seja do ponto de vista da preservação do distanciamento do julgador, seja da perspectiva da consolidação institucional do parquet, não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão da acusação pelo juiz do processo”²⁷⁹, nestes termos afirmando imprescindível a imparcialidade do órgão julgador, bem como a separação das atividades de acusar e julgar, já que a ausência de contornos claros das funções processuais afetas a cada sujeito é característica da estrutura inquisitiva²⁸⁰. Transformado no PLS n. 156/2009, o projeto tramita, agora, na Câmara dos Deputados, sob a forma do PL n. 8.045/10.

Sob o título de “Princípios Fundamentais”, o texto do projeto proclama, em seus artigos iniciais, os alicerces consentâneos aos ditames constitucionais sobre os quais se erigem o Código, indo além da mera “explicitação do princípio acusatório” e esclarecendo os “seus contornos mínimos”²⁸¹. Assim antevê, já em seu artigo 1º, o processo penal regido pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções nacionais dos quais seja o Brasil signatário, pondo termo a qualquer discussão que eventualmente subsista sobre a incidência normativa dos tratados e convenções ao processo penal brasileiro²⁸². Neste seguimento, prevê o seu artigo 4º que “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”²⁸³. Expressamente consagra, deste modo, o sistema processual penal de natureza acusatória, também enfatizando as garantias da ampla defesa, do contraditório e a dignidade da pessoa humana, referenciando a estrita observância ao devido processo legal constitucional. A disposição do artigo 4º vem a ser corroborada pelo parágrafo único do artigo 165, o qual possibilita ao juiz que, antes da prolação da sentença, determine diligência para sanar dúvida acerca de prova produzida pelas partes, daí depreendendo-se que “a atividade probatória do magistrado é limitada, em busca do verdadeiro processo de partes,

²⁷⁸ ZILLI, Marcos. Os atores e seus papéis. *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, p. 19, ago. 2010. p. 19.

²⁷⁹ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Item II da Exposição de Motivos. In: *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

²⁸⁰ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo de um sistema acusatório. *Seqüência*, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 133-161, jul. 2010. p. 138.

²⁸¹ BRASIL. Senado Federal, loc. cit.

²⁸² DEZEM, Guilherme Madeira. Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria geral da prova. *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, ago. 2008, p. 13-14. p. 13.

²⁸³ BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto de Reforma. op. cit.

somente podendo o juiz atuar de ofício ao final do processo e, mesmo assim, jamais podendo atuar em substituição do órgão de acusação”²⁸⁴. Estabelece, para além disso, que a interpretação das leis processuais penais seja guiada pela proibição do excesso e, concomitantemente, pela “efetividade da tutela penal dos direitos fundamentais”²⁸⁵. Dá relevo, neste passo, a uma leitura do processo penal a partir da perspectiva constitucional, vez que é a própria Constituição que assenta os direitos e garantias fundamentais - embasando, assim, o vetor interpretativo atinente à máxima efetividade dos direitos fundamentais -, e indica, também, os danos que ensejam maior grau de censurabilidade - norteando a proibição do excesso²⁸⁶.

Deste modo, elege o novo CPP a estrutura acusatória e, tendo em vista que os sistemas processuais penais se distinguem a partir do critério da gestão da prova, advém, dessa opção estruturante, a incumbência das partes pelo ônus da prova, afastando-se a sua gestão da figura do juiz. Uma vez não dispondo o órgão julgador da iniciativa probatória, o risco de que se leve a efeito uma atividade centrada na busca de fundamentação para uma decisão já previamente concebida resta dirimido, podendo, assim, o magistrado “se colocar corretamente no lugar de equidistância das partes”²⁸⁷ e exclusivamente funcionar, justo porque desincumbido de tal encargo probatório, “como garante da Constituição [...] e, por elementar, do cidadão”²⁸⁸. É consectário lógico que ao Ministério Público, neste passo, seja efetivamente reconhecida a qualidade de parte no processo penal, dada a sua posição de *dominus litis*, lugar este “já ocupado na Constituição, mas não de fato, por certo pela incorreta e inquisitorial sobreposição de funções entre ele e o juiz”²⁸⁹. Nesta linha de encarregar do ônus probatório os sujeitos parciais do processo, o projeto mantém a disposição do artigo 212 do CPP em vigor - acrescido pela Lei n. 11.690/2008 -, que prescreve às partes que diretamente formulem seus quesitos às testemunhas, cabendo ao juiz, tão somente, complementar a quesitação, na hipótese de subsistirem pontos não esclarecidos, ainda incorporando, ao dispositivo, um parágrafo segundo, o qual dispõe que, na hipótese de resultarem novos fatos ou circunstâncias das perguntas complementares realizadas

²⁸⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria geral da prova. *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, ago. 2008, p. 13-14. p. 13.

²⁸⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Reformas legislativas e o CPP. *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, p. 11, ago. 2008. p. 11.

²⁸⁶ *Ibidem*, loc. cit.

²⁸⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 12, n. 2, p. 183-176, jul./dez. 2009. p. 184.

²⁸⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²⁸⁹ *Idem*, *ibidem*.

pelo juiz, às partes será facultado que formulem novas questões, circunscritas à matéria nova. Trata-se de mais uma disposição que conforma o lugar demarcado aos sujeitos no âmbito do processo penal, corroborando que a função do Ministério Público é “a de parte, enquanto a do juiz é a de destinatário da produção da prova pelas partes”²⁹⁰.

Para além disso, seguindo no propósito de delinear um modelo pautado na acusatoriedade, o projeto prevê a criação da figura do juiz das garantias, que, nos termos do artigo 14, “é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”, referido, em seus incisos, um rol exemplificativo de competências atreladas a este juiz - que não abrange encaixar a prova, prova essa “que, em tal momento, não lhe interessa eis que buscada para propiciar ao Ministério Público exercer a ação penal [...]”²⁹¹. Consoante esclarecido na Exposição de Motivos, a implantação desta figura atende ao imperativo de se preservar os direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à honra do investigado, passíveis de ofensa na hipótese de decretação de medidas cautelares. Nesta senda, transpõe-se, à investigação preliminar, um juiz que prestar-se-á a analisar a necessidade da adoção de tais medidas, atuando “para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos e garantias fundamentais”²⁹². Encerra-se a função do juiz das garantias com o oferecimento da peça que deflagra a ação penal, na qual não poderá funcionar como órgão julgador²⁹³. Tal providência, ao fim e ao cabo, visa apartar, dos elementos de convicção produzidos em sede pré-processual, o magistrado que decidirá sobre o mérito do processo²⁹⁴, assegurando, desta feita, “que o juiz da causa não atue contaminado por sua atuação anterior (em fase investigativa)”²⁹⁵, garantindo a sua imparcialidade

²⁹⁰ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo de um sistema acusatório. *Seqüência*, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 133-161, jul. 2010. p. 142.

²⁹¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 114.

²⁹² *Ibidem*, loc. cit.

²⁹³ MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, p. 21-23, ago. 2010. p. 22.

²⁹⁴ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Item III da Exposição de Motivos. In: *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

²⁹⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. loc. cit.

e, por conseguinte, conferindo maior efetividade às garantias processuais, tal como “o devido processo legal, o contraditório, o direito à prova e a presunção de inocência”²⁹⁶.

Em que pese o compromisso da Comissão de Juristas, responsável pelo anteprojeto, com a Constituição da República, e, por via de consequência, com a delimitação de um sistema inteiramente compatível com as suas diretrizes, tendo por mister, assim, a consagração do sistema acusatório, o projeto, ainda “em várias passagens, torna presente a face do sistema inquisitório”²⁹⁷. É o que se pode observar em seu artigo 420, que assim dispõe:

Art. 420. O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada.

O dispositivo conserva, quase que em sua integralidade, a dicção do artigo 385 do atual CPP, rechaçando tão somente a possibilidade de reconhecimento de agravantes e causas de aumento de pena não aventadas pela acusação. Ao permitir que o juiz condene o acusado, ainda que em completo desalinho com a postulação das partes, a disposição legal coloca o órgão julgador em posição transcendente dentro do processo penal, sobrepondo o seu juízo acerca da pretensão acusatória ao do próprio órgão que, constitucionalmente, detém o poder de acusar, fazendo sucumbir, assim, o princípio da acusação tocante ao MP²⁹⁸. Convém ressaltar que, “em uma estrutura eminentemente acusatória, como pretende ser aquela do PLS 156/09 [...], em face da disposição expressa do art. 4º, não caberia atividade jurisdicional do gênero”²⁹⁹, porque a decisão condenatória prolatada em desacordo com o pedido formulado pelos sujeitos parciais do processo pressupõe uma atuação positiva do julgador no sentido de se subsumir na função de acusar, o que se traduz em manifesta violação à sua imparcialidade, bem como à separação das funções de julgar e acusar e ao contraditório - garantias asseguradas pela Constituição de 88 e

²⁹⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, p. 21-23, ago. 2010. p. 22.

²⁹⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: Jouissance. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 65-75. p. 73.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 73-74.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 74.

ausentes no modelo inquisitivo. Assim, consoante leciona Jacinto Coutinho, “para o processo penal ser devido as partes devem ocupar o lugar que a CR destinou para elas”³⁰⁰.

A reforma global do CPP, neste diapasão, buscou, por elementar, afinar o sistema processual penal brasileiro à matriz acusatória. Apesar da manutenção de disposições que evidenciam a subsistência da mentalidade inquisitória, o núcleo fundante da estrutura que se pretendeu consagrar, tendo por reitor o princípio acusatório - considerada a concepção kantiana de sistema -, não resta desnaturado em razão de elementos secundários que ao sistema se apensem, tendo em vista não mais se verificar, na atualidade, a existência de sistemas inteiramente puros³⁰¹. Neste passo, o esforço a ser empreendido pelos operadores do Direito é no sentido de extrair a norma processual a ser aplicada a partir de uma filtragem constitucional dos dispositivos da lei. Conforme assevera Busato, “trata-se da absoluta necessidade de superação de um modelo enraizado em nossa tradição de diferenças que dependerá, e muito, de uma consciência dos sujeitos do processo no sentido de darem efetividade ao modelo”³⁰². Não se pode conceber “uma mudança cultural a golpes legislativos”³⁰³, pelo que a definitiva implantação de uma estrutura pautada na acusatoriedade exige, antes de tudo, uma postura daqueles sujeitos envolvidos no processo penal de conformação ao lugar que lhes foi reservado pela Constituição. Como bem adverte, mais uma vez, o professor Jacinto Coutinho, “[...] pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar”³⁰⁴.

³⁰⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP. *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, p. 16-17, ago. 2010. p. 17.

³⁰¹ Idem. Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: Jouissance. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 65-75. p. 73.

³⁰² BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo de um sistema acusatório. *Seqüência*, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 133-161, jul. 2010. p. 143.

³⁰³ *Ibidem*, p. 144.

³⁰⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 12, n. 2, p. 183-176, jul./dez. 2009. p. 185.

5 A (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA ANTE O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Considerado o marco constitucional, que prevê as garantias e direitos fundamentais que se devem projetar no processo penal, passa-se à análise da conformidade à Constituição da sentença condenatória proferida em desacordo com a postulação ministerial pela absolvição. Enquanto ato processual que “resolve, com plenitude, acerca do objeto do processo penal, que [...] é a pretensão acusatória”³⁰⁵, a sentença penal abriga o pronunciamento jurisdicional sobre o caso penal, pondo termo, deste modo, à primeira fase do processo penal. Este, uma vez concebido como “sucessão de etapas do devido processo constitucional-convencional”³⁰⁶, carrega finalidades que se devem exprimir na totalidade dos atos processuais. Neste passo, a sentença penal condenatória, por consubstanciar uma punição, deverá refletir a finalidade restrita do processo penal, estabelecendo a sanção penal “com obediência estrita aos postulados do Estado de Direito”³⁰⁷, bem como manifestar a sua finalidade expandida, na qualidade de instrumento que se presta a mensurar a observância às bases constitucionais-convencionais. Sob este prisma, é dever do juiz, enquanto sujeito do processo penal, subsumir-se no papel de um “dos articuladores do Estado de Direito”³⁰⁸, posição essa que deve ecoar, sobretudo, no pronunciamento que imporá uma condenação ao acusado.

Neste seguimento, o programa esculpido para o processo penal na Carta Maior volve impositivo o respeito ao contraditório, assegurado ao acusado com os meios e recursos a ele inerentes. Não se pode conceber que uma igualdade de condições entre os sujeitos parciais, pressuposto para um efetivo processo de partes, prescindida de que lhes seja garantida “a faculdade processual de contraditar ou contradizer da forma mais abrangente possível os argumentos e elementos de informação trazidos ao processo pela parte contrária”³⁰⁹. No cenário processual em que convergem as partes quanto à absolvição, conclui-se que a narrativa acusatória avocada pelo magistrado para subsidiar a condenação não foi objeto de confronto, com a devida suscitação de

³⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 893.

³⁰⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 22.

³⁰⁷ *Ibidem*, loc. cit.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 23.

³⁰⁹ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 62.

tese e antítese³¹⁰. Com base na dicção do art. 403 do CPP³¹¹, as alegações finais devem ser oferecidas primeiro pelo Ministério Público e, depois, pela defesa, justamente para viabilizar ao acusado que apresente contradita à tese acusatória contra si levantada, possibilitando que refute “a interpretação acerca das provas que podem condená-lo”³¹². Impossível à defesa, assim, que contradite narrativa processual lançada tão somente no bojo da sentença penal condenatória, a qual, por conseguinte, fere cabalmente o princípio, tendo em vista que “contra juiz, não há contraditório”³¹³. Logo, já que devem todas as teses arguidas no processo serem submetidas ao crivo do contraditório, com base no art. 5º, inciso LV, da CR, a condenação prolatada em face do pedido absolutório do acusador, na medida em que arrimada em provas e/ou argumentos não colocados à apreciação das partes, termina por se desvelar inconstitucional, por afronta ao contraditório expressamente garantido pela Magna Carta.

Constata-se, *pari passu*, a violação à ampla defesa, que “mantém uma íntima correlação com o contraditório”³¹⁴, também prevista no art. 5º, LV, da Constituição, uma vez que são os contornos da acusação que delineiam o espaço pelo qual transitará o acusado para a produção da sua defesa. Uma vez suscitada, na sentença, narrativa não aventada pelo acusador, conseqüentemente foram excedidos os limites da acusação. Invoca o magistrado, assim, elementos que não foram enfrentados pelo acusado em sua tese defensiva, porque não integravam o objeto do processo penal, que deve ser deduzido pelo titular da pretensão acusatória. Neste diapasão, a sentença condenatória, ao passo em que exorbita daquilo que foi deduzido pelo Ministério Público na acusação, quer sobre questões de fato, quer sobre questões de direito, representa cerceamento da defesa do acusado. Dado que a inspiração da ampla defesa reside em “que ninguém seja condenado por falta de oportunidades reais de defesa”³¹⁵, a condenação imposta em desacordo com o pedido ministerial viola a essência do princípio porquanto extrapola

³¹⁰ 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. p. 1044.

³¹¹ Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. (BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 dez. 2018).

³¹² GARCIA, Rafael de Deus. op. cit., p. 1064.

³¹³ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 900.

³¹⁵ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 63.

a pretensão do acusador para se apoiar em narrativa processual contra a qual não reagiu o acusado.

No mesmo giro, “para que o direito à defesa esteja de fato garantido, é necessário também que o conhecimento da causa, por parte do juiz, esteja totalmente condicionado aos limites da própria acusação”³¹⁶. Assim, não é dado ao julgador que sobrepuje os contornos da acusação formulada pelo Ministério Público, que constitucionalmente detém a função de levar a cabo a pretensão acusatória. Por isso, o provimento jurisdicional que ultrapasse a pretensão deduzida pelo acusador ofende a correlação entre acusação e sentença, que é “decorrência necessária do devido processo legal e do sistema acusatório”³¹⁷, encontrando guarida no texto constitucional, portanto. Insta ressaltar que a privativa promoção da ação penal de natureza pública confiada ao MP não se perfaz apenas com a veiculação da denúncia, incumbindo-lhe, também, desenvolver a acusação. É por isso que, no curso processual, poderá o órgão ministerial, diante do fracasso da produção probatória no sentido de atestar a culpabilidade do acusado, concluir pela sua absolvição, em virtude da sua qualidade de *custos iuris*³¹⁸ no âmbito do processo penal. Nesta linha, as alegações finais apresentadas pelo Ministério Público devem ser tomadas como “momento de confirmação da pretensão acusatória, pressuposto para a pretensão punitiva estatal”³¹⁹, uma vez que o pedido de condenação, quando formulado na denúncia, não pode ser interpretado como definitivo, já que ainda não procedida produção probatória para o subsidiar.

Assim, já que a acusação não se encerra na denúncia, desenvolvendo-se ao longo da marcha processual para culminar nas alegações finais, momento em que deve a pretensão acusatória ser corroborada ou não, com base no resultado da instrução probatória, a correlação que deve guardar a sentença com a acusação não se restringe ao quanto veiculado na denúncia. O

³¹⁶ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 301.

³¹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁸ Não implica dizer, com isso, que seja o Ministério Público uma “parte imparcial”, porquanto todos os sujeitos/intervenientes do processo fiscalizam a correta aplicação do direito, estando a sua atuação pautada na parcialidade ou não. Neste sentido, esclarece Rubens Casara: “Do ponto de vista deontológico, nada obsta que o(s) fiscal(is) seja(m) o(s) titular(es) da posição jurídica de parte. Na realidade, todos os que atuam no processo, de forma parcial ou não, são fiscais da lei (*custos legis* ou *custos iuris*) na medida de suas possibilidade e/ou interesses. Tanto quanto o Ministério Público, o juiz deve fiscalizar a aplicação da lei (constitucionalmente adequada) e encaminhar seus esforços na direção da realização da justiça. Igualmente, a defesa pode (e deve) fiscalizar a correta aplicação do direito. Em suma, o Ministério Público, como qualquer outra agência estatal, não detém o monopólio da fiscalização do direito.” (CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162).

³¹⁹ 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. p. 1045.

princípio da congruência se impõe para garantir que o provimento jurisdicional se revele coerente com a pretensão acusatória deduzida pelo órgão ministerial, pretensão esta que se perfectibiliza nas alegações finais. Com fulcro nos arts. 383 e 384 do CPP, tem-se que a sentença proferida em desacordo às regras da *emendatio* e *mutatio libelli*, por abrigar provimento para além do postulado pelo acusador, é incongruente e, neste diapasão, uma vez que o julgador “não pode o menos (condenar além do pedido) [...], não há de poder o mais: condenar sem pedido de condenação”³²⁰. Por isso, a sentença condenatória prolatada em face do pedido de absolvição do Ministério Público, por condenar à ausência de pedido condenatório, ofende a correlação entre acusação e sentença, porquanto desborda dos limites da acusação pretendida pelo detentor do poder de acusar.

Nesta linha, ao condenar em descompasso com a postulação ministerial, subsume-se o juiz no papel de parte, “em prejuízo, portanto, da sua imparcialidade”³²¹. Trata-se de garantia que se traduz no “pilar de sustentação do tríptico do princípio acusatório, basilar em um processo penal democrático, de tal sorte que lhe entregar [ao juiz] funções diversas daquelas típicas do exercício da jurisdição [...] acaba desnaturando o instrumento”³²². Assim, já que o pedido de absolvição do Ministério Público equivale ao não exercício da pretensão acusatória, conclui-se que, ao proferir condenação neste cenário, o julgador leva a efeito a pretensão acusatória já abandonada pelo *parquet*, arvorando-se, por via de consequência, no papel de acusador. Aglutina, deste modo, as funções de acusar e julgar, reunião de poderes que só encontra amparo num modelo calcado na inquisitorialidade. A necessária imparcialidade que deve guiar a sua atuação, à vista disso, revela-se violada, porque aderiu o julgador à tese acusatória, independentemente da postulação das partes.

Neste diapasão, ferido de morte está o sistema acusatório com o decreto condenatório proferido ante o pedido de absolvição do acusador. No modelo pautado pela acusatorialidade, o poder de punir está condicionado ao poder de acusar e, por isso, para que aquele seja desempenhado pelo juiz, é necessário que este seja exercitado pelo órgão ministerial. Uma vez

³²⁰ QUEIROZ, Paulo. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

³²¹ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 301.

³²² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

que, ao postular a absolvição, o MP deixa de exercer o seu poder de acusar, recuando com a pretensão acusatória veiculada na denúncia, a condenação nestes moldes decretada trata-se de ato exercido de ofício, porquanto deflagrado sem a prévia e necessária invocação, violando o princípio da inércia da jurisdição. Ferido também, ao fim e ao cabo, está o devido processo legal, que, para além de um “processo típico”, deve ser concebido como “um processo orientado conforme os cânones do chamado sistema acusatório de processo penal, ou seja, presidido por um juiz efetivamente imparcial e com partes parciais em igualdade de condições”³²³. Nesta linha, condenar na ausência de pedido de condenação é “condenar arbitrariamente, com violação ao devido processo constitucional”³²⁴, consoante aduz Paulo Queiroz.

A partir da análise do programa constitucional para o processo penal, resta demonstrado, assim, que não é dado ao julgador proferir sentença condenatória diante da absolvição postulada pelo Ministério Público. Com esta conclusão, não se pretende conduzir o poder decisório às mãos do MP, tampouco reside a questão em “ampliar ou reduzir o poder dessa ou daquela instituição”³²⁵. É que o magistrado, enquanto terceiro imparcial, está submetido às narrativas aportadas no processo pelas partes³²⁶, e “a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante”³²⁷. Por isso, não lhe pode ser dado sustentar uma narrativa descolada das formulações das partes no processo, com fulcro em convicções pessoais condenatórias, para proferir decisão.

Com o escopo de ligar as elucidações teóricas suscitadas no presente trabalho a um objeto empírico, conferindo viés prático ao estudo, traremos à colação um apanhado das decisões penais condenatórias proferidas em desacordo com a postulação ministerial em sede de alegações finais, no âmbito do primeiro grau da Justiça comum baiana. Foram levantadas sentenças prolatadas de

³²³ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 60.

³²⁴ QUEIROZ, Paulo. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

³²⁵ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*, n. 152, v. 13, p. 19, jul. 2005. p. 19.

³²⁶ 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. p. 1063.

³²⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

2010 até o presente ano de 2018, no qual a Carta da República completa 30 anos em vigor. Os fundamentos lançados nas sentenças condenatórias serão extraídos e cotejados com o programa desenhado pela Constituição para o processo penal. Buscar-se-á, com isso, demonstrar a desconformidade constitucional da sentença que se embasa no art. 385 do CPP para condenar o réu, em inobservância às bases do sistema acusatório.

Neste passo, serão trazidas à baila as decisões penais que se utilizaram da dicção do art. 385 em sua fundamentação. Deu-se preferência àquelas em que o julgador foi além da mera da referência ao dispositivo da lei, elencando os motivos para aplica-lo, para o fim de constatar em que medida os juízes decidem arrimados em concepções inquisitivas de processo. *A priori*, serão expostas as decisões que, consoante a segunda parte do dispositivo, reconheceram agravantes de ofício, ao passo em que consubstanciam condenação para além daquela pretendida pelo acusador. Sucessivamente, passar-se-á ao exame dos fundamentos dos quais lançaram mão os juízes de primeiro grau para admitir a aplicação do art. 385 do CPP e decretar a condenação em desconformidade ao pedido absolutório ministerial.

5.1 ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS NO ÂMBITO DO PRIMEIRO GRAU DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

A primeira decisão penal a ser examinada, cuja disponibilização se deu no Diário de Justiça de 05 de fevereiro de 2018, foi proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Gandu, no bojo da Ação Penal n. 0002432-32.2017.8.05.0082. Na exordial, foi atribuída aos réus a prática do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 e, na sentença condenatória, reconheceu o julgador como agravante fato que sequer foi descrito na denúncia, conforme se extrai do trecho abaixo transcrito:

Registro que apesar das diversas passagens no inquérito policial enunciando o tráfico cometido entre Estados da Federação, levando em conta que partiram os réus com a droga de São Paulo e a transportaram até a Bahia, **não descrito o fato na denúncia, nem tendo o Promotor de Justiça procedido à emenda da inicial (*mutatio libelli*)**, em respeito ao princípio da correlação entre a sentença e a imputação, não reconheço a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/2006 – situação mais gravosa aos réus – **sem prejuízo, porém, de tê-la como circunstância agravante a ser considerada na aplicação da pena, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal**. Nesse sentido: STF, 2ª Turma, HC 93.211, j. 12/02/2008; STJ, 6ª

Turma, REsp 857.06, j. 27/11/2007; TJSP, 16ª Câmara Criminal, Ap. 990.10.234199-2, j. 21/09/2010.³²⁸ (grifos nossos).

Deste excerto da fundamentação da decisão penal, pode-se depreender que não constou, da denúncia, a expressa descrição de ter se dado a prática delituosa entre Estados da Federação, tampouco procedeu o órgão ministerial ao aditamento da acusação. O julgador refere-se à correlação entre acusação e sentença para não reconhecer, com base no referido fato, a causa de aumento de pena, mas inclui, em contrapartida, a circunstância agravante, lançando mão do art. 385 do CPP.

Ocorre que o princípio da congruência não se limita a obstar o reconhecimento de causas de aumento de pena não ventiladas pelo acusador, impossibilitando, em verdade, que o magistrado extrapole os limites da acusação delineada pelo órgão ministerial. Nesta senda, a correlação, que diretamente decorre do contraditório³²⁹, direito fundamental consagrado na Carta República, não cede em face de dispositivo infraconstitucional que contenha previsão frontalmente violadora do seu conteúdo, ou seja, não sucumbe a imposição de que haja congruência entre imputação e sentença frente à autorização ao juiz que inclua agravantes de ofício, permissão essa consubstanciada no art. 385.

Consoante cristalinamente explicita Badaró, “as leis é que devem ser interpretadas a partir da ordem constitucional, sendo inaceitável procurar delimitar a extensão e o conteúdo das garantias e princípios constitucionais, tendo por base sua regulamentação infraconstitucional”³³⁰. Ao valorar, na decisão condenatória, fato que não foi deduzido na peça de acusação pelo *parquet*, que, embora pudesse ter procedido ao aditamento, não o fez, viola o julgador, cabalmente, o princípio do contraditório, impondo ao réu condenação além do pretendido pelo órgão ministerial. Para além disso, ao exceder o deduzido pelo Ministério Público, arvora-se o

³²⁸ BAHIA. Tribunal de Justiça. Sentença - Processo n. 0002432-32.2017.8.05.0082, Vara Criminal de Gandu. Gandu, 01 de fevereiro de 2018. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, 05 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=2077&tmp.diario.cd_caderno=3&tmp.diario.cd_secao=347&tmp.diario.dt_inicio=05/02/2018&tmp.diario.dt_fim=05/02/2018&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

³²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 560.

³³⁰ Idem. Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: *Processo Penal*. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Cirza (Orgs.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 357-378. Disponível em: <<https://badaroadvogados.com.br/download.php?f=5d91bae3a0a7c6640f59c68982282c32>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

magistrado no papel do acusador, ao suscitar o fato e julgá-lo, decidindo de ofício, portanto. Ferido de morte, neste passo, está o sistema acusatório constitucionalmente proclamado, que impõe a separação das funções processuais, não guardando conformidade com a Carta Maior, assim, a sentença nestes moldes prolatada.

Já a próxima sentença, disponibilizada no DJe de 07 de março de 2014, foi exarada nos autos da Ação Penal n. 0000252-85.2013.8.05.0275, desencadeada pela prática do crime de roubo, cujo trâmite se deu perante o Juízo da Vara Crime, Júri, Execuções Penais, Infância e Juventude da Comarca de Wanderley. Embora não tenha o Ministério Público aludido a nenhuma agravante na denúncia, reconheceu, o magistrado, sem abrir oportunidade para que o acusador procedesse ao aditamento, a incidência da agravante genérica referente à embriaguez preordenada:

Noutro giro, **analisando a existência de circunstâncias agravantes, registra-se que a peça acusatória não as indicou.** Entretanto, com fulcro na segunda parte do art. 385 do CPP, cumpre ao Juiz ainda assim, reconhecendo-as, aplica-las. [...] Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, de forma concisa, assim decidiu no julgamento do HC 93.211 – DF, 2ª Turma, Relator Ministro Eros Grau, 12 de fevereiro de 2018: “As agravantes, ao contrário das qualificadoras, sequer precisam constar da denúncia para serem reconhecidas pelo juiz. É suficiente, para que incidam no cálculo da pena, a existência nos autores de elementos que as identifiquem. No caso em exame, consta na sentença que a paciente organizou a cooperação no crime, dirigindo a atividade criminosa.” Nesse passo, vislumbro a incidência da agravante descrita no art. 61, “I” do CP.³³¹ (grifo nosso).

Ao incluir, no decreto condenatório, agravantes de ofício, fere o julgador o direito constitucional ao contraditório, “imperativo para a validade da sentença”³³², nas palavras de Geraldo Prado. Uma vez revelando a instrução processual, a partir da produção probatória, fatos não descritos na inicial, é papel do magistrado conceder, ao parquet, oportunidade para que adite a acusação, ampliando os limites desta para viabilizar ao acusado o exercício pleno do direito de defesa. Incorporado o referencial constitucional, deve a contradita ser oportunizada não só nas

³³¹ BAHIA. Tribunal de Justiça. Sentença - Processo n. 0000252-85.2013.8.05.0275, Vara Crime, Execuções Penais, Júri, Infância e Juventude de Wanderley. Wanderley, 06 de março de 2014. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, 07 de março de 2014. Disponível em: <https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=1149&tmp.diario.cd_caderno=4&tmp.diario.cd_secao=741&tmp.diario.dt_inicio=07/03/2014&tmp.diario.dt_fim=07/03/2014&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=art.%20385>. Acesso em: 18 nov. 2018.

³³² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

hipóteses expressamente definidas pelas disposições legais, mas sim em todos os atos processuais, sobremaneira naqueles que imporão agravo à situação do réu. Para além disso, por decorrência da separação das funções de acusar e julgar, a alteração da pretensão acusatória - que se afigura possível desde que obedecido o contraditório -, deve ser procedida pelo sujeito processual constitucionalmente legitimado a promove-la, sendo, portanto, “evidente a incompatibilidade do contraditório e do sistema acusatório com o ativismo judicial, ou seja, com o juiz agindo de ofício na modificação da pretensão acusatória”³³³.

A decisão penal em tela, deste modo, viola a correlação entre acusação e sentença, porque condena o acusado por fato não descrito na peça inicial acusatória³³⁴. Não guarda, assim, conformidade com a Constituição, ao passo em que ofende o contraditório, uma vez proferida em inobservância ao direito das partes de oferecer refuta a todas as teses suscitadas no processo, bem como em razão da afronta à ampla defesa, porquanto valora fato não deduzido pelo acusador e que, por isso, não integra os contornos da acusação que norteiam a construção dos argumentos defensivos, implicando, desta forma, cerceamento de defesa³³⁵, em franco descompasso com a previsão do art. 5º, inciso LV, da CR. Ofende, ao fim e ao cabo, o próprio art. 129, I, do texto constitucional, à medida em que, para julgar fora dos limites da pretensão acusatória, arvorou-se o juiz no papel de acusador, formulando acusação não deduzida pelo órgão ministerial.

Da análise destas sentenças exemplificativamente trazidas à baila, constata-se a aplicação do dispositivo do CPP à margem de qualquer filtragem constitucional, sem que se proceda ao necessário confronto da sua dicção com as balizas postas pela Constituição de 88. Na medida em que o diploma processual penal ora vigente data de 1941, concebido, logo, anteriormente à CR de 88, a atividade que se impõe ao intérprete é a de constante cotejo do texto infraconstitucional com as premissas da Magna Carta, para o fim de efetivar o sistema acusatório por ela consagrado. Nesta senda, incongruentes se revelam as decisões penais que incluem agravantes de ofício, por violar a correlação entre acusação e sentença, que diretamente decorre dos princípios do contraditório e da ampla defesa, garantias constitucionalmente asseguradas. À luz da estrutura acusatória, mostram-se incompatíveis sentenças deste jaez, por implicarem quebra da imparcialidade do júízo, o qual, para condenar extravasando os limites delineados pela acusação,

³³³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 901.

³³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 560.

³³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. op. cit., p. 900.

necessariamente se subsumiu na função de acusador, sustentando pretensão que este não deduziu para, por fim, decidir sobre acusação que ele próprio, juiz, formulou. Aglutina, então, os poderes de acusar e julgar, em clara orientação inquisitiva.

Noutro lance, a decisão seguinte foi proferida nos autos da Ação Penal n. 0026275-32.2004.8.05.0001, desenvolvida perante a 1ª Vara Tóxicos da Comarca de Salvador. Na denúncia, foi imputada a um dos réus a prática da conduta tipificada no art. 33 da Lei 11.343/06, bem como do crime de receptação, previsto no art. 180 do Código Penal. Em alegações finais, manifestou-se o órgão ministerial pela sua condenação às penas cominadas aos tipos penais constantes dos artigos 12 e 18, inciso III, da Lei 6.368/76. Desta feita, não houve sequer referência, no último ato postulatório do *parquet*, ao delito de receptação apontado na exordial. Nada obstante, proferiu o julgador, em sentença disponibilizada no dia 06 de setembro de 2012, a condenação do acusado pelo tipo penal do art. 180 do CP, sob a fundamentação abaixo transcrita:

Apesar de a ilustre representante do MP não ter se manifestado em suas razões finais quanto ao crime de receptação, nada impede que o magistrado, constatando os elementos configuradores do delito e as provas da autoria, venha a proferir o decreto condenatório na sentença. Outro não pode ser o entendimento diante da redação do art. 385 do CPP.³³⁶

Tratam-se as alegações finais de ato processual no qual compete às partes “abordar todas as questões jurídicas e fáticas, procurando demonstrar o acerto de suas teses, trazendo aos autos a posição da doutrina e da jurisprudência pátrias”³³⁷. Para o órgão ministerial, detentor do poder de acusar, refere-se ao momento de ratificação da pretensão acusatória sustentada na exordial, à medida em que “o pedido de condenação na denúncia, se presente estiver, deve ser compreendido como precário”³³⁸, pela impropriedade de uma postulação condenatória formulada anteriormente

³³⁶ BAHIA. Tribunal de Justiça. *Sentença - Processo n. 0026275-32.2004.8.05.0001*, 1ª Vara de Tóxicos de Salvador. Salvador, 03 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0026275-32.2004.8.05.0001&cdProcesso=01Z040K9V0000&cdForo=1&baseIndice=INDDS&cdServico=190100&ticket=KuerYU700I17e1cc78Ce72LXiLi1m2cryAMhaFh76hwyCA98Hrz1qsCjjPkRFett0JEsxg9o98zet3W9e1IjD6UUbyFgS3aW%2FC2oi2Aupx8jXQ93%2FhC%2B36%2FjMHxKs5It8yvkY1fQsR9tQ1%2BDBkBjxMHZqUIMA106xBJJg1BP8OqacOSOkOmiCRrfAUC9eJ%2FHgY3%2F9%2BoTfgYqTpQ5RgEu6E6qri0cadhEmRdFhBm4TWg%3D>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

³³⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 597.

³³⁸ 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. p. 1065.

à produção de provas capaz de apontar a efetiva culpabilidade do acusado³³⁹. A decisão colacionada supra, neste passo, termina por afirmar as alegações finais como “momento inútil no processo”³⁴⁰, vez que, ainda que à guisa de qualquer manifestação do *parquet*, nem pela condenação, tampouco pela absolvição, houve a prolação de decreto condenatório, à justificativa de que, para a imposição da reprimenda, basta a conclusão do julgador pela existência de materialidade e autoria delitivas. É necessário, mais uma vez, destacar que a privativa promoção da ação penal pública, atribuída ao Ministério Público pela Constituição, não se encerra com a mera propositura da ação penal, competindo ao órgão ministerial, com efeito, desenrolar a acusação perante o órgão julgador, perfazendo os demais atos que lhe competem na marcha processual³⁴¹.

Isto posto, as alegações finais, vez que se traduzem no momento pertinente para a apreciação dos pontos levantados ao longo do processo, assumem especial relevo no deslinde do caso penal, “razão pela qual devem prevalecer sobre a denúncia, substituindo-a, seja porque traduzem o posicionamento final do órgão acusador, seja porque tem lugar após a produção da prova em contraditório perante o juiz natural”³⁴². Por tudo isso, forçoso convir que a condenação nestes moldes proferida, isto é, à ausência de manifestação do órgão acusador em alegações finais, traduz-se em ato praticado de ofício pelo magistrado, porque engendra sua convicção ao arrepio do pronunciamento dos sujeitos parciais. Demonstra, com isso, “que já estava com a convicção formada antes mesmo da principal e derradeira manifestação das partes”³⁴³, tendência que em nada se coaduna com o modelo acusatório de processo.

De sua vez, a seguinte decisão, disponibilizada no DJe de 20 de abril de 2012, foi prolatada nos autos da Ação Penal n. 0300039-23.2011.8.05.0001, instaurada para a apuração da prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Postulou o Ministério Público, em alegações finais, a absolvição da acusada, em virtude da insuficiência das provas coligidas

³³⁹ 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. p. 1065.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 1066.

³⁴¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

³⁴² QUEIROZ, Paulo. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

³⁴³ GARCIA, Rafael de Deus. *loc. cit.*

para subsidiar decreto condenatório, privilegiando, deste modo, o *in dubio pro reo*. Em desacordo ao pedido do *parquet*, o julgador proferiu sentença condenatória, afirmando, na esteira do entendimento dos Tribunais Superiores, a ausência de vinculação do juiz à manifestação ministerial exarada em alegações finais:

NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ À MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 385 DO CPP.

Cumprir pontuar, ainda, que, ao contrário do que alega a defesa, o juiz não está vinculado à manifestação ministerial, consoante é expresso o artigo 385 do CPP, visto que tem liberdade de decidir de acordo com seu livre convencimento motivado, tendo este dispositivo sido recepcionado pela Constituição Federal, conforme reiterados julgados dos tribunais superiores. [...] ³⁴⁴ (grifo do autor).

Consoante o já pontuado neste trabalho, a liberdade de convencimento que detém o magistrado não se confunde com arbitrariedade, a ponto de autorizar a formação de uma convicção unicamente constituída pela vontade do julgador. Assim, na estrutura acusatória, “mais do que simplesmente a separação entre acusação e julgamento, há para a efetivação do *jus puniendi* a necessidade de que a acusação e o julgador entendam pela existência de crime”³⁴⁵. Ora, permitir que o juiz condene “por sua conta e risco, sem pedido condenatório”³⁴⁶, equivale a alocar o órgão julgador em posição de transcendência dentro do processo penal, superpondo o seu juízo a respeito da pretensão acusatória ao do órgão constitucionalmente legitimado para promover a acusação³⁴⁷.

Uma vez reconhecendo o órgão acusador a insuficiência do acervo probatório carreado aos autos para afastar a presunção de inocência do acusado, subtrai-se, do derradeiro debate

³⁴⁴ BAHIA. Tribunal de Justiça. *Sentença - Processo n. 0300039-23.2011.8.05.0001*, 10ª Vara Criminal de Salvador. Salvador, 18 de abril de 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0300039-23.2011.8.05.0001&cdProcesso=01000002E0000&cdForo=1&baseIndice=INDDS&cdServico=190100&ticket=mMA%2Favef9ZmnRGaZ800yWso7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv4q19kltR7qgSFKBt99NQsH01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVjcRXvoGWIPcyoJA1X9rJVoliHpDRGqyLzEKchME11za7ugJ2hK40iq%2FJ9EazTGE4mdzl7p5lGm1s3xPWlrfd04%3D>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

³⁴⁵ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*, n. 152, v. 13, jul. 2005. p. 19.

³⁴⁶ QUEIROZ, Paulo. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

³⁴⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: Jouissance. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 65-75. p. 73-74.

processual, o enfrentamento de quaisquer teses condenatórias, tendo em vista que o MP, concluindo pela absolvição, não aventa nenhuma. É sabido que o modelo acusatório exige a construção do processo em contraditório, pelo que a imposição de reprimenda penal ao acusado pressupõe que haja efetivo confronto entre tese e antítese³⁴⁸. Já que o órgão ministerial reconheceu a inviabilidade da aplicação de uma sanção penal ao réu, não confirmando a pretensão acusatória em alegações finais, esvaziado restou o objeto do processo penal, pelo que, para proferir a condenação, forçoso convir que foi o julgador quem levou a cabo a já abandonada pretensão acusatória. Conforme alhures discorrido, desempenha o magistrado o poder de punir do Estado, cujo exercício está condicionado ao exercício do poder de acusar. Não detém o juiz, neste diapasão, o poder de acusar, que é privativo do Ministério Público. Logo, ao desbordar do pedido ministerial para exarar decreto condenatório, o julgador exercitou de ofício o poder de punir, dada a ausência de prévia invocação. Urge destacar, neste passo, que a função acusatória conferida ao Ministério Público pela Constituição, no âmbito do processo penal, não se perfaz com a mera veiculação da denúncia, porque a pretensão acusatória “deve perdurar até o momento de uma eventual condenação”, e, por conseguinte, “quando o MP pede a absolvição, materialmente está retirando a acusação e, portanto, é impossível a condenação do réu”³⁴⁹. Nesse ínterim, a condenação proferida em desconformidade com o pedido do Ministério Público não guarda compatibilidade constitucional à medida em que a absolvição requerida pelo acusador equivale ao abandono da pretensão acusatória, e, ao condenar em condições tais, “o magistrado estaria atuando de ofício, ou seja, sem acusação e em flagrante desrespeito ao sistema acusatório”³⁵⁰, em afronta, deste modo, à disposição do art. 129, I, da Carta da República. A decisão sob exame, portanto, não encontra conformidade à Constituição.

A seguinte sentença condenatória colhida, cuja disponibilização se deu no DJe de 31 de agosto de 2017, foi prolatada nos autos da Ação Penal n. 0000417-47.2015.8.05.0119, desencadeada perante o Juízo da Vara Crime, Júri, Execuções Penais, Infância e Juventude da Comarca de Itajuípe. Na inicial acusatória, foi imputada ao réu a prática das infrações penais previstas no art. 33 da Lei 11.343/2006 e no art. 12 da Lei 10.826/03, e, nas alegações finais,

³⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 296.

³⁴⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*, n. 152, v. 13, jul. 2005. p. 19.

³⁵⁰ Idem, *ibidem*.

pugnou o parquet pela absolvição. Todavia, o julgador proferiu a condenação do acusado, e, para tanto, lançou mão do art. 385, nos termos que seguem transcritos:

Preambularmente, destaco que a manifestação do Ministério Público pela absolvição do réu em sede de alegações finais, não vincula este Juiz, o qual tem liberdade de decidir os fatos de acordo com o seu livre convencimento, a teor do artigo 385 do Código de Processo Penal [...]. Neste sentido é pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que o artigo 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não havendo falar-se em ilegalidade de sentença condenatória havendo pedido absolutório do Ministério Público.³⁵¹

Na esteira do entendimento dos Tribunais Superiores, o julgador afirmou a recepção constitucional do supracitado dispositivo, apontando a ausência de vinculação do magistrado ao pedido ministerial formulado em seu último ato postulatório no processo. Trata-se de perspectiva essencialmente “construída à sombra do texto original do CPP e que se manteve viva de forma questionável após a CR/88, arrimada num marco inquisitivo”³⁵², porquanto o exercício de jurisdição sem a prévia e necessária invocação não pode encontrar guarida num sistema pautado pela acusatoriedade. Por determinação do modelo acusatório de processo, “nos delitos de ação penal de iniciativa pública, o Estado realiza dois direitos distintos (acusar e punir) por meio de dois órgãos diferentes (Ministério Público e Julgador)”³⁵³. À medida em que a Constituição incumbe as diferentes funções de acusar e julgar a sujeitos também distintos e que o mister do órgão ministerial não se exaure com o mero oferecimento da denúncia, é corolário “que a acusação define e fixa, perante o juiz ou tribunal, o objeto do processo, que, por sua vez, delimita e fixa os limites dos poderes de cognição e decisão do juízo ou tribunal”³⁵⁴, conforme aduz Paulo Queiroz, recorrendo à lição de Figueiredo Dias. Assim, tendo em conta que “o Estado realiza o seu poder de penar no processo penal não como parte, mas como juiz, e esse poder punitivo está

³⁵¹ BAHIA. Tribunal de Justiça. Sentença - Processo n. 0000417-47.2015.8.05.0119, Vara Crime, Júri, Execuções Penais, Infância e Juventude de Itajuípe. Itajuípe, 28 de agosto de 2017. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, 31 de agosto de 2017. Disponível em: <https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=1976&tmp.diario.cd_caderno=4&tmp.diario.cd_secao=1127&tmp.diario.dt_inicio=31/08/2017&tmp.diario.dt_fim=28/11/2018&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

³⁵² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 636.

³⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 274.

³⁵⁴ QUEIROZ, Paulo. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

condicionado ao prévio exercício da pretensão acusatória”³⁵⁵, a condenação proferida sem pedido condenatório trata-se de manifestação do poder punitivo do Estado sem a necessária invocação, assim revestindo-se de ato de ofício.

De sua vez, a seguinte decisão, disponibilizada no DJe de 30 de outubro de 2018, foi proferida pelo Juízo da Vara Crime, Júri Execuções Penais, Infância e Juventude da Comarca de Macarani, nos autos da Ação Penal n. 0000144-28.2013.8.05.0155. Na denúncia, foi atribuída ao réu a prática do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 e, em alegações finais, pugnou o *parquet* pela absolvição, em virtude da inexistência de prova concludente da prática delituosa pelo acusado. Apesar disso, o julgador proferiu a condenação, afirmando, com base no art. 385, a ausência de vinculação do magistrado à postulação ministerial:

Por outro lado, este juízo NÃO pode acolher o pedido da titular da ação penal para absolver o denunciado por falta de provas. NÃO é este o entendimento da magistrada. [...] Há que se ressaltar que o pedido de absolvição, formulado pelo Ministério Público, mesmo ele sendo o titular da ação penal, em alegações finais, não vincula o julgador. Nesse sentido, o art. 385 do CPP prevê, in verbis, que “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.”

Há muito, foi consagrado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que o referido artigo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 [...].

[...] Neste contexto, ressalto que a função precípua do juiz, é analisar o acervo probatório constante dos autos e decidir de acordo com sua livre convicção fundamentada, inobstante o entendimento contrário do Parquet. Na avaliação do conjunto das provas, deve o juiz, de forma criteriosa e prudente, confrontá-las, com o fito de verificar se entre as mesmas há compatibilidade e coerência.³⁵⁶

Consoante já esclarecido, a livre convicção que detém o magistrado não se trata de chancela para que decida arbitrariamente, uma vez que o seu convencimento deve ser construído em contraditório³⁵⁷. Outrossim, a apreciação da prova produzida deve ser orientada pelo *in dubio pro reo*, orientação ditada pela presunção de inocência, tendo em vista que, no modelo acusatório de processo, não se pode admitir que o julgador decida em consonância com convicções pessoais

³⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 277.

³⁵⁶ BAHIA. Tribunal de Justiça. Sentença - Processo n. 0000144-28.2013.8.05.0155, Vara Crime, Júri Execuções Penais, Infância e Juventude de Macarani. Macarani, 29 de outubro de 2018. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, 30 de outubro de 2018. Disponível em: <https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=2254&tmp.diario.cd_caderno=4&tmp.diario.cd_secao=1118&tmp.diario.dt_inicio=30/10/2018&tmp.diario.dt_fim=28/11/2018&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

³⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96.

condenatórias. Na sentença ora apreciada, aduz a magistrada, com base em depoimentos prestados por policiais na fase pré-processual, ou seja, em sede de inquérito policial, que foram encontrados dez papetes de cocaína no interior da carteira do acusado, afastando, sob este fundamento, a alegação ministerial de ausência de prova concludente acerca da culpabilidade do réu. Ocorre que tais declarações não foram corroboradas em juízo. Apesar disso, o convencimento do julgador para concluir pela culpabilidade do acusado fundamentou-se nestes testemunhos, consoante se pode depreender do seguinte excerto do decreto condenatório:

Não foi confirmado em juízo porque a instrução foi feita quase 6 anos após, e os policiais com tantas diligências não se lembraram de falar isso, e não foi perguntado pela magistrada. Mas o depoimento deles colhidos na Delegacia, tem fé pública relativa, se em consonância com as demais provas colhidas, e estes depoimentos estão em sintonia com as demais provas colhidas.³⁵⁸

Ademais, a prova testemunhal produzida em juízo, conforme os trechos apontados na sentença, não indica a autoria e materialidade do delito em razão do qual foi instaurada a ação penal em tela. Não por outro motivo que reconheceu o *parquet*, em suas razões finais, que a prova aportada aos autos não se revelou suficiente para subsidiar a condenação, postulando, assim, a absolvição do réu. A partir da análise da fundamentação da sentença, constata-se afronta à presunção de inocência enquanto regra de julgamento, vez que o material probatório carreado aos autos não se revelou suficiente para afastar o estado de inocência do acusado³⁵⁹ - o que entendeu o órgão ministerial, formulando, assim, o pedido absolutório. Não obstante o esvaziamento da pretensão acusatória pelo titular da ação penal, insistiu o julgador na condenação, deste modo agindo sem a necessária provocação e condenando de ofício, portanto. À medida em que se desvela a decisão judicial sustentada por influxos externos ao processo, não pode encontrar amparo constitucional³⁶⁰. De igual modo, o exercício de jurisdição sem ação, vez que equivale à concentração dos poderes de acusar e julgar em mãos do magistrado, também não

³⁵⁸ BAHIA. Tribunal de Justiça. Sentença - Processo n. 0000144-28.2013.8.05.0155, Vara Crime, Júri Execuções Penais, Infância e Juventude de Macarani. Macarani, 29 de outubro de 2018. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, 30 de outubro de 2018. Disponível em: <https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=2254&tmp.diario.cd_caderno=4&tmp.diario.cd_secao=1118&tmp.diario.dt_inicio=30/10/2018&tmp.diario.dt_fim=28/11/2018&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

³⁵⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. *E-book*.

³⁶⁰ Idem, *ibidem*.

encontra guarida no texto da Carta Maior, que orienta a estrutura acusatória de processo. Incompatível, por conseguinte, a sentença nestes moldes proferida à Constituição, porquanto violado o sistema acusatório de processo.

Por todo o exposto, conclui-se que as decisões ora analisadas, ao passo em que se alicerçam no art. 385 do CPP, quer para impor condenação ao acusado em face do pedido absolutório do Ministério Público, quer para incluir agravantes não ventiladas pelo acusador, traduzem-se em afronta ao processo penal de cunho acusatório, repercutindo, logo, em violação à Constituição, que consagra a estrutura acusatória.

O decreto condenatório proferido diante da absolvição requerida pelo acusador, à medida em que ofende o contraditório, por subtrair, do debate, a tese acusatória, não pode guardar compatibilidade constitucional. À medida que fere o contraditório, afronta a defesa efetiva que deve ser assegurada ao acusado, por suscitar provimento que desborda do tracejado pelo acusador. Nessa linha, viola a imparcialidade do juízo, o devido processo e, num sistema que se pretende acusatório, erigido sobre o princípio da inércia da jurisdição, não pode encontrar guarida qualquer construção que admita o exercício de jurisdição de ofício, sem a prévia e necessária acusação.

Assim, a decisão penal condenatória prolatada ante o pedido de absolvição do Ministério Público se revela *extra petita*, por encerrar provisão distinta daquela postulada pelas partes no processo. Trata-se de decisão eivada de nulidade, portanto. Apesar da dicção do art. 385, assentado restou que a fronteira constitucional se desvela também frente ao intérprete, sendo papel do julgador, neste diapasão, o de “proceder à adaptação das leis do processo, conforme este sistema ou, se for o caso, não aplicar, por inválidas, aquelas que contrastam com a Constituição”³⁶¹. Logo, por representar ofensa ao *actus trium personarum*, ao contraditório, à ampla defesa, à imparcialidade do juízo e, ao fim e ao cabo, ao sistema acusatório, ferindo o devido processo orientado pela Magna Carta, não guarda conformidade constitucional a decisão nestes moldes proferida, uma vez que a sua prolação fere o programa desenhado pela Constituição para o processo penal.

³⁶¹ PRADO, Geraldo. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

6 CONCLUSÃO

1 - Para a efetivação de uma estrutura de processo penal que se pretenda democrática, é necessário que se leve a cabo o sistema acusatório constitucionalmente delineado. Assim, mister se faz a conformação dos dispositivos legais à Constituição, tendo em vista a sua superioridade normativa no ordenamento jurídico, o que impõe ao intérprete uma constante atividade de filtragem constitucional da legislação.

2 - Neste diapasão, o Ministério Público, no âmbito do processo penal, é efetivamente parte, como corolário do modelo acusatório, que pressupõe um processo erigido em contraditório. De outro lado, por ser órgão da estrutura estatal, deve a sua atuação estar norteadada pelo princípio da legalidade, do que decorre que, diante da ausência de prova concludente de materialidade e autoria delitivas, deve postular a absolvição do acusado. A Constituição, ao atribuir ao Ministério Público, de modo privativo, o exercício da ação penal de natureza pública, buscou apartar o juiz da função de acusador, de modo a garantir que a sua atuação se perfaça de maneira imparcial. Assim, deve o magistrado permanecer equidistante em relação às partes e ao objeto do processo, como pressuposto do devido processo legal e para resguardar o sistema acusatório.

3 - Isto posto, no processo penal de cunho acusatório, manifesta-se o Estado por intermédio da figura do juiz, que desempenha o poder de punir, e da figura do Ministério Público, que detém o poder de acusar. Neste seguimento, o poder de punir, que não pode se dar de ofício, está condicionado ao exercício poder de acusar, em virtude do princípio da inércia da jurisdição. Tomada a pretensão acusatória como o objeto do processo penal, pretensão essa que se perfaz com a manifestação do acusador em alegações finais, o pedido de absolvição do órgão ministerial equivale ao abandono da pretensão acusatória.

4 - A presunção de inocência, que incide durante toda a persecução penal, impõe-se como regra probatória, ao passo em que determina que todo o ônus de provar a acusação incumba ao Ministério Público, e, quando da prolação de sentença, impõe-se como regra de julgamento, para estabelecer que qualquer dúvida remanescente acerca da culpabilidade do acusado deve ser interpretada a seu favor, visto que, para que se afaste o seu estado de inocência, deve a prova aportada aos autos pelo órgão acusador se mostrar para tanto suficiente.

5 - A correlação entre acusação e sentença, de sua vez, diretamente decorre do princípio do contraditório, encontrando, por isso, amparo constitucional. Trata-se de princípio que se

impõe para obstar ao julgador que, no provimento jurisdicional, desborde dos limites da acusação delineada pelo órgão ministerial, acusação essa que se completa com o pedido formulado em alegações finais.

6 - O artigo 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição, uma vez que o reconhecimento de agravantes de ofício viola a correlação entre acusação e sentença e, por conseguinte, o contraditório, e a sentença condenatória proferida em face do pedido de absolvição do Ministério Público ofende o sistema acusatório de processo, por consubstanciar indevida subsunção do magistrado na figura do órgão acusador.

7 - Assim, a sentença penal condenatória prolatada em face do pedido de absolvição do Ministério Público não guarda compatibilidade constitucional, na medida em que viola a ampla defesa, o contraditório, a correlação entre acusação e sentença, o devido processo legal, a imparcialidade do juízo e, ao fim e ao cabo, a estrutura acusatória. Na medida em que se embasa no art. 385 do CPP, o qual não é compatível à Magna Carta, afronta, por via de consequência, todos os ditames constitucionais violados pelo dispositivo.

8 - Por tudo isso, a sentença condenatória prolatada em face do pedido de absolvição do Ministério Público está eivada de nulidade, ante a violação das disposições constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor*. Disponível em:

<<https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: *Processo Penal*. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Cirza (Orgs.).

Salvador: Juspodivm, 2016, p. 357-378. Disponível em:

<<https://badaroadvogados.com.br/download.php?f=5d91bae3a0a7c6640f59c68982282c32>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

_____. *Da inadmissibilidade da Imputação alternativa no processo penal brasileiro*. Disponível em: <<https://badaroadvogados.com.br/ano-2011-da-inadmissibilidade-da-imputacao-alternativa-no-processo-penal-brasileiro.html>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

_____. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BAHIA. Tribunal de Justiça. *Sentença - Processo n. 0026275-32.2004.8.05.0001*, 1ª Vara de Tóxicos de Salvador. Salvador, 03 de setembro de 2012. Disponível em:

<<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0026275-32.2004.8.05.0001&cdProcesso=01Z040K9V0000&cdForo=1&baseIndice=INDDS&cdServico=190100&ticket=KuerYU700I17e1cc78Ce72LXiLi1m2cryAMhaFh76hwyCA98Hrz1qsCjjPkRFet0JEsxg9o98zet3W9e1IjD6UUbyFgS3aW%2FC2oi2Aupx8jXQ93%2FhC%2B36%2FjMHxKs5I t8yvkY1fQsR9tQ1%2BDBkBjxMHZqUIMA106xBJJg1BP8OqacOSOkOmiCRrfAUC9eJ%2FH gY3%2F9%2BoTfgYqTpQ5RgEu6E6qri0cadhEmRdFhBm4TWg%3D>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. *Sentença - Processo n. 0300039-23.2011.8.05.0001*, 10ª Vara Criminal de Salvador.

Salvador, 18 de abril de 2011. Disponível em:

<<http://esaj.tjba.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0300039-23.2011.8.05.0001&cdProcesso=01000002E0000&cdForo=1&baseIndice=INDDS&cdServico=190100&ticket=mMA%2Favef9ZmnRGaZ800yWso7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4 F0xYudKlv4qI9kltR7qgSFKBt99NQsH01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGn y%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVjcRXvoGWIPcyoJA1X9rJVoliHpDRGqyLzE KchME11za7ugJ2hK4Oiq%2FJ9EazTGE4mdzl7p51Gm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

_____. *Sentença - Processo n. 0000417-47.2015.8.05.0119*, Vara Crime, Júri, Execuções Penais, Infância e Juventude de Itajuípe. Itajuípe, 28 de agosto de 2017. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, 31 de agosto de 2017. Disponível em:

<https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=1976&tmp.diario.cd_caderno=4&tmp.diario.cd_secao=1127&tmp.diario.dt_inicio=31/08/2017&tmp.diario.dt_fim=28/11/2018&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

_____. Sentença - Processo n. 0000144-28.2013.8.05.0155, Vara Crime, Júri Execuções Penais, Infância e Juventude de Macarani. Macarani, 29 de outubro de 2018. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, 30 de outubro de 2018. Disponível em:

<https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=2254&tmp.diario.cd_caderno=4&tmp.diario.cd_secao=1118&tmp.diario.dt_inicio=30/10/2018&tmp.diario.dt_fim=28/11/2018&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

_____. Sentença - Processo n. 0000252-85.2013.8.05.0275, Vara Crime, Execuções Penais, Júri, Infância e Juventude de Wanderley. Wanderley, 06 de março de 2014. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, 07 de março de 2014. Disponível em:

<https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=1149&tmp.diario.cd_caderno=4&tmp.diario.cd_secao=741&tmp.diario.dt_inicio=07/03/2014&tmp.diario.dt_fim=07/03/2014&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=art.%20385>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. Sentença - Processo n. 0002432-32.2017.8.05.0082, Vara Criminal de Gandu. Gandu, 01 de fevereiro de 2018. *Diário Eletrônico da Justiça da Bahia*, 05 de fevereiro de 2018. Disponível em:

<https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=2077&tmp.diario.cd_caderno=3&tmp.diario.cd_secao=347&tmp.diario.dt_inicio=05/02/2018&tmp.diario.dt_fim=05/02/2018&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 dez. 2018.

_____. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro Francisco Campos. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 1941. Disponível em:

<http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 521/MT*. Relator Min. Paulo Brossard. Data de julgamento: 07 fev. 1992. Tribunal Pleno. Data de publicação: 29 maio 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266398>>. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 453*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2735>>. Acesso em: 6 dez. 2018.

BURLE FILHO, José Emmanuel. O Ministério Público e sua posição constitucional. *Justitia*, v. 51, n. 146, p. 85-89, abr./jun. 1989.

_____; GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público, as funções do Estado e seu posicionamento constitucional. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 153, p. 41-58, jan./mar. 1991.

BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo de um sistema acusatório. *Seqüência*, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 133-161, jul. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

_____. *Iniciação ao Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

DELLA VILLA, Giovani Frazão. *A decisão penal condenatória face ao pedido de absolvição pelo Ministério Público: desconformidade com a Constituição*. 2017. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná.

DEZEM, Guilherme Madeira. Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria geral da prova. *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, p. 13-14, ago. 2018.

DUCLERC, Elmir. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. A correlação entre imputação e sentença no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 324-352, jul./ago. 2010.

_____. A mudança do fato ou da classificação no novo procedimento do júri. *Boletim IBCCRIM*, v. 16, n. 188, p. 6, jul. 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*, n. 152, v. 13, p. 19, jul. 2005.

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.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 31, p. 65-74, jul./set. 2000.

_____. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, v. 29, p. 11-33, jan./mar. 1983.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades na imputação criminal: Operação Lava Jato e o art. 383 do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 281-307, set./out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*, v. 729, p. 377, jul. 1996.

KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 166-184, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? *Revista Consultor Jurídico*, 5 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista de Estudos Criminais*, v. 2, n. 6, p. 124-142, 2002.

_____. (Re)pensando os sistemas processuais penais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim informativo IBRASPP*, a. 3, n. 5, 2013, p. 33.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. Busca da verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial. *Revista Consultor Jurídico*, 4 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/busca-verdade-processo-penal-alem-ambicao-inquisitorial>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 464-471, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0ay8ad.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP. *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, p. 16-17, ago. 2010.

_____. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

_____. Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 12, n. 2, p. 183-176, jul./dez. 2009.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. *Empório do Direito*, 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008. p. 168.

_____. Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: Jouissance. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 65-75.

_____. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? *Empório do Direito*, 2016. Disponível em: Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/por-que-sustentar-a-democracia-do-sistema-processual-penal-brasileiro>>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

MONTERO AROCA, Juan. Los Principios del Proceso Penal (Un intento de exposición doctrinal basada en la razón), en: *Normas Legales*, Tomo n. 262, Marzo de 1998, pp. A-70 a A-95.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. *E-book*.

_____. Quem tem medo do “juiz das garantias”? *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, ago. 2010, p. 21-23.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A atuação do julgador no processo penal constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. O processo penal como dialética da incerteza. *Revista de Informação Legislativa*, a. 46, n. 183, p. 67-75, jul./set. 2009.

_____. Reformas legislativas e o CPP. *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, p. 11, ago. 2018.

PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 135-169, set./out. 2016.

_____. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. *E-book*.

QUEIROZ, Paulo. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Direito Processual Penal*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. O que os juízes julgam (?). A necessária revisitação da metodologia decisória a partir da garantia constitucional do estado de inocência. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 97-113.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, jul./set. 1988.

SILVA, Danielle Souza de Andrade E. A emendatio libelli e a mutatio libelli na Reforma do Código de Processo Penal. *Revista dos Tribunais*, v. 881, p. 423, mar. 2009.

SILVA JARDIM, Afrânio. Em alegações finais, o Ministério Público não “pede”, mas simplesmente “opina” sobre o julgamento do pedido formulado na denúncia. *Empório do Direito*, 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/em-alegacoes-finais-o-ministerio->

publico-nao-pede-mas-simplesmente-opina-sobre-o-julgamento-do-pedido-formulado-na-denuncia-por-afranio-silva-jardim-1508758463>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. Garantismo no Processo Penal merece breve (e parcial) reflexão. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/afranio-jardim-garantismo-processo-penal-merece-reflexao>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume 1*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Processo Penal, volume 2*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VILELA, Leonardo Marques. O juiz como sujeito processual no sistema acusatório. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017, p. 361-367.

ZILLI, Marcos. Os atores e seus papéis. *Boletim IBCCRIM*, a. 18, edição especial, p. 19, ago. 2010.