



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JÚLIA ROCHA DE ARAUJO

**ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: A SUA INEFICÁCIA E
INAPLICABILIDADE PELA DISSONÂNCIA COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO.**

**BRASÍLIA
2021**

JÚLIA ROCHA DE ARAUJO

**ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: A SUA INEFICÁCIA E
INAPLICABILIDADE PELA DISSONÂNCIA COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professor Marcus Vinicius Reis Bastos

**BRASÍLIA
2021**

RESUMO

A indagação principal do projeto a ser desenvolvido se consubstancia na essência da aplicação e utilização do sistema acusatório no processo penal brasileiro, e como os seus paradigmas são utilizados de forma eloquente o suficiente para que o constitucionalismo das normas sobressaia às condições jurisdicionais penais. O enfoque ao longo das argumentações é o artigo 385 do Código de Processo Penal e como a sua redação está ultrapassada em planos vigentes no ordenamento jurídico, em razões de andar em contramão com os dizeres constitucionais e processuais atinentes ao sistema jurídico adotado pelo processualismo penal brasileiro em tempos modernos e democráticos. Indaga-se que sua primitividade é pura e clara, e não persiste razões para que ainda seja sustentado a sua prevalência ao corpo infraconstitucional penal. É esclarecido ao caminho da redação do artigo abordado, que vai em linhas contrárias ao que determina os dizeres humanitários estabelecidos pela Lei Maior, ferindo princípios basilares do Direito posto, ainda mais ao que tange o Estado Democrático de Direito. Ademais, é aferido a sua ineficácia e inaplicabilidade em relação ao ordenamento e ao processo penal brasileiro, sua absonância com princípios fundamentais, e o lúdimo desserviço com a Lei Processual Penal moderna e vigente.

Palavras-chave: DIREITO PROCESSUAL PENAL. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. SISTEMA ACUSATÓRIO. ORDENAMENTO JURÍDICO.

SUMÁRIO

RESUMO	3
INTRODUÇÃO	5
1. BREVE INTRODUÇÃO AO CONCEITO DA INVALIDADE E APLICABILIDADE DE UMA NORMA VIGENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	
1.1. VALIDADE DA NORMA JURÍDICA: TOTALIDADE LÓGICO-SINTÁTICA E SEUS REQUISITOS PARA ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	
1.2. A VIGÊNCIA DA NORMA PERANTE SUA INCOERÊNCIA SOCIAL E SUA PERMANÊNCIA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	
2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO ÂMBITO PROCESSUAL E OS SEUS IMPACTOS NAS DECISÕES QUE INCIDEM NO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	
2.1. A CONTEXTUALIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO ESTADO MODERNO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	
2.2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO PILARES DE UMA PROTEÇÃO JURÍDICA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ACIMA DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL	
2.2.1. O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE: ÔNUS PROBANTE ACUSATÓRIO E O PAPEL DO ÓRGÃO JULGADOR NA CONDENAÇÃO.....	
2.2.2. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUÍZO: A COMPATIBILIDADE DO PROCESSO COM A SENTENÇA.....	
2.2.3. MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA OBRIGATORIEDADE LEGAL E CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL:	

	AFASTABILIDADE	DA	CONVENIÊNCIA	E	OPORTUNIDADE.....
2.2.4.	GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: A CONFORMIDADE DA SENTENÇA COM O NÚCLEO ACUSATÓRIO DO PROCESSO.....				
2.2.5.	<i>IN DUBIO PRO RÉU</i> : A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DA LIBERDADE E INOCÊNCIA DO ACUSADO EM CASOS DE DIVERGÊNCIA				
3.	OS SISTEMAS ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO: SUAS CONSTRUÇÕES E EVOLUÇÕES JURÍDICO-PROCESSUAIS E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.....				
3.1.	O SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO: DIVERGÊNCIAS PRIMITIVAS E ADOÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....				
4.	CONSIDERAÇÕES FINAIS				
5.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....				

INTRODUÇÃO

A despeito do que se propõe em relação ao Estado Democrático de Direito, e a existência de normas que vão ao contrário da sua caracterização como modelo normativo a ser seguido, é de suma importância prosseguir com o debate e exposição de diversos paradigmas histórico-normativos que implicam para a divergência de aplicabilidade de normas que se encontram vigentes, mas num estado de invalidez, ineficácia e inaplicabilidade. É o que se entende pela redação do artigo 385 do Código de Processo Penal, regra que se encontra num estado de invalidez por não estar consoante com o viés constitucional e jurídico do atual ordenamento brasileiro. A sua invalidez vem por ocasionar a sua inaplicabilidade, uma vez que fere e viola princípios magnos trazidos pela Constituição Federal de 1988, que serão abordados ao longo do texto.

A problemática do artigo em comento não se baseia somente em sua divergência com o ordenamento jurídico vigente, há um caminho histórico processual a ser analisado para que seja identificado as raízes epistemológicas da aplicação da regra ainda em vigência. A sua elaboração não decorreu de qualquer maneira, e sim, de diversos processos que foram sendo desconstituídos ao longo dos marcos normativos penais. Por isso, devem ser levados em consideração os pontos iniciais da discussão, para que sejam identificados os indivíduos vulneráveis em relação ao processo desde o início dos tempos processuais penais, e a sua mudança ao longo dos tempos.

O artigo 385 do Código de Processo Penal é alvo de diversas discussões em âmbito de jurisprudência e doutrina, por se tratar de redação que vai contra os princípios do sistema utilizado processo penal brasileiro. O objeto principal do trabalho acadêmico em questão está baseado no enfoque dogmático sobre a construção dos sistemas processuais penais ao longo da história processual normativa, principalmente pelo momento de acolhimento do sistema acusatório pelos tribunais e Constituição brasileiros. Ainda em âmbito de discussão, é abordado as questões basilares de princípios e garantias fundamentais que foram recepcionadas e priorizadas pela Carta Magna de 1988 e os seus impactos em relação à aplicação e vigência de normas que vão contra os seus princípios constitucionais. Além disso, será explicitado e delimitado as funções de cada órgão do Judiciário, e a

vulnerabilidade e o papel de cada parte no processo, para fins explicativos de inaplicabilidade da norma problematizada inicialmente.

Em que pese a metodologia do trabalho a ser apresentado, serão utilizadas as técnicas descritivas e explicativas, isso porque ao longo do texto, será visível a exposição dos problemas e interferências que a aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal causa ao processo penal como um todo, não só o processo, mas também o indivíduo que foi parte ré no processo. É descritiva, pois, a existência dos prejuízos é contundente e estudada por doutrinadores e operadores do direito que buscam cessar os danos dessa norma ao longo dos atos processuais posteriores. O método é visivelmente explicativo, uma vez que as questões de fato e de direito estarão expostas de forma clara e objetiva, com fim de explicitação didática em relação aos atos decorrentes da aplicação da norma inválida e ineficaz.

Além disso, estará presente o método de pesquisa bibliográfica, pois, o texto acadêmico a ser percorrido será fruto de uma vasta pesquisa acadêmica, de um acervo doutrinário, científico e social. Para Lima e Miotto (2007), ¹“a pesquisa bibliográfica implica em um conjunto ordenado de procedimentos de busca por soluções, atento ao objeto de estudo, e que, por isso, não pode ser aleatório”. Por isso, não poderia ser deixado de lado esse método de pesquisa, uma vez que será grande parte do embasamento teórico do texto a ser apresentado, com exposição doutrinária vigente e problemáticas científicas que foram discutidas ao longo de anos de história jurídico-processual. Além da pesquisa bibliográfica, haverá estudo de casos reais para que seja exemplificado as problemáticas discutidas em relação ao artigo em comento e a pesquisa central do trabalho.

As técnicas serão bibliográficas e de análise de conteúdo, assim como citado, o estudo bibliográfico é um dos pilares para a construção de um texto acadêmico de excelência, logo, a implementação da técnica bibliográfica não poderia se ausentar da estrutura de pesquisa dessa composição, uma vez que o objetivo principal é a clareza e objetividade da leitura e compreensão do problema aqui abordado.

¹ LIMA, T.C.S de; MIOTTO, R.C.T. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. Katál, Florianópolis, v.10, spe, 2007

1. BREVE INTRODUÇÃO AO CONCEITO DA INVALIDADE E APLICABILIDADE DE UMA NORMA VIGENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O Direito por se tratar de uma ciência social, possui um estudo diretamente zétetico. Anota-se que apesar dos dogmas serem existentes e possuírem o seu valor no âmbito jurídico, estes não podem ser levados como a verdade posta imutável, sublinha-se que não se pode negar a necessidade de evoluções e modificações no sistema jurídico-social. E, partindo dessa premissa, entende-se que o Direito é possuidor de diversas teorias que constroem a sua estrutura normativa.

As normas, neste trabalho, serão vistas e discutidas pelo ponto de vista positivista. Pois, trata-se do sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e a teoria que mais se adequou aos moldes da normatividade brasileira. Primeiramente, deve ser esclarecido e exposto de forma didática o que se entende por validade, vigência e eficácia das normas jurídicas no ordenamento ora discutido.

A validade da norma é constituída pela elaboração material, ou seja, é na sua composição que se constitui a validade. No ordenamento jurídico brasileiro, a validade depende do critério utilizado pelo titular do Poder Constituinte, não pelo jurista que representa apenas um agente interpretador dos critérios de validade adotados pela norma jurídica, sem qualquer poder real de criação do Direito. Algumas outras leituras, têm os juristas como papel essencial para o preenchimento semântico dessas normas, mas, de forma alguma, possuem o poder de criar. O Direito somente se origina do Estado.

Para fins explicativos, vale ressaltar os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho²:

“[...] a validade é uma relação de pertinência da proposição jurídica com o sistema, sendo que de tal afirmação podem ser deduzidos dois aspectos já tratados, a dedutibilidade extraída da dinâmica jurídica e a conformidade com os processos e órgãos estabelecidos pela Norma Maior.”

2. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p 58.

A validade da norma está ligada a aspectos que devem ser respeitados, sejam eles: a adequação aos processos anteriormente estabelecidos para a criação da proposição jurídica; e a competência constitucional do órgão criador. Esses aspectos estão direcionados e encadeados com as ideias de Kelsen em relação à norma, de forma que a dinâmica jurídica atesta a lógica das normas que são hierarquicamente superiores,³ e as normas que devem seguir as suas diretrizes. Porém, a norma pode ser claramente válida e não ser efetivamente aplicada na sociedade, como afirma Bobbio⁴. Uma vez que o elemento da eficácia não é submetido pelo Direito posto pelo Estado.

Antes de adentrar no mérito da eficácia da norma em âmbito social e jurídico, é vero ressaltar que a validade não se confunde com a vigência da norma. Isso porque, claramente poderá haver uma norma válida que não esteja vigente. A vigência é uma observância jurídica obrigatória posta por lei, para que seja posta em meio social, em um determinado espaço de tempo, denominado *vacatio legis*. A vigência é composta pela positividade da norma (validade) e a obrigatoriedade. Dessa forma, incumbe a entender que há possibilidade de existir uma norma válida que não esteja vigente, mas não há possibilidade do contrário.

Pelos doutrinadores realistas, a vigência e eficácia da norma não se confundem, posto que são compostas pelos mesmos elementos e pressupostos. Porém, a epistemologia aqui analisada é do ponto de vista positivista, que entende que a eficácia e a vigência tem as suas diferenças. A eficácia da norma implica diretamente na sua aplicabilidade, no seu papel judicial e social, e como a sua redação estabelece uma relação de segurança jurídica ao ordenamento jurídico e ao indivíduo de direitos.

Já é exaurido o tema de que as demais leis do ordenamento devem seguir o padrão constitucional da Constituição da República, todavia, quando uma diretriz não é condizente com essa constitucionalização, não há do que se falar na eficácia dessa norma. Para Paulo de Barros Carvalho, a eficácia é dividida em social, técnica e jurídica⁵. Nesse sentido, quando a norma está em dissonância com o berço constitucional vigente, os três alicerces da eficácia estão em desarmonia. A incidência da norma por mais que seja

³ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; tradução João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 60.

existente, não é aplicável ao mundo jurídico, e as condutas sociais modernas não são condizentes com o que está posto.

Dessa forma, é possível concluir que, apesar do ordenamento jurídico brasileiro ser constituído pelo sistema positivista e adotar os seus paradigmas, ainda é possível a discussão de suas controvérsias. A validade de uma norma não gera, conseqüentemente, a sua absoluta concretização ao ordenamento positivado. Há um processo para que seja inserida socialmente, além de existir um parâmetro social para aferimento da eficácia de determinada norma. Obviamente a pressão social não é a única fonte possível para a identificação de uma norma ineficaz, visto que o Direito emana do Estado. Devem ser observados outros critérios, tais como a sua aplicação em meio jurídico, garantido a segurança estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Além do mais, a aplicação da norma deve considerar os fins sociais e o bem comum. Priorizando, sempre, os valores, princípios e direitos fundamentais, institutos máximos do Direito.

1.1. VALIDADE DA NORMA JURÍDICA: TOTALIDADE LÓGICO-SINTÁTICA E SEUS REQUISITOS PARA ADEQUAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Em meios de entendimento de como uma norma é aplicada em ambientes sociojurídicos, é elementar salientar a construção sociológica que alavanca a norma para o seu objetivo final, e conseqüentemente, a sua utilidade em campos do ordenamento jurídico.

Caminhando nessas ideias, elenca-se que a norma passa por um processo de construção da sua vigência, validade e eficácia, há inúmeras concepções de como e qual o sentido é estabelecido para esses passos, de acordo com Miguel Reale a validade da norma jurídica sobre três aspectos: “o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)”⁶. Porém, não é esse o entendimento de Hans Kelsen, que será suscitada adiante.

De fato, a norma para que seja aplicada no universo jurídico de uma ação já estabelecida, deve estar condizente com sua realidade social, além de ser uma norma ética, que não venha a convencionar pelo ferimento de direitos de alguém que esteja sendo supostamente alvo do poder punitivo estatal. Hans Kelsen defende que a norma jurídica só possui o selo de validade perante a existência de uma norma hierarquicamente superior, que venha dirimir quaisquer conflito de direito atinente ao conteúdo de suas disposições.

Nesse caminhar, pelas ideologias da teoria kelsiana, a necessidade de uma norma anterior, hierarquicamente superior, para que a norma seguinte seja válida, pode-se extrair que a Constituição Federal é a fonte que baseia a construção de outras normas perante o ordenamento jurídico brasileiro. Ensina Kelsen, que para averiguar se uma norma é válida, deve-se encontrar a sua norma fundamental. Ademais, todas as normas que remetem, nas suas indagações de validade, a uma mesma norma fundamental, pertencem ao mesmo sistema normativo⁷. Logo, uma norma que não esteja em linhas paralelas ao que determina a Constituição Federal, não pode ser considerada válida no ordenamento jurídico vigente.

Todavia, não do que se confundir entre a validade, a vigência e a eficácia dessa norma perante a sua aplicação. A validade das normas sob a perspectiva positivista

⁶ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁷ KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 217

está relacionada a sua condição de existência consoante à norma de competência, isso quer dizer que, para a norma ser válida, logicamente ela deve ser existente, e vice-versa.

Nesse sentido, ensina Paulo de Barros⁸:

“(…) A validade não deve ser tida como predicado monádico, como propriedade ou como atributo que qualifica a norma jurídica. Tem status de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada na sua inteireza lógico-sintática e o sistema de direito posto, de tal sorte que ao dizermos que uma norma ‘n’ é válida, expressaremos que ela pertence ao sistema ‘S’. Ser norma é pertencer ao sistema, o ‘existir jurídico específico’ a que alude Kelsen. (...) Seja como for, ingressando no ordenamento pela satisfação dos requisitos que se fizerem necessários, identificamos a validade da norma jurídica, que assim se manterá até que deixe de pertencer ao sistema”.

Diferentemente da validade, a vigência da norma está vinculada a possibilidade de aplicação ao ordenamento jurídico, é um efeito da validade da norma, ou seja, como regra uma vez que a norma jurídica se torna válida ela passa a ter vigência (pode produzir efeitos). Em âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, algumas normas necessitam do seu período de vacância (*vacatio legis*), para que o seu conteúdo seja anteriormente conhecido. Logo, uma norma vigente sempre é válida, porém, a recíproca não é verdadeira.

Nos ensinamentos de Ferrajoli:

Para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam a forma e os procedimentos do ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, o seu significado.⁹

A eficácia da norma está atrelada à possibilidade concreta de produção de efeitos. Os efeitos podem ser elencados como: técnico, fático e social. A eficácia fática se relaciona com os requisitos sociais presentes para a sua concretização, ou seja, a realidade fática deve estar condizente com os dizeres da norma criada, caso contrário, não há produção real de efeitos. Já em âmbito social, está vinculado a realidade social daqueles que estão sujeitos às normas, que seja uma realidade democrática e garantista, e a norma usufrui de

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 57.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 701

cunho retrógado e punitivo, dessa forma a norma pode ser válida e vigente, porém, não produz quaisquer efeitos sobre aqueles que estão submetidos à ela. É o que se entende, por exemplo, da norma penal criada em meados de 1940, em situação fática-social de um regime ditatorial impositivo que cerceava os direitos sociais dos indivíduos, ainda sendo aplicada após a promulgação da atual Constituição Federal, que amplamente defende o oposto, e assegura a liberdade e individualidade do sujeito social e processual, limitando o poder punitivo do Estado. Além disso, a eficácia técnica está condicionada aos tramites necessários para que a norma produza seus efeitos, nesse caso, entra a necessidade da conduta legislativa do Estado.

Sob esse espectro, condiz o raciocínio de que a norma, apesar de válida, pode não produzir efeitos. E mesmo que não cumpra requisitos basilares, como a consideração ao que determina a Lei Maior, a sua existência no plano jurídico ainda é possível. O que se discute é que, a postura hermenêutica do Estado Democrático de Direito impõe que as normas que disciplinam em sentido contrário à norma maior, percam a sua eficácia em planos jurídicos.

Tendo em vista que a Constituição é o ordenamento básico do Estado, trata-se do conjunto de normas e instituições jurídicas fundamentais que regulam e organizam o exercício do Poder e a produção de normas jurídicas, garantindo os direitos e liberdades do sujeito que está submetido aos poderes punitivos do Estado. A construção de normas infraconstitucionais, e aplicação contínua de normas já existentes, que caminham em sentidos opostos à Carta Magna, geram insegurança plena de proteção ao aspecto democrático do meio social.

1.2. A VIGÊNCIA DA NORMA PERANTE SUA INCOERÊNCIA SOCIAL E SUA PERMANÊNCIA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

É sábio salientar, desde logo, que, as normas que tratam de direitos essenciais ao desenvolvimento social, ou seja, normas de conteúdo fundamental e garantista, são centro indispensável para o sistema democrático atual pertinente ao ordenamento jurídico. Por regra, esses dispositivos máximos devem seguir a linha protecionista do indivíduo de direitos, a qualquer custo. O que se irá discutir no presente capítulo é precisamente a adequação social dessas ditas normas, e como àquelas que não seguem os ditames obrigatórios são sustentadas perante o ordenamento.

De antemão, ressalta-se que a validade da norma está vinculada ao conceito da sua pertinência a algum ordenamento jurídico, o termo “validade” é banhado de diversas nomenclaturas e significados, como ensina Tercio Sampaio:

“O termo validade tem muitos usos, inclusive, não jurídicos. Nossa análise se refere apenas à validade jurídica, aparecendo os outros usos apenas na delimitação do uso jurídico, não sendo diretamente tematizados. Mesmo na análise da validade como qualidade do discurso normativo é possível, entretanto, distinguir: a própria doutrina costuma empregar o termo, ora como significando que a norma assim qualificada é aplicável ao caso, ou aos casos em geral, ou que se trata de norma obrigatória (deve ser cumprida), ou que faz parte do sistema, etc. A questão se complica, quando ouvimos expressões como ‘norma válida, com eficácia suspensa’, isto é, a norma faz parte do ordenamento, mas não pode ser aplicada, ou ‘norma eficaz mas sem vigência’, isto é, norma que foi e vem sendo aplicada, gerando, inclusive consequências, embora não exista para o sistema. Sabemos que a teoria jurídica mesma tem proposto várias classificações, onde, por exemplo, toma-se validade como termo gênero, distinguindo-se então eficácia como validade fática, vigência como validade formal e, às vezes, legitimidade como validade ética ou fundamento ético da norma; outros tomam a validade como um complexo, com aspectos de eficácia, vigência e fundamento, outros, ainda, reconhecem diferentes conceitos, sem a possibilidade de um que seja geral e abarcante, falando, assim, em validade fática, como o caso em que, preenchida a hipótese normativa, a consequência jurídica ocorre, validade constitucional como conformidade aos preceitos constitucionais, validade ideal como proposta doutrinária de uma norma como solução genérica para um conflito de interesses.”¹⁰

Todavia, a validade da norma não está ligada diretamente com a possibilidade de seu exercício, para que isso ocorra, a sua vigência deve ser declarada. A vigência se resume na qualidade da norma em produzir seus efeitos perante o ordenamento jurídico que

¹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa. 5a ed. São Paulo : Gen/Atlas, 2016. pp 89-90

a compõe e ser devidamente aplicada pelos operadores do Direito. Logo, compreende-se que, a validade e vigência da norma estão relacionadas, porém, são distintas em sua essência. No entanto, só haverá norma vigente, se previamente for determinada a sua validade.

É certo que para a norma ser válida, alguns requisitos estruturais devem ser estabelecidos para a sua conjugação. São divididos em: validade formal, que consiste na estruturação burocrática e procedimental da norma; validade fática e validade ética, que serão o enfoque dessa redação.

A validade fática consiste na aplicação da norma perante a realidade social vigente, como os seus conceitos se estabeleceriam diante da dinâmica comportamental atual. De acordo com Maria Helena Diniz, esse caráter primário da validade, em suscitar a sua capacidade de se adequar ao meio social, é classificado como o primeiro plano da validade fática, denominado de eficácia do fato real da aplicação da norma, possuindo, portanto, um caráter experimental¹¹. Já o segundo plano, é referente à vigência da norma em caráter social, ou seja, entende-se que a vigência da norma perante o segundo plano da validade fática está diretamente relacionado com a observância da criação da norma em vertentes lineares com a realidade social em que está sendo pensado a possível norma.

Neste diapasão, é válido ressaltar os ensinamentos de Ferraz Jr.:

“[...]não se reduzindo à obediência, a efetividade ou eficácia social tem antes o sentido de sucesso normativo, o qual pode ou não exigir obediência. Se o sucesso normativo exige obediência” e tendo “observância espontânea e a observância por imposição de terceiros (por exemplo, sua efetiva aplicação pelos tribunais)”¹²

Logo, pode-se extrair do que foi esclarecido, que os dois planos que englobam a validade fática da norma são diretamente interligados, é necessário que para que uma norma emergja livre de vícios, o seu vínculo direto com a realidade social, e que a sua eficácia seja plena sobre os quesitos de observância e obediência pelos operadores do Direito e os indivíduos que são possuidores de direitos. Além disso, a sua aplicação deve ser límpida, pois, a norma que quando aplicada, perde o seu caráter de proteção e emerge de contradição

¹¹ DINIZ, Maria Helena, *Compêndio De Introdução À Ciência Do Direito*, 18ª edição, Saraiva, São Paulo, 2006, p. 402

¹² FERRAZ JR. Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, decisão, dominação*. 4ª Edição, Atlas, São Paulo, 2003, p. 200.

ao que foi posto pelas características societárias, perde a justificativa de sua vigência. Essa questão pode ser observada pela norma elaborada em tempos arcaicos de ditadura militar, que permanecem vigentes em ordenamento jurídico amplamente declarado protecionista e democrático, a realidade social não condiz com a existência da norma, e conseqüentemente, não ampara sua vigência.

Conquanto, a validade fática é um dos enredos necessários para que a norma seja estabelecida, sendo necessário da mesma forma as condições ético-sociais que banham a sua existência e aplicação. Diante de uma realidade jurídico-social, são reconhecidos pilares que estabelecem um anseio de justiça pleno por aqueles que possuem direitos a serem defendidos, que sejam, valores, conceitos e circunstâncias que viabilizam a manutenção dos fins necessários para a garantia essencial da convivência social.

Para tanto, disciplina Machado Paupério:

“[...]a norma além de ser válida, há assim de possuir valor, isto é, além de ser válida formalmente, (...) deve tê-lo também sobre o ângulo material. Além da validade, a norma jurídica há de ter valor, através de seu conteúdo ético (..) dever ser concretizado pelos critérios de justiça e de legitimidade”¹³

Em consequência disso, quando a norma em seu nascedouro não é direcionada para o seu fim democrático e justo, não há razões e justificativas plausíveis para a sua concepção, tampouco a sua vigência. A produção de efeitos de uma norma que está eivada de preceitos constitucionais pré-estabelecidos, consistem na conduta omissiva do Estado em proteger os direitos dos indivíduos sociais, vulneráveis perante o poder-punitivo Estatal, além do claro retrocesso ao estado primitivo inquisitório, onde direitos postos não possuem força de justiça.

13 PAUPÉRIO, A Machado. Introdução axiológica ao direito. Forense, Rio de Janeiro, 1977, p.167.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO ÂMBITO PROCESSUAL E OS SEUS IMPACTOS NAS DECISÕES QUE INCIDEM NO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

No âmbito do Direito, o Estado Democrático de Direito foi alvo de várias fases e processos que foram cruciais para a sua constituição. Sabe-se que ao longo da história, os grandes marcos das estruturas paradigmáticas jurídicas e sociais foram as revoluções e guerras mundiais, que vieram por registrar tempos de mudança normativa e governamental por todo o mundo. Os princípios basilares de diversas estruturas legais foram alterados e vistos de forma mais justa após essas revoluções. Os paradigmas sociais deixaram de ser vistos de forma indigna pelos legisladores, sendo então, as próximas constituições mais condizentes com os direitos humanos e sociais, a individualidade é respeitada a partir desse momento e as liberalidades do Estado são limitadas.

Para fins didáticos e que se compreenda a estrutura do Estado Democrático de Direito, é necessário que inicialmente se perceba as principiologias iniciais para a sua constituição. Nesse sentido, historicamente falando, anteriormente ao Estado Democrático de Direito, havia a existência do Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito. Primeiramente, o Estado Liberal de Direito é fruto da ideia de “império da lei”, ou seja, somente a lei possui a autoridade máxima sobre tudo e todos, claramente presente em absolutismos monárquicos. Neste modelo de Estado não havia sequer a chance da mobilidade social ser levada em consideração, a vontade do rei era máxima, lei suprema e intocável, não havia do que se falar em direitos sociais. Visivelmente, o resultado era desigualdade e autoritarismo absoluto.

Após a Revolução Industrial e a Primeira Grande Guerra, a sede por direitos sociais e ambientes mais democráticos assolou a costa ocidental, de forma que foi inserido o Estado Social de Direito. A mudança de paradigma foi clara, houve a quebra do liberalismo radical e a assunção de alguns direitos sociais, como os direitos trabalhistas. No Brasil, essa modalidade de Estado foi adotada pela Constituição de 1946.

No anseio de soberania popular, o fim de regimes autoritários e superação das dificuldades sociais, logo após a Segunda Guerra Mundial, eclode o Estado Democrático de Direito. O modelo de Estado incumbe num paradigma essencialmente social e democrático,

assim como doutrina Bobbio (1999)¹⁴, foi classificado como a “era de direitos”. Os seus fundamentos estão calcados na submissão às leis, na divisão de funções estatais, bem como o enunciado e a garantia dos direitos individuais, mas busca, sobretudo, a justiça social e a autêntica participação democrática do povo em seu processo político, respeitando sempre as diferenças estruturais existentes entre os indivíduos sociais.

A Constituição da República de 1988 erigiu o Estado Democrático de Direito no Brasil, fazendo valer todos os princípios e fundamentos constitucionais hoje vigentes. A Carta Magna faz a manutenção e a perfeita garantia de que o poder emana do povo, além da prevalência da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político. Construindo, então, um viés essencialmente democrático e garantista.

Em âmbito processual, o Estado Democrático de Direito tem muito valor. A partir da promulgação da Constituição da República de 1988, as leis esparsas no ordenamento jurídico passaram por um processo denominado de “constitucionalização” do Direito, ou seja, não há mais uma separação entre direito e direito constitucional. O reconhecimento da supremacia da Constituição e sua projeção deu azo à constitucionalização das normas que já existiam e que passam a ser legisladas, devendo seguir o seu padrão de democratização.

Nesse sentido, vale ressaltar o ensinamento de Luís Roberto Barroso:

"O ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie¹⁵."

Outrossim, com seu viés garantista e democrático, a Carta Magna possui em sua redação a caracterização dos princípios atinentes ao processo e a pessoa que faz parte do

¹⁴ BOBBIO, Norberto; DE CICCIO, Claudio. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora UnB, 1999.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

processo. Primeiramente, deve-se ressaltar que, em qualquer nível e âmbito processual, os princípios constitucionais relacionados aos processos devem ser priorizados, pois, são eles que viabilizam a proteção da dignidade da pessoa humana e que garantem a segurança jurídica ao Poder Judiciário. Sob o prisma constitucional, o Poder Judiciário é o poder-dever do Estado-juiz, através de um magistrado, dizer o direito a determinado indivíduo.

De acordo com Cássio Scarpinella Bueno¹⁶:

“A jurisdição, diferentemente da compreensão que lhe emprestou a doutrina tradicional do direito processual civil, não se restringe, apenas, à declaração jurisdicional do direito. Jurisdição não é só reconhecer, no sentido de declarar quem tem e quem não tem um direito digno de tutela (proteção) perante o Estado, ao contrário do que a etimologia da palavra poderia dar entender. A jurisdição envolve também, pelo menos à luz do modelo constitucional do processo civil brasileiro, as medidas voltadas concretamente à tutela (à proteção) do direito tal qual reconhecido pelo Estado-juiz”.

A estrutura do Estado Democrático de Direito é amplamente constitucional, isso já ficou provado ao longo dos fatos expostos, mas a sua influência em relação à atuação procedimental no judiciário brasileiro se evidencia em um dos princípios basilares atinentes ao processo, o devido processo legal. É a norma mãe. De acordo com Fredie Didier Junior (2009), as normas previamente estabelecidas devem seguir os regramentos do devido processo legal, e as outras normas atinentes ao processo, decorrem desta. O devido processo legal é o que viabiliza o direito de processar e ser processado, de acordo com os direitos de cada parte litigante do processo.

Além do devido processo legal, é de suma importância ressaltar os princípios atinentes à dignidade da pessoa humana em relação ao processo, tais como: contraditório e ampla defesa, imparcialidade do magistrado, e outros que se encontram espalhados na Carta Magna. Esses princípios, especialmente em âmbito processual penal, estabelecem uma relação de segurança jurídica-social em relação ao indivíduo processual, isso porque, uma vez em que o sujeito de direitos se encontra em uma situação de vulnerabilidade processual, os seus direitos devem ser vistos e postos como prioridade e alicerce para prosseguimento do processo, se verificado que houve violação desses direitos, ou que haja a possibilidade de ferimento, não há do que se falar em prosseguimento processual, pelo o que se entende das

¹⁶ Bueno, Cássio Scarpinella, “Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Editora Saraiva, 2007, pag. 239-240.

princiologias sistemáticas do Estado Democrático de Direito e suas vertentes constitucionais vigentes.

2.1. A CONTEXTUALIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO ESTADO MODERNO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

O papel do Estado Democrático de Direito em âmbito jurídico e aplicacional do Direito posto, engloba, não somente, as veias constitucionais da letra normativa, seus paradigmas alcançam um papel de representatividade político-social em esfera judicial, ao que tange a proteção do indivíduo sujeito ao poder punitivo estatal, onde seus valores, dignidade e cidadania sejam preservados e levados em primeiro plano nessa esfera ornamental.

Historicamente, a construção do Estado Democrático de Direito se deleita de consideráveis marcos históricos que consagram os preceitos de democracia e liberdade hoje existentes. Em poucas palavras, o Estado Democrático de Direito nasce de dois Estados principais, sendo: o Estado de Direito (liberal) constituído e aplicado pela França e Inglaterra, em meados dos séculos XVII e XVIII, ainda em tempos de revoluções, que buscava a aplicação de um direito unicamente liberal, onde o governo não deveria intervir na economia e, diretamente, no modo de vida das pessoas, limitando-se a solucionar os conflitos e a organizar a verba estatal. E o Estado Social de Direito, que surge de uma situação mísera dos acontecimentos anteriores, que tem como premissa espinhal a ideia de que para que o mercado, a economia, o governo e a vida social funcionem adequadamente, o Estado deve atender a uma série de normas que visem a melhorar a vida geral da população e manter um Estado de bem-estar social.¹⁷

No Brasil, o marco legal que recepcionou esse modelo de Estado é a Constituição Federativa da República de 1988. O texto constitucional é claro para determinar a sua essência democrática e igualitária, o respeito à dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária fundamentam sua expectativa em atingir o âmago protetor do sujeito detentor de direitos.

Posto que o Brasil está condicionado ao Estado Democrático de Direito, assim também está o ordenamento jurídico. As normas infralegais estão sujeitas à regra Maior, seu conteúdo não pode ser em linhas contrárias as características de resguardo ao indivíduo

¹⁷ LEHMKUHL, Mílard Zhaf Alves et al. Os direitos fundamentais e o exercício legítimo do ativismo judicial no estado democrático de direito. 2014.

social. Não há possibilidade de que perdurem atos absolutistas na demanda judicial, os operadores do direito estão diretamente ligados com a conduta com os princípios atinentes à dignidade da pessoa humana, e os demais que dela partem.

Neste diapasão, é prudente demonstrar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que em decisão judicial, entendeu que todos os julgamentos e decisões do âmbito do Poder Judiciário estão condicionados ao alicerce do Estado Democrático de Direito, veja-se:

HABEAS CORPUS - DECISÃO JUDICIAL - FUNDAMENTAÇÃO - a constituição da república (art. 93, IX) determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentados. a ênfase está diretamente relacionada com os princípios do estado de direito democrático. as partes têm o direito de conhecer as razões de decidir. fundamentar e explicitar as razões fáticas e normativas do convencimento do magistrado. despacho interlocutório exige fundamentação ainda que sucinta.
(STJ - HC: 1054 PE 1991/0023962-3, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 10/02/1992, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.03.1992 p. 2592)

À vista do que se expõe, a importância da configuração do Estado Democrático implica no anseio de justiça e tratamento equânime pelos órgãos detentores de poder punitivo jurisdicional por aqueles banhados pela tutela normativa do Estado. Os efeitos em uma ação judicial sem os anseios democráticos ensejariam tempos arcaicos, que privava os meios básicos de legalidade. O avanço digno contemplado pela Carta Magna elevam o indivíduo social a nível Estatal, no que se diz respeito aos seus direitos constitucionais de anteparo. Deixa-se de lado, com os dizeres constitucionais, a figura repressiva e de opressão do Estado, e acolhe-se o dever de reparação, proteção e correção, com o fito espinhal de proteção à pessoa humana e seus direitos, e princípios.

2.2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO PILARES DE UM PROTEÇÃO JURÍDICA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ACIMA DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL

Fundamental para o início das demais delineações, salienta-se o fenômeno da constitucionalização do Direito Penal e Processual Penal, sob a égide de como a sua influência e aplicabilidade implica no ordenamento jurídico atual e como o seu papel protecionista às garantias do indivíduo processual no âmbito de uma ação penal pode garantir os direitos básicos de liberdade e igualdade, ocasionando na função principal e primária das tutelas da Constituição Federal, e em segundo plano, a legislação infraconstitucional penal, constituindo uma relação axiológica-normativa entre ambas as normas.

É sabido que, a partir da promulgação da Carta Magna de 1988 o Direito brasileiro passou a ser, em sua essência, um direito constitucionalizado e garantista, onde as normas que não são originadas da Constituição, devem seguir os seus ditames. Dessa forma, toda legislação infraconstitucional passou a ser constitucionalizada, além disso, as normas que não seguiram as linhas democráticas de 1988, deverão ser lidas a partir do prisma constitucional, assim explícita a lição de Luís Roberto Barroso¹⁸:

“A ideia de constitucionalização do Direito [...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”

A partir da conceituação do fenômeno da constitucionalização do Direito, pode-se extrair o Estado Democrático de Direito, que claramente tem como base de legitimação a Constituição, e conseqüentemente, a aplicação e exercício do poder punitivo do Estado não pode estar contrário aos preceitos que promanam dessa ordem democrática.

À vista disso, os princípios decorrentes da Lei Maior são fontes primárias para o exercício processual penal vigente, visto que limita a intervenção punitiva estatal e assegura os direitos e garantias constitucionais do indivíduo vulnerável no processo, o

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 12-13.

enfoque do trabalho acadêmico assumirá o elucidação de cada princípio pertinente ao ramo da proteção jurídica processual penal tocante a problemática central do projeto.

2.2.1. O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE: ÔNUS PROBANTE ACUSATÓRIO E O PAPEL DO ÓRGÃO JULGADOR NA CONDENAÇÃO.

Assim como já exaurido anteriormente, o regime progressista tomado pela Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização das normas infraconstitucionais, inaugurou um regime preservacionista que protege os direitos e as garantias individuais, e com isso, deve de existir constância entre a persecução penal estatal e as garantias constitucionais. Sendo assim, o artigo 5º, inciso LVII da Lei Maior traz em sua redação que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a conceituação do princípio da não-culpabilidade, ou estado de inocência, constitui na proteção da liberdade do indivíduo possuidor de direitos e objetiva evitar a ofensa pelo poder punitivo demasiado do Estado.

A aplicação do princípio da não culpabilidade não está ligado somente à determinação de que o acusado não será condenado, ou considerado culpado até que se prove o contrário, está ligado também à uma forma de tratamento processual, onde o juiz e o acusador tomam papéis distintos em suas demandas e possuem dever comum de resguardar a inocência presumida deste indivíduo. Nesse sentido, para fins didáticos e exemplificativos, divide-se os deveres da seguinte forma: dever probante; e dever de julgar.

Claramente, o dever de julgar não pertence ao órgão acusatório, porém, inicialmente será explicitado o seu papel em relação ao princípio em discussão. Sabe-se que por regra, ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo, instituto denominado *nemo tenetur se detegere*, e por consequência, em uma ação penal o ônus probante sempre será do órgão acusador, o qual deverá ser responsável pela explicação dos fatos decorrentes da ação e dos direitos aplicáveis ou não ao indivíduo, isso porque, mesmo que o acusador possua o papel de acusar, também possui o dever concorrente de garantia e proteção dos direitos e garantias indisponíveis do acusado. Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Aury Lopes¹⁹:

[...] a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.

¹⁹ LOPES, Aury Jr. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 107

Logo, pode se extrair que o ônus da prova é da autoridade acusatória, porém, para que haja a condenação do acusado, somente as considerações de tipicidade e conduta não são parâmetros razoáveis para tal, existem conjunturas que devem ser analisadas conjuntamente aos fatos narrados para que haja a condenação definitiva do indivíduo. Não há que se falar em antecipação de juízo condenatório calcado em análises rasas de tipicidade do fato e conduta do agente, há uma imensidão de percalços que migram a prática delituosa para outros resultados.

É interesse e encargo da autoridade acusatória o ônus probante inicial, disposto no atual art. 156 do Código de Processo Penal, isso já é sabido. A Constituição Federal ainda traz em seu artigo 5º, inciso LIV o devido processo legal que ampara a atuação probante da acusação. Por esse ângulo, quando ao analisar os fatos determinantes da ação penal em vigor, o Ministério Público além de resguardar o seu papel legal de fiscalizar e proteger os interesses da sociedade ao acusar alguém supostamente praticante de um delito, também exerce o papel de fiscalizador dos princípios e direitos fundamentais constitucionais, e com isso, se o resultado da análise dos fatos não for favorável ao prosseguimento da ação, ou se entender pela absolvição do indivíduo a partir dos diversos ramos de modificação e extinção do que se é considerado crime pelo ordenamento jurídico, ou se até mesmo o indivíduo não for o praticante do ato, o seu entendimento deve ser priorizado, uma vez que a carga legal de demonstrar a necessidade da condenação deste é do próprio órgão acusador, e se a concepção da autoridade probante é pelo *status libertatis*, conseqüentemente, qualquer seguimento contrário à apreciação ao status de inocência estará em pleno desequilíbrio constitucional, é dever do magistrado confirmar, com uma solução absolutória, a manutenção da liberdade do indivíduo, sob crivo da ilegalidade.

A partir desse ponto, cumpre ressaltar o segundo dever que o princípio de não culpabilidade exige, esse agora, referente ao órgão julgador. Assim como já citado anteriormente, o princípio em discussão não se baseia somente em uma garantia constitucional, mas também uma forma processual de tratamento, logo, a autoridade judiciária ao tomar conhecimento de uma ação penal deverá sempre se enraizar em apreciações criteriosas que impossibilitem o seu juízo prematuro em relação à liberdade de um indivíduo possuidor de direitos, tão quanto a convicção pessoal às suas decisões.

O órgão julgador é amplamente conhecido, e legalmente denominado como a autoridade judiciária competente, que de forma parcial, vem a dirimir os conflitos

pertinentes às partes. No âmbito penal, é o poder punitivo Estatal, que também deverá ser parcial em suas decisões, pois, além de estar julgando os interesses públicos, tem o polo do acusado, cidadão possuidor de direitos. Por esse viés, e por todos os pontos já destacados em relação à estrutura democrática e constitucionalizada do sistema jurídico brasileiro, o juiz não está eivado dos princípios constitucionais atinentes à sua atuação, e por dizer, é imprescindível a aplicação desses princípios para a própria existência da estrutura dialética do processo.

Primeiramente, incumbe protagonizar que, o juiz deverá agir sob o manto do exercício parcial do contraditório, garantindo tratamento equânime e equilibrado entre as partes no processo, sempre viabilizando uma relação jurídica equilibrada, com oportunidades processuais idênticas e sem qualquer privilégio para nenhuma das partes, isso envolve o Ministério Público, mesmo que seja autoridade acusatória, está equiparado à parte acusada em âmbito de ação de penal. Logo, ao exercer o seu papel julgador, a sua decisão deve ser baseada em alicerces de contraditório e por ele legitimada, deve brotar do contraditório real, da efetiva e igualitária participação das partes no processo.²⁰

A dimensão do contraditório abrange o direito do acusado em responder e ter os mesmos atos processuais que a acusação, porém, põem os sujeitos processuais em âmbito de igualdade, enfatizando a democratização do processo penal no ordenamento moderno. Nesse sentido, a estruturação do processo penal, com respeito aos preceitos progressistas, deve se realizar em todas as fases da persecução penal, de modo que o juízo não pode admitir um papel exclusivamente punitivo do Estado, e sim, garantir a aplicação justa do direito ao caso concreto.

Por ser parte igual no processo, o juiz da ação penal que ao se deparar com uma situação em que a carga probante, realizada pelo órgão acusatório competente, realizada a análise de todos os tópicos referentes à existência de crime, se extrai a não culpabilidade do agente, se espera da sua conduta, a absolvição plena deste indivíduo, ou seja, a formação do seu convencimento deveria ter sido construído em contraditório. Porém, quando não há o respeito ao estado de inocência do acusado, ou de forma inquisitorial, o juízo impõe a produção de outras provas que incriminem o indivíduo, há quebra do liame constitucional

²⁰ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

do processo, em que o devido processo legal não foi elencado como baliza para a decisão proferida, estando sobre os pilares da ilegalidade.²¹

²¹ LOPES, Aury Jr. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

2.2.2. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUÍZO: A COMPATIBILIDADE DO PROCESSO COM A SENTENÇA.

Assentada a visão de que o Processo Penal deve sempre buscar e respeitar os direitos e garantias constitucionais, guiados pela Carta Política, há pontos de destaque em relação à alguns princípios aplicáveis ao devido processo. Entre eles, está o princípio da imparcialidade do juiz, que é considerado o princípio supremo regente do processo penal²², o que consubstancia a estrutura dialética democrática do processo consagrado pela Lei Maior, assim como, é um dos princípios que assevera a estrutura acusatória do processo penal.

A imparcialidade de um juiz perante um caso concreto não está pareado somente com a procedibilidade do ato, também, endossa o direito do indivíduo processual ser julgado perante um terceiro alheio aos fatos impostos, que haverá de se fundar nos fatos narrados, sem a influência de sua convicção pessoal na decisão que vier a proferir. O papel do magistrado numa ação é essencialmente garantista, de reparo judicial justo, sob o amparo legal de igualdade de tratamento e oportunidades, é atividade julgadora pura do Estado.

É sabido que, pela inércia da jurisdição, não há do que se falar em atuação jurisdicional sem que haja a sua provocação prévia, isso é sustentado constitucionalmente pelo artigo 5º, XXXV da CF. Ao longo da evolução histórica e dogmática do Processo Penal, o surgimento do órgão estatal com função emblemáticas de ser autor em ação penal, o Ministério Público, certifica que o juiz durante o processo não exprima a figura de um juiz-autor, visto que, a atividade do magistrado deverá ser de seio passivo e inerte em relação às partes, traduzindo a sistemática de um sistema acusatório e equilibrado, sem que o pleito da pretensão acusatória seja malferida.

Importante destacar, para fins elucidativos e que remetem ao centro da argumentação exposta, a imparcialidade do juízo está diretamente ligada ao cerne do sistema acusatório, uma vez que o prisma desse sistema é a atuação separada de cada órgão jurisdicional. O papel do juiz, nesse cenário, é de julgador pleno e garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias do acusado. Não há do que se falar na sua atuação em contexto inquisitório, o papel de acusação não está acoplado com os deveres e funções do órgão julgador, pois, o que rege o devido processo legal penal no sistema jurídico brasileiro é a

²² Expressão de PEDRO ARAGONESES ALONSO, na obra *Proceso y Derecho Procesal*, cit., p. 127.

imparcialidade precisa do juiz, sem que seu estado anímico ou convicção pessoal ao caso seja fundamento para a sua decisão. A imparcialidade é garantia do sistema acusatório, recepcionado pela Carta Magna, a violação da função estrita de julgar, fere os preceitos processuais e constitucionais, além de incumbir na indecência da violação de diversas outras garantias do indivíduo processual, que estão conexos com tal princípio.

Ora, imparcial é o juiz que não tem interesse no objeto processual, tampouco queira favorecer uma parte ou outra, porém, isso não incumbe no interesse legítimo de justiça e suntuosidade do devido processo. Dessa forma, cabe destacar e analisar os limites da sua função de julgador em relação à atuação do Ministério Público perante as competências que lhe estão distribuídas na Constituição.

O âmago do trabalho é o discurso do artigo 385 do Código de Processo Penal, e como a sua redação implica na dialética processual vigente. Sabe-se que a sua premissa é que há amparo legal em decisão de condenação, mesmo que o titular da ação penal tenha desempenhado argumentos e pedido de absolvição, com fundamento na livre convicção do juízo. Pois bem, fica claro a agressão ao princípio da imparcialidade e aos fundamentos constitucionais do sistema acusatório ao caso. A estrutura processual é elencada de pedido e sentença, à grosso modo. A sentença é fruto do cotejo explicitado pela acusação, a síntese proferida pelo juiz deverá ser, minimamente, conexa ao lastro fático e probatório produzidos e exauridos pelo *Parquet*, dono da ação penal e interessado pela sua continuidade. As decisões proferidas pelo juiz, independentemente de seu conteúdo, devem ser fundamentadas, para que o exercício da jurisdição seja auferido e que os direitos e garantias do indivíduo processual seja resguardado, a motivação dos provimentos judiciais é dever constitucional disposto no art. 93, IX da CF, é fundamental para entender o raciocínio desenvolvido pelo juízo e para a manutenção do contraditório.

Ainda nesse sentido, o destino do processo é estar diretamente vinculado ao sistema constitucional-democrático – que por sua vez, é essencialmente acusatório – o poder do juízo não é absoluto e não basta por si próprio para a condenação definitiva de determinado indivíduo. Deve-se anteverir uma ordem estrita de regras do devido processo penal, e entre elas, o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios. O ponto central desse tópico é, se a argumentação fática-probante do possuidor da ação penal e titular formal da pretensão punitiva, consiste na absolvição do indivíduo, há motivação restante para que

este seja condenado? ²³ Como já citado, o juiz é inerte em relação às partes, logo, para que a sua função de julgar seja exercida, é necessário a sua provocação. Nesse sentido, inexistindo a acusação, não há o que se falar em condenação. Se a condenação for baseada em dúvida, essa já se faz equivocada, uma vez que, em razão do princípio da inocência protegido constitucionalmente, a dúvida beneficia o indivíduo, não há condenação baseada na dúvida. O Supremo Tribunal Federal decidiu em sede de recurso extraordinário que, apesar do Ministério Público se debruçar pela absolvição, o seu pedido não vincula o juízo pelo princípio do livre convencimento do juiz. Porém, os limites desse princípio devem estar em consonância com o lastro probatório apresentado pelo titular da ação penal, a conjuntura decisória fundada em análises com fulcro em incertezas jurídicas, punição excessiva, não vislumbram o sistema jurídico-processual democrático e garantista vigente.

Segue a decisão da Suprema Corte citada em alhures:

NULIDADE DA SENTENÇA. INAPLICABILIDADE DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO ACOLHIMENTO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. O fato de o Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, nas alegações finais, não vincula o magistrado, por força do princípio do livre convencimento motivado, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, o qual foi recepcionado pela Constituição Federal.

(STF - ARE: 1151066 SC - SANTA CATARINA 0012545-76.2014.8.24.0064, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 12/07/2019, Data de Publicação: DJe-169 05/08/2019)

Diante disso, é possível resguardar o preceito de que a ação penal tem essência e poder restaurativo, proteção dos interesses sociais e manutenção da ordem legal. Não é baseado em ações jurisdicionais de cunho inteiro punitivo, por isso, é de se preconizar a imparcialidade do juízo para a manutenção do equilíbrio e procedibilidade justa do processo, além de garantir a conexão entre as decisões judiciais aos embasamentos fático-probatórios apresentados pelo Ministério Público, para que a liberdade e os direitos

²³ JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL: INTRODUÇÃO CRÍTICA. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

constitucionais de outrem não sejam invalidados perante o sistema processual, que deveria ser, em sua totalidade, acusatório.

2.2.3. **MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA OBRIGATORIEDADE LEGAL E CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL: AFASTABILIDADE DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE.**

A princípio, deve-se estabelecer o conhecimento básico de que o Processo Penal brasileiro é banhado por princípios que regem a sua funcionalidade e dinâmica procedimental. Há uma gama de princípios, não somente constitucionais, mas também, de índole processual, que vigoram como base epistemológica para a aplicação da lei processual penal, onde cada órgão funcional desse sistema possui a sua individualidade em relação à aplicação dos seus princípios específicos perante à sua atuação legal. Obviamente haverá princípios que possuem caráter universal e que abrangem todo o conjunto envolvido em uma determinada ação penal, porém, o enfoque deste capítulo se debruçará naqueles que conduzem o desempenho do Ministério Público, que seja o acusador da ação penal e as suas consequências práticas.

Os primórdios da instituição do Ministério Público contempla a estrutura límpida do sistema acusatório, constitucionalmente e claramente vigente no ordenamento penal brasileiro. O órgão ministerial tomou força e forma a partir de 1988, com a promulgação da Lei Maior, trazendo a sua funcionalidade banhada em independência e responsabilidade pragmática de guardar as prerrogativas democráticas da lei e do cidadão que dela depende, assim como dispõe o artigo 127, da Constituição Federal de 1988. Veja-se:

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.²⁴

É sabido que perante um sistema acusatório, a separação e distinção das atividades de acusar e julgar são explícitas. Cabendo somente ao órgão acusador a sua função de acionar o Estado para o início de uma ação penal, assim não é diferente com as atuações do Ministério Público. O órgão acusador é encarregado de exercer os proventos da ação penal pública, ²⁵possui legitimidade política e processual para tal mister, e

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Artigo 127.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Artigo 129, I.

consequentemente, é responsável por suas intercorrências, não podendo se eivar das suas atribuições.

Em relação ao órgão ministerial, estão ligados princípios que baseiam e guiam a sua atuação perante o Estado e os atos processuais futuros. O precípua da funcionalidade do Ministério Público é a sua obrigatoriedade de ação perante à um direito lesado, ou seja, não se admite que o Ministério Público, identificando uma hipótese na qual a lei exija sua atuação, se recuse a agir ou se mantenha inerte, em outras palavras, o princípio da legalidade²⁶.

É determinado constitucionalmente que, quando um direito é lesado e o interesse público na ação é presente, o Ministério Público não pode se esquivar de suas funções, não há acusações facultativas, e mesmo que a ação penal pública for privada, deverá estar presente caso a sua figura seja necessária para os atos processuais. Ao ser rotulado como dono da ação penal, o órgão acusador deve fundar os seus propósitos, por isso, a determinação legal é de que o ônus probante é de sua alçada, devendo estabelecer, de forma clara e precisa, os devidos fatos e provas que implicaram no acionamento do Estado Judicial.

Nesse contexto, a esfera de atuação do Ministério Público alcança a estrutura de uma persecução não essencialmente imparcial, porém, impessoal. Isso porque, a lógica procedimental nesse momento é que sejam estabelecidos argumentos fático-jurídicos para que a ação penal seja aceita pelo magistrado, e que haja a devida condenação do indivíduo pelo delito que ele cometeu. Porém, a sua impessoalidade é claramente visível aos atos processuais tomados, uma vez que, assim como o princípio da legalidade determina que não haverá escusa de sua atuação quando houver bem jurídico lesado, determina que o órgão em discussão deverá atuar na forma de *custus legis*, sendo salvaguarda dos direitos e interesses sociais, priorizando os aspectos democráticos ao processo, e por isso, quando presentes situações benéficas ao acusado, ou até mesmo existência de lastro probatório que prove a necessidade de sua absolvição, deve fazê-lo.²⁷

²⁶ RIBEIRO, CARLOS VINÍCIUS ALVES. "Ministério Público." *Dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva (2003).

²⁷ SOUZA, Luciana Cláudia Medeiros de. "A legitimidade do Ministério Público na revisão criminal à luz da Constituição Federal." (2007).

A sua imparcialidade está atrelada ao sentido técnico e processual de suas funções, com o objetivo de buscar a verdade para que a justiça seja feita, na aplicação devida da lei na atuação como parte é, indubitavelmente, difícil de palpar.

Foi exaurido o tema de que o Ministério Público é dono da ação penal, e que possui a obrigatoriedade de cumpri-la. Porém, algumas ações não decorrem de suas funções orgânicas, visto que alguns crimes não possuem relevância social suficiente para que a atuação do órgão Estatal seja acionado.

O Ministério Público tem por fundamento constitucional a necessidade de eficiência perante a sua atuação, ações em que atua devem ter interesse social, e se a eficiência da ação estiver eivada, conseqüentemente, há violação dos princípios constitucionais inerentes à eficiência da ação. Com isso, cumpre ressaltar que as ações de cunho privado, não são de ordem primária do órgão acusador em tela, uma vez que estão regidas pelos princípios da oportunidade e conveniência do ofendido. O direito de acusar do particular além de um direito, uma alternativa. Quer dizer, é faculdade do interessado fazer uso ou não de tal prerrogativa. O que não se aplica ao Ministério Público, onde deverá agir sem qualquer vestígio de oportunidade e conveniência.

A vedação da aplicação do princípio da oportunidade e conveniência perante a atuação obrigatória legal do Ministério Público surge como parâmetro necessário para que não haja seleção de ação a ser instaurada pelo órgão ministerial, uma vez que, quando a sua atuação se faz necessária, o interesse social da ação é explícito e deverá ser levado em consideração, ressaltando a importância do olhar democrático e cuidado com os direitos humanos, procurando evitar abusos estatais na colheita de elementos informativos para a ação penal. Nesse sentido, a estruturação de uma ação penal decorre, não só da juntada de elementos que comprovem a necessidade daquela ação, como também uma análise crítica sob o olhar democrático do órgão acusador para que os seus atos processuais não venham a ferir direito constitucional alheio.

É vedado ao Ministério Público a desistência da ação penal que iniciou, devendo agir da maneira eficaz e justa ao longo de todo o percurso processual, devendo sempre analisar os fatos que consubstanciaram aquela ação e agindo na forma de *custus legis* em todos o seu caminho. Irrefutavelmente, o Ministério Público assume a sua atuação prioritariamente na prevenção e repressão de crimes a partir de sua estrutura material e autônoma, no âmbito do Processo Penal. Todavia, a sua posição na estrutura do sistema

acusatório não pode assumir uma forma de acusador máximo, a agressividade na busca de que haja somente a penalização do agente foge dos parâmetros legais constitucionalmente definidos para o órgão ministerial.

O Ministério Público deve seguir a linha de uma verdade processualmente válida, mesmo que o resultado não favoreça a acusação, deve-se valorizar a igualdade e aplicação de um direito não maléfico ao caso.

Por esses dizeres, o papel mister do Ministério Público em identificar as circunstâncias favoráveis à uma ação penal, e suas condições de processabilidade. Também possui o condão de identificar que o agente é possuidor de direitos que garantam a sua liberdade e absolvição, uma vez que o seu papel de *custus legis* e *custus juris* não podem ser deixados de lado ao longo da sua jornada processual como parte. O entendimento do órgão acusador pela absolvição do acusado em determinada ação penal, que ele mesmo iniciou, logicamente, vai depender de argumentação fático-jurídica suficiente que demonstre a desnecessidade da ação penal que ele mesmo iniciou. Não há possibilidade de pedido de absolvição somente com fulcro de não processabilidade do acusado, isso porque, como exemplificado acima, o *Parquet* está domado por princípios que regem a sua atuação, que seja, a obrigatoriedade da ação impede que essa seja abandonada, anda mais sob um pedido vago de absolvição. Destarte, o pedido de absolvição partido do órgão ministerial estará enraizado no lastro probatório da ineficiência da ação penal perante ao indivíduo processual lesado, além da visão democrática e protecionista perante ao caso.

Ressalta-se que o Direito Penal deverá ser acionado somente em *ultima ratio*, pois, direitos e garantias fundamentais de outrem serão feridos. Uma vez que, o devido causador da ação penal, dono das consequências de seus atos processuais, identificar a ineficácia do Estado na sua forma de julgar perante determinado indivíduo, as decisões e atos contrários ao seu convencimento estarão deturpados pela violação do princípio básico do processo, isto é, o devido processo legal. Além disso, condenar alguém que esteja, comprovadamente, banhado pelo direito de absolvição e liberdade, insurge nas estruturas arcaicas inquisitórias que devaneiam a violação dos direitos constitucionais do indivíduo vulnerável ao processo.

Por esses motivos, a apreciação do órgão ministerial deve ser vista de forma ampla e competente, num espectro do sistema acusatório, onde os seus deveres e funções não se desdobram somente na função parte acusadora, mas também, protetor e litigante dos

direitos fundamentais do indivíduo processual. É órgão independente, com poderes e funções de frear o mecanismo punitivo exacerbado do Estado, submissos ao cumprimento essencial de salvaguarda dos direitos constitucionais daqueles atingidos pelos efeitos do processo.²⁸

²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996

2.2.4. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: A CONFORMIDADE DA SENTENÇA COM O NÚCLEO ACUSATÓRIO DO PROCESSO.

A concepção estrutural do processo penal no Brasil, logicamente, abarca os preceitos umbilicais da Constituição Federal da República de 1988, e com isso, vale destacar a importância do papel que o devido processo legal tomou em relação às ações penais a partir da promulgação da Carta Maior. Sabe-se que o princípio a ser destrinchado a posteriori é consagrado pela redação constitucional do artigo 5º, em seu inciso LIV. Além de ser tipificado como direito constitucional do indivíduo processual, é garantia processual nos limites de que os procedimentos necessários à ação penal seja levada a âmbito justo e legal, sem excessos e ilegalidades que venham ferir qualquer uma das partes envolvidas na relação processual. Assim como ensina Távora e Alencar, o processo é garantia contra os excessos do Estado e via de aplicação da Constituição em âmbitos processuais²⁹

O processo penal está inteiramente ligado ao seu núcleo de materialidade que conduz o seu condão procedimental, o principal enfoque é a violação de uma regra penal pré-determinada por um indivíduo social, que exige a fomentação do Estado nos seus ditames punitivos, para que haja a figuração de uma sentença que, de certa forma, venha a condenar aquele que violou a lei, e que cumpra com os anseios de justiça social. Essa visão pragmática do processo penal é um caminho estereotipado que fere o viés democrático que a legislação infraconstitucional deve seguir, o caminho a ser formado é condicionado à aplicação dos preceitos básicos de funcionalidade acusatória, ou seja, uma visão justa para todos os lados envolvidos na prática processual, por isso, há o contorno do devido processo legal, que estabelece os critérios operantes e primários de justiça ao processo. O Estado não pode ser estruturalmente punitivo em sua essência, o seu papel é de proteção, *a priori*, mesmo que esteja se tratando de indivíduo supostamente criminoso.

É sabido que o conteúdo do processo penal é sempre o mesmo: a condenação do acusado. Porém, a atuação que envolve o seu conteúdo pode discorrer de maneiras infinitas em relação a pretensão acusatória central. A pretensão punitiva, de senhorio do Ministério Público, não segue linhas próprias de processabilidade e não elenca um núcleo processual divergente daquele que a lei processual penal exige. O caminho a ser trilhado para estabelecer o núcleo processual penal passível de sentença, não incumbe nos requisitos

²⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11ª edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. P. 88

básicos de violação de uma lei penal e fomentação do poder punitivo estatal, há exigências processuais e constitucionais ao longo da trilha processual que constroem a tutela penal. O centro da situação processual depende da atuação mista do Ministério Público, que deverá constituir o lastro probatório e fático que fundamenta a necessidade daquela ação penal, declarar ou não a existência do delito, e se há necessidade do poder de penar do Estado. Condicionado aos pressupostos processuais, aos preceitos constitucionais vigentes e por ser detentor da ação penal ao mesmo tempo que é protetor da Lei, o Ministério Público deve resguardar a sua competência em planos de excelência, constituir um núcleo acusatório em condições simplórias de um Estado Democrático de Direito, e claramente banhado nos ditames do devido processo legal.

Em outra dimensão, cabe ao órgão-julgador, também parte do processo que está sujeito à todas as normas constitucionais inerentes ao processo, apreciar o núcleo processual constituído pelo órgão acusador com cautela e olhar imparcial, uma vez que o seu papel não está incumbido essencialmente de punição e de promoção de castigo, e sim, proteção ao indivíduo processual e julgar de forma democrática. A divisão emblemática dos papéis de acusar e de julgar abarca o que a legislação processual penal brasileira já adotou em sua redação, que seja o sistema acusatório de se processar. *In verbis*:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.³⁰

Dessa maneira, partindo dos ensinamentos acusatórios também abordados ao longo deste trabalho, cabe lembrar que quanto ao órgão julgador, estão ligados os deveres de imparcialidade e equilíbrio processual, por esse ângulo vale destacar os aprendizados de Geraldo Prado sobre o tema:

“A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na ideia reitora do princípio do juiz natural — garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição — que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão 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 contrapõe durante o processo.”³¹

³⁰ Código de Processo Penal, Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941.

³¹ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 179

Destarte, ao juiz perante o processo, não incumbe somente o dever de julgar e condenar alguém, há uma linha racional e epistemológica a ser seguida, que tem o condão de reduzir o processo a um estado democrático, ou não.

Com efeito, o tema de que os preceitos constitucionais devem ser seguidos por todas as partes processuais já é exaurido, porém, é indispensável revalidar que não é comportamento hábil do julgador a sua auto intitulação como detentor do poder máximo de punição, independente do núcleo processual construído ao longo da trilha procedimental pelo órgão acusador, é seu dever intrínseco seguir a correlação do processo com as decisões, e por isso, o processo penal cuidou em estabelecer princípios exclusivos à sua atuação, para limitar e conter as decisões que não condizem com o rastro processual, tais como o princípio da motivação das decisões judiciais e da imparcialidade do juízo.

Contudo, ao juiz não está somente limitado os princípios inerentes a sua função, e aplicação lógica dos preceitos constitucionais básicos ao indivíduo processual mais fragilizado no processo, além disso, faz-se necessário a direta ligação entre o núcleo da pretensão acusatória com a decisão prolatada por sua competência.

Já é de conhecimento dogmático que ao longo da relação processual, a pretensão acusatória se forma por um lastro probatório, argumentativo e fático elaborado pelo órgão competente, que seja o Ministério Público, isso porque o Estado-juiz não pode exercer as suas funções sem que seja fomentado, e sem os devidos requisitos materiais e funcionais para a realização do procedimento necessário, nessas linhas, é de certo afirmar que, diante do que é estabelecido pelo órgão competente e dono da ação penal, espera-se que o juiz mantenha as suas decisões no mesmo parâmetro e linhagem do que foi construído ao longo do caminho processual, sendo impossível a adoção de surpresas e desvios de matérias em seus juízos.

Para fins de maior compreensão no âmbito de decisões surpresas, incumbe validar o tema da incidência da Teoria Geral do Processo ao processo penal e o diálogo das outras fontes à sua aplicação. É claro que as individualidades do processo penal não se comunicam com as regras gerais da Teoria Geral do Processo, porém, “convém adjetivá-la como ‘geral’ exatamente para que possa ser distinguida das teorias individuais do processo, que têm pretensão de servir à compreensão de determinadas realidades normativas”³². Cabe

³² FREDIE, Didier Júnior. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 2.ed. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 69.

destacar que o instituto da vedação à decisões surpresas é matéria processual civil, que foi inserida após reforma do Código de Processo Civil, código que é inteiramente baseado nos preceitos constitucionais exigidos pela constitucionalização do direito no sistema jurídico brasileiro.

Todavia, apesar do instituto aqui analisado ser de matéria processual civil, a sua base de nascimento também é da Teoria Geral do Processo, que diante das suas particularidades e determinações, tem como objetivo geral a efetivação da aplicação ao processo dos direitos e garantias fundamentais constitucionais, nesse sentido, as particularidades do processo penal não impendem a adoção da mesma linhagem adotada pela redação da lei processual civil, pois, também tem o objetivo de efetivar os direitos e garantias fundamentais.

A decisão surpresa, claramente, viola um dos maiores princípios constitucionais consagrados pela Lei Maior e necessários ao processo, que é o do contraditório. Pelas linhas constitucionais estudadas, é de bom tom afirmar que o fundamento de um devido processo é a sua legalidade e como os direitos e princípios inerentes a ele são aplicados, ou seja, o que forma um processo é a conferência do direito ao debate das parte aquilo que é alegado, para que a decisão final venha a ser um conjunto daquilo que foi construído perante as suas indagações, é o que ensina Aury Lopes Jr³³., ao aduzir que:

“Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (decisões as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas.”³⁴

Logo, quando o processo penal adota a Teoria Geral do Processo para a sua formação basilar, também adota o contraditório substancial como elemento umbilical da relação jurídica processual. O Código de Processo Civil quebrou todos os paradigmas ao adotar uma redação inteiramente constitucional, elevou o princípio do contraditório à posição central de seu ordenamento jurídico processual, impondo ao julgador a observância

³³LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232.

³⁴ Ibidem, p. 233

das teses expressas pelas partes e capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão, e por esses motivos, o diálogo entre essas fontes devem ser necessariamente aplicados, afastando as imposições inquisitórias restantes do Código de Processo Penal e prevalecendo a determinação constitucional perante o indivíduo acusado.

Nesses moldes, em face do contraditório consubstancial e da pretensão acusatória construída pelo dono da ação penal, o Ministério Público, o poder punitivo estatal está condicionado à invocação e estruturação feita pelo órgão acusador. Logo, o juiz deverá decidir dentro dos limites delimitados pela acusação e pela matéria de defesa, o seu convencimento deve partir das linhas construídas no processo e debatidas pelas parte, fundamentando a sua decisão com o núcleo da pretensão acusatória, uma vez que se houver pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está desistindo de proceder contra alguém³⁵.

A decisão deve ser constituída da participação das partes, de elementos contundentes e que sejam paralelos ao que foi indicado pela acusação, não somente aquilo que o juiz entende como pertinente. A vedação da decisão surpresa, em resumo, é para que se evite o juízo que se pautem em questões estranhas apontadas pelo órgão competente de toda construção do objetivo central do processo, é a garantia do direito constitucional de liberdade e inocência do indivíduo processual.

³⁵ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 340.

2.2.5. *IN DUBIO PRO RÉU*: A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DA LIBERDADE E INOCÊNCIA DO ACUSADO EM CASOS DE DIVERGÊNCIA.

As consequências de uma ação penal, quando a sentença é de condenação, ficam para os dois lados, ou seja, tanto para o Estado que terá que arcar com as custas de um novo indivíduo preso, quanto para o indivíduo mais fragilizado da ação penal, que será privado de sua liberdade. Não há medição exatas de consequências quando a condenação é confirmada, porém, sabe-se que ambos os lados serão lesados. Por esses motivos, é necessário toda uma linha de processabilidade que deve ser seguida de forma tênue e concisa, não há do que se falar em violação de direitos pátrios de um indivíduo social pela livre e espontânea vontade do Estado, há regramentos rígidos para que a privação da liberdade e outros direitos aconteça

Já é de praxe conhecer os requisitos básicos da atuação do Estado na sua forma jurisdicional no âmbito penal: deve haver provocação. A sua inércia indica que não haverá processo se não houver crime, e se tem crime, deve ocorrer o devido processo legal. A competência é do órgão acusador, de compor o lastro probatório e as estruturas básicas para que se inicie o processo, como já se sabe. o juiz deverá analisar as questões levantadas de forma justa e imparcial, sempre deve prevalecer os berços constitucionais que fundamentam o exercício dos órgãos que movimentam a atividade jurisdicional, e por esses motivos, a acusação e a sentença devem ser concretas.

Denota o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal da República que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a redação constitucional coroa o reconhecimento do princípio da inocência que protege os direitos essenciais da liberdade e democracia do indivíduo que vem a ser processado. É destacado ao longo deste trabalho que o papel do processo penal não é a de cumprir com a penalização exacerbada e agressiva do Estado, há o papel inerente da proteção dos direitos e garantias fundamentais do sujeito social, além dos anseios da sociedade.

Nesse sentido, as regras constitucionais que norteiam o processo penal exige uma concretude quando se pretende condenar alguém, ou seja, os fatos, as provas e o direito

devem estar dialogando entre si, em perfeita sintonia, pois, se não há ligação entre os elementos jurídicos atinentes ao processo, a condenação já não é a opção mais plausível.³⁶

É papel exclusivo e competência mister do acusador demonstrar a culpa do acusado, uma vez que a ação penal iniciou por providências próprias. A comprovação do fato não se dá por meios quantitativos, e sim, qualitativos. Ou seja, não importa se o órgão acusador instruiu somente um tipo de prova ao processo, se essa é suficiente para demonstrar autoria e materialidade do crime, o juiz tem o condão de condenar aquele indivíduo pelo ato imputado. Porém, por ter também o papel de *custus legis*, incumbe ao Ministério Público a observância real ao conjunto probatório dos fatos, devendo ser objetivo em suas alegações, caso não haja nenhum fato determinante para o pedido de condenação do acusado.

O órgão julgador depende da construção probatória feita pela acusação, e se não há, impossível seria a condenação. Além disso, não pode o órgão julgador pautar a sua decisão em viés de dúvidas, pois, se o Ministério Público conclui que não há pretextos probatórios para que o indivíduo processual venha a ser submetido aos regramentos punitivos do Estado, e o órgão julgador vai contra o entendimento acusatório, há contradição e violação do devido processo legal básico da ação penal. Logicamente, se há faltas de provas, incide a dúvida e prevalece o instituto do *in dubio pro reo*, e conseqüentemente a absolvição do acusado, assim também entende o Superior Tribunal de Justiça nesse caso:

APELAÇÃO CRIMINAL. DIRIGIR VEÍCULO EMBRIGADO. ABSOLVIÇÃO. IN DÚBIO PRO REO. RESISTÊNCIA. DESACATO. MATERIALIDADE NÃO DEMONSTRADA. 1. Não comprovado cabalmente o estado de embriaguez do apelante, necessária a aplicação do *in dubio pro reo*. 2. Sem prova dos crimes de resistência e desacato, imperiosa a absolvição. (STJ - AREsp: 1119118 GO 2017/0149788-6, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Publicação: DJ 06/09/2017).

Ao longo do processo, a verdade material deve prevalecer, se não há carga probatória suficiente para tal, não há anseio acusatório, é uma linha de raciocínio lógica diante dos ensinamentos aduzidos ao longo dos textos trazidos.

A circunstância da dúvida deve conduzir a absolvição do acusado, e quando há divergências de entendimentos, entre órgão acusador e julgador, pela incidência da dúvida, a absolvição também é plausível. Pois, assim como já ressaltado, quando o

³⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Lúmen Iuris. 12ª Ed. 2007

competente para a constituição da carga probatória conclui que não indícios suficientes para a atuação punitiva do Estado, e mesmo assim, há condenação por parte de magistrado, toda a base constitucional do devido processo legal é violada, principalmente o estado de inocência do indivíduo processual e os sua condição de liberdade. Logo, é inadmissível a contradição em relação à sentença e carga probatória do processo, claramente esse obstáculo inviabiliza a concretização do devido processo legal em âmbito de um ordenamento jurídico fundamentado pelo Estado Democrático de Direito.³⁷

³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

3. OS SISTEMAS ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO: SUAS CONSTRUÇÕES E EVOLUÇÕES JURÍDICO-PROCESSUAIS E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Antes do estudo dos sistemas processuais penais em espécie, para fins etimológicos, é necessário entender o significado da palavra “sistema”. Para Paulo Rangel (2007)³⁸, sistema é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelecem as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito no caso concreto. Nesse sentido, para que exista um sistema, é necessário uma ideia basilar de normas que fundamente a sua funcionalidade. Além disso, para a identificação de cada sistema, é necessário observar o princípio fundante da sua regência, ou seja, a sua ideia central, logo, saberá de qual sistema se trata e de quais normas decorrem e são interpretadas através deste.

A história jurídica-normativa dos sistemas processuais penais se estende há milênios no Direito Penal, tendo por divisão três tipos de sistemas processuais: a) sistema inquisitório ou inquisidor; b) sistema acusatório; c) sistema misto, reformado, napoleônico ou acusatório formal. O sistema inquisitório é pertencente à época da Santa Inquisição (Tribunal Eclesiástico), que possuía como finalidade a investigação e punição dos hereges, pelos membros do clero. Obviamente trata-se de um sistema ultrapassado e primitivo, onde não há uma divisão de funções entre os órgãos jurisdicionais, o juiz é o único detentor do poder punitivo do Estado, além de cumprir as funções de acusação e defesa. Nesse sistema, o juiz era o condutor e detentor das provas, o clero tinha poder total sobre a comunidade, não havia a possibilidade de existência de direitos sociais e humanos em relação ao processo, não há o que se falar em garantias processuais.

O sistema misto é originado pelo Código Napoleônico (1808). Possui as duas fases, inquisitória e acusatória. A primeira fase é conduzida pelo juiz, claramente inquisitória, a segunda fase é judicial e já possui características acusatórias, onde há a figura do acusador, do julgador. Entende-se que é uma falsa segunda fase, posto que, embora haja

³⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Lúmen Iuris. 12ª Ed. 2007.

as demais características de um sistema acusatório, a ideia fundante ainda reside no juiz como gestor da prova.

O sistema acusatório, como enfoque principal do trabalho em comento, é oposto ao sistema inquisitório. A sua essência é democrática e inspira a separação de função de cada órgão no poder jurisdicional. Aqui, o juiz deverá ser imparcial, somente com o dever de julgar, não podendo produzir provas ou interferir nas competências do órgão acusador, no caso, o Ministério Público. O sistema acusatório ficou evidente em marcos históricos como a *Petition of Rights*, durante a secularização e o iluminismo.

É sabido que o Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, acolheu e recepcionou o sistema acusatório pela sua compatibilidade com as normas vigentes e paradigmas processuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim também entende a Suprema Corte Federal. Sabe-se que no Judiciário há uma divisão de cada órgão pertencente ao poder do Estado e a sua respectiva função, com autonomia própria e com seus limites de atuação. Uma das características fundantes do sistema acusatório é a separação das funções de cada órgão no poder judiciário, isso possibilita a observância da legalidade e resguarda um julgamento justo e igualitário.

Nesse sentido, vale ressaltar as ideias de Aury Lopes Júnior:³⁹

“O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal”.

No Brasil existe a figura do Ministério Público como detentor da ação penal, além de ser o guardião da lei, devendo seguir fielmente os preceitos constitucionais positivados, vigiando o processo e restringindo qualquer abuso estatal que venha interferir no andamento processual e nos direitos individuais do sujeito de direitos. O fato de ser o órgão acusador responsável pela promoção da ação penal pública de maneira privativa remete ao pleno entendimento da aplicação do sistema acusatório, uma vez que o órgão julgador está em outro patamar de deliberações de próprio cunho autônomo de deliberação. Dessa forma, assim como o juiz possui a sua autonomia julgadora, o Ministério Público

³⁹ JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL: INTRODUÇÃO CRÍTICA. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019

possui a sua autonomia como órgão detentor da ação penal e seus desdobramentos, esse entendimento é necessário para fatos que são expostos a seguir.

Sabe-se que a Constituição não visou somente um acervo de direitos e garantias fundamentais aos indivíduos, mas também, uma linha processual garantista e justa, para que o poder-dever do estado corra em parâmetros de garantia e segurança jurídica, principalmente em âmbito penal. Haja vista que, há uma necessidade de responsabilidade por via estatal, por se tratar de um instrumento ético destinado à sociedade e ao Estado. O processo penal é de interesse público, e por isso, deve seguir diretrizes que assegurem a segurança tanto jurídica, quanto individual da sociedade. Por isso, os princípios decorrentes do devido processo legal devem ser priorizados nesse sentido, sejam eles: contraditório e ampla defesa; estado de inocência e outros esparsos no Texto Maior. Ressalta-se que esses princípios são essencialmente constitucionais, dessa forma, devem ser respeitados independentemente de qualquer circunstância e motivação.

Retomando as ideias centrais do sistema acusatório, já é de conhecimento que este propaga um processo justo por suas divisões de funções, sendo assim, compatível com o ordenamento jurídico e processo penal brasileiro. Porém, há na legislação processual penal fragmentos que ainda são resquícios do sistema inquisitório, artigos claramente primitivos que inviabilizam a aplicação dos princípios constitucionais vigentes e não prosseguiram com o fenômeno da constitucionalização, e por isso, nem poderiam estar sendo aplicadas. Por esses motivos, alguns doutrinadores e entendimentos jurisprudências entendem que o sistema processual brasileiro é misto, porém, a denominação de sistema misto não é eloquente para o judiciário brasileiro, pois, a ideia de um ordenamento com essência garantista não se harmoniza com um sistema que não possui nenhuma separação de funções e que somente objetiva a resolução do conflito sem colocar a parte como um ser detentor de direitos. Para corroborar com essa ideia, Aury Lopes Jr⁴⁰. Diz que a denominação de sistema-misto é um reducionismo ilusório e absolutamente insuficiente.

Sabe-se que o artigo 385 do Código de Processo Penal é uma norma válida que se encontra vigente no ordenamento jurídico brasileiro, porém, é clara a sua ineficácia perante o processualismo e ambiente social em que o processo penal brasileiro está inserido.

⁴⁰ JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL: INTRODUÇÃO CRÍTICA. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019

Assim como entendido pelo Superior Tribunal de Justiça, o referido artigo é aplicado pela sustentação do princípio do livre convencimento motivado.

Para fins demonstrativos, segue jurisprudência pátria a respeito do tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PARECER MINISTERIAL EM SEGUNDO GRAU PELA ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 385 DO CPP, RECEPCIONADO PELA CF/88. INDEPENDÊNCIA DO ÓRGÃO JULGADOR. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRECEDENTES DO STJ E STF. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conquanto o Parquet tenha se manifestado pela absolvição do acusado, o órgão julgador poderá condená-lo, com base no princípio do livre convencimento motivado, visto que tal manifestação não vincula o julgador. 2. Quando o Ministério Público pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação, como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (decision on prosecution motion to withdraw counts) e vincula o posicionamento do juiz. Em nosso sistema, é vedada similar iniciativa do órgão de acusação, em face do dever jurídico de promover a ação penal e de conduzi-la até o seu desfecho, ainda que, eventualmente, possa o agente ministerial posicionar-se de maneira diferente - ou mesmo oposta - do colega que, na denúncia, postulara a condenação do imputado (REsp 1521239/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 9/3/2017, DJe de 16/3/2017). 3. Agravo regimental em habeas corpus improvido.

(STJ - AgRg no HC: 567740 SP 2020/0072063-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 12/05/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2020)

A redação do artigo em comento se consubstancia na possibilidade do magistrado pugnar pela condenação do réu, mesmo que o detentor da ação penal, o Ministério Público opte pela absolvição em ações penais públicas. Na realidade, essa possibilidade de condenação é a transcrição da interferência autoritária nas funções de cada órgão jurisdicional no sistema acusatório, no processo criminal. Infringindo literalmente o que se dispõe na Constituição Federal, limitando a incidência do sistema penal. Sabe-se que para que o livre convencimento motivado prospere, o magistrado deve se fundamentar nas provas existentes nos autos, é inviável a arbitrariedade na aplicação desse princípio e é necessário a observância de outros critérios legais sobre provas e suas validades.

O órgão acusador quando sustenta a absolvição do acusado, além de estar cumprindo com o seu papel de detentor da ação penal e guardião da lei constitucional, por garantir todos os direitos fundamentais ao indivíduo processual vulnerável, vislumbra a

situação probante processual, haja vista que, se não houvesse essa análise, não haveria do que se falar em pedido de absolvição.

E a partir do momento em que não há uma pretensão acusatória, não há pretensão punitiva do Estado, em razão do princípio da inercia da jurisdição, logo afasta qualquer decisão punitiva pelo Estado-juiz, sob pena de ofensa ao sistema penal acusatório e constitucional brasileiro. Ainda mais, quando não a pretensão acusatória, não há pedido, dessa forma, se o juiz optar mesmo assim pela condenação, haverá o ferimento do princípio da correlação, na medida em que o juiz está decidindo sem pedido, ou, pelo menos, completamente fora do pedido, ferindo de morte o princípio da correlação que norteia o espaço decisório, assim entende Lopes Jr⁴¹.

Sabe-se que o Estado brasileiro não é autoritário, o ordenamento vigente vislumbra um acervo democrático e garantista, onde o Estado Democrático de Direito insurge como base para a caracterização de normas e aplicação de diversos fatores legais e principiológicos. A lei processual penal não escapa dessa estrutura jurídica que visa a resolução dos conflitos de maneira ética e constitucional, apesar de possuir fragmentos primitivos que não acompanharam a constitucionalização dos elementos normativos.

Todavia, o poder-dever do Estado no âmbito judiciário, principalmente no que se diz respeito ao processo penal, deve ser vista de um ângulo instrumental-garantista, onde o Processo Penal é visto como um objeto de defesa, de proteção ao acusado e aos interesses do Estado concorrentemente⁴². Onde os direitos e garantias fundamentais sejam respeitados e priorizados, com a finalidade de alcançar a justiça e paz social, e não como instrumento puramente punitivo do Estado.

Essa linha de pensamento é corroborada, em sede de *Habeas Corpus*, pelo ex-ministro da Suprema Corte, Celso de Mello:

“A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um

⁴¹ JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL: INTRODUÇÃO CRÍTICA. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença que, condicionada por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula de salvaguarda da liberdade individual” (1ª T – HC nº 73338/RJ – Rel. Ministro Celso de Mello – *RTJ*, 161/264).

O Processo Penal essencialmente, compõe uma pretensão acusatória, onde há a necessidade de um delito preexistente, uma tutela jurisdicional, e o poder punitivo estatal, que será exercido pelo juiz. Cada parte do processo tem a sua função e necessidade adentro do procedimento penal. O Ministério Público não poderá interferir no poder punitivo do Estado, isso acabaria por ferir diversos dispositivos constitucionais e com o devido processo legal. Assim também entende que o juiz não há possibilidade de interferência na autonomia do órgão acusador, haja vista que a pretensão acusatória é inexistente na discussão que foi posta.

Assim ensina Lopes Jr⁴³ .:

O poder punitivo não é outra coisa que o poder concreto da justiça penal – personificado no juiz – de condenar o culpado e executar a pena. O titular da pretensão acusatória (acusador) exige que a justiça penal exerça o poder punitivo e não que se atribua a ele mesmo ou a um terceiro, como ocorre no processo civil. Não existe pedido de adjudicação alguma por parte do acusador, pois não lhe corresponde o poder de penar. Por isso, o acusador detém o poder de acusar, não de penar. Logo, jamais poderia ser uma pretensão punitiva.

O Estado Democrático de Direito vislumbra a priorização das garantias e direitos fundamentais, a vigência do artigo 385 do Código de Processo Penal se encontra em evidente retrocesso ao sistema inquisitório, em linhas contrárias ao que se coaduna o ordenamento jurídico e as normas constitucionais. A sua ineficácia é clara, visto que o direito de defesa é posto de lado e prevalece o poder de penar excessivo e danoso no processo penal. Não há o que se discutir quando o acusador deixa de exercer a pretensão acusatória, pedindo a absolvição, cai por terra a possibilidade de o Estado-juiz atuar com o poder punitivo e,

⁴³ JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL: INTRODUÇÃO CRÍTICA. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019

consequentemente, a extinção da ação é imperativa. A aplicação da norma em comento é motivo de insegurança jurídica em âmbito processual e jurídico. Não há proteção do sujeito de direitos, há somente o exercício do *jus puniendi* pelo Estado, sendo totalmente incontroverso com as regras constitucionais postas.

3.1. O SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO: DIVERGÊNCIAS PRIMITIVAS E ADOÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A estrutura e natureza do processo penal não se quedou inerte para a sua conjuntura, salienta-se que sua evolução histórica, de tempos e tempos, determinou a conjunção social e caráter humanista das condutas penais em cada época de desenvolvimento sistemático. Cronologicamente, o sistema acusatório perdurou por séculos, até meados de XII, posteriormente, o sistema inquisitório prevaleceu por volta do século XVIII, oriundo dos movimentos sociais e políticos.

A priori, é prudente desmembrar a compreensão dos sistemas para melhor metodização de seus paradigmas. O sistema inquisitório remonta à Inquisição, como assim diz o nome. A repressão inquisitória tem características muito específicas e tem como fundamentação dogmas, que giram em torno de um arcabouço ideológico voltado à Igreja Católica da época. Resumidamente, esse sistema buscava reprimir tudo e todos que contrariassem os Mandamentos da Igreja Católica, não havia figuras distintas para o prosseguimento da ação penal, o juiz-inquisidor agia como parte, investigava, dirigia, acusava e julgava, a coação estava presente a todo tempo em âmbito inquisitório. Nesse diapasão, cumpre ressaltar as palavras de Aury Lopes, em sua obra Direito Processual Penal: “Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.”⁴⁴

A vertente humanista e garantista não foi, sequer, explorada nesses tempos. Ainda baseado nas ideias de Aury Lopes, o modelo processual da Inquisição dispensava a cognição e critérios objetivos, gerando uma subjetivação do processo que, de fato, o afastava

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.46.

da comprovação de fatos históricos, supostamente o objetivo por trás da ambição de verdade que o movia.⁴⁵

Com o avanço da modernidade, o surgimento do Direito positivado, ainda pelos pensamentos e ideologias de Locke e Voltaire, constituiu-se, gradualmente, a ideia de tolerância, que seria depois transposta para o direito penal iluminista, pelos ensinamentos de Beccaria e Verri⁴⁶. A partir do repúdio às arbitrariedades do período absolutista, foram colocados os fundamentos do direito penal moderno, cuja características eram de uma intervenção limitada e restrita do Estado punitivista ao indivíduo de direitos.

A partir do advento do sistema acusatório, a figura do processo não era mais só uma, havia a separação de funções e demandas para cada fase processual. Defesa, acusação e julgamento, eram papéis distintos e autônomos, ou seja, não havia interferência de um, na atuação de outrem. A constituição de um modelo-racional de sistema processual penal trouxe, em sua essência, a importância da sociedade e indivíduo, detentores de poder de democracia, de direitos sociais, além da neutralidade penal ao escalonar papéis distintos para a atuação de cada parte no processo.

As principais características do sistema acusatório se baseiam nas claras distinções de funções, a inercia do juízo, o tratamento igualitário entre as partes, e a garantia de princípios que regem os direitos e garantias fundamentais do sujeito processual. A luz do sistema constitucional vigente no Brasil, fica evidente a adoção do sistema acusatório perante o ordenamento processual penal, é improprio dizer que o sistema processual brasileiro adota a sistemática mista, é o que entende Lopes Junior⁴⁷:

“Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.”

A partir da promulgação da República de 1988, a conjuntura democrática apossou todos os níveis de legalidade do sistema processual brasileiro. As normas infralegais foram sujeitas ao fenômeno da constitucionalização, ou seja, a redação de cada código e lei

⁴⁵ LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 162.

⁴⁶ CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.44.

a parte da Constituição, deveria seguir os seus caminhos. A permanência de normas que contrariam as linhas democráticas e garantistas, não deveriam perdurar.

O núcleo fundante do sistema acusatório é a sua proteção e garantia aos direitos sociais do homem, assim como a Carta Magna. Adotar o sistema inquisitório, ou aceitar resquícios deste, em âmbito atual do ordenamento jurídico brasileiro, é ir contra os caminhos de evolução percorridos pela sistemática penal. O retrocesso social e a violação das pragmáticas sociais do Direito Processual Penal atinentes à atos inquisitórios ferem toda estrutura constitucional do processo, atinge diretamente o vulnerável sujeito aos atos do Estado punitivo, sendo que, o processo penal tem por finalidade buscar a reconstituição de um fato, o seu caráter unicamente repressivo, é lugar incomum em tempos de democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal é, por excelência, um meio de controle social formal do qual se vale o Estado para efetivar a função constitucional de garantir a proteção do cidadão social. Além de ser o instituto responsável pelo efetivo cumprimento do Estado Democrático de Direito em limitar a onda punitiva estatal.

A ideia de que o processo penal e suas vertentes, tinham o único papel de constituir a repressão excessiva, findou juntamente com a estrutura inquisitória do processo. Apesar de ainda perdurarem normas de caráter inquisitorial no ordenamento jurídico brasileiro, destacado ao longo do trabalho, o artigo 385 do Código de Processo Penal, que vai contra o viés democrático e social das construções constitucionais, a aplicação do direito processual penal tem vistas limitativas e garantidoras do direito do indivíduo a ele submetidas.

É incompreensível a subsistência de uma norma, criada em contexto ditatorial, com viés essencialmente repressivo, no ordenamento jurídico atual. A redação do artigo 385 do Código de Processo Penal viola os ditames do Estado Democrático de Direito, na medida em que a sua intervenção jurídico-penal implica diretamente em restrições a direitos fundamentais, violação dos princípios aludidos em texto constitucional, e sua aplicação ocorrer em desconformidade com princípios constitucionais penais e processuais penais, que se colocam como limite inegociável à incidência do poder punitivo.

Sem dúvida, o sistema processual penal caminha em linhas contrárias ao que é disposto no artigo supracitado. Perdura-se o sistema acusatório em berços processuais penais brasileiros, eis que seus fundamentos são enraizados no tratamento neutro e protecionista do indivíduo. Seus direitos constitucionais são parâmetro para o processamento de determinado feito.

Cumpra-se que o sistema penal em um Estado Democrático de Direito deve ser um sistema de garantias, onde a resposta penal somente deve surgir a partir da aplicação de um modelo que exclua a arbitrariedade, tanto no momento de elaboração da norma, quanto no de sua aplicação.

Por fim, levando-se em consideração os princípios constitucionais vigentes, os direitos e garantias fundamentais, perante o Estado democrático de Direito, rege-se que

normas que não cumprem tais requisitos básicos para os efeitos do processo penal, não deveriam estar vigentes, em tempo que a Constituição perdura em âmbito jurídico-social. É de suma importância os segmentos constitucionais, sem prejuízo à esfera de liberdade do indivíduo processual,

Desse modo, assim ensina Lopes Jr., “o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido”.⁴⁸

A vulnerabilidade do sujeito processual é parâmetro para tratamento justo e garantidor, sendo necessário a desamarra dos traços inquisitórios do sistema processual penal brasileiro, e devendo então, prevalecer os ditames do Estado Democrático de Direito alcançado pela Constituição Federal de 1988.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 6

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2.ed., São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. v. I. Rio de Janeiro.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2006. 284 p.

AMARAL JACOB, M.; SILVÉRIO JUNIOR, J. P. A BUSCA DA VERDADE PROCESSUAL E A DESLEGITIMAÇÃO DA DECISÃO PENAL PELA IDEOLOGIA E RETÓRICA DO JULGADOR. (Portuguese). Quaestio Iuris (QI), [s. l.], v. 13, n. 3, p. 1168–1190, 2020. DOI 10.12957/rqi.2020.45898. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=148135068&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 3 maio. 2021.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. O Processo Acusatório e a Vedação

ARAGONESES ALONSO, Pedro. Instituciones de derecho procesal penal.

ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. Da prova no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

ARMENTA DEU, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal. Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A., 1995.

ASENCIO Mellado, José María, Princípio acusatório e direito de defesa em processo penal (Madrid, Trivium, 1991).

AVENA, Noberto Pâncaro. Processo Penal. 9. ed. Método, 02/2017.

AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação Entre Acusação e Sentença. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 14

BARROS, Antônio Milton de. Processo Penal Segundo o Modelo Acusatório: os limites da atividade instrutória judicial. Leme, SP: Editora de Direito, 2002. 233 p.

BARROS, Luis - Frühling, Hugo - García, Gonzalo - Quintana, Augusto - Sánchez, Domingo, O processo penal chileno e sua proteção dos direitos dos acusados, no processo penal e direitos fundamentais (Corporação Nacional de Reparação e Reconciliação, Estudos de Cobrança, Santiago, 1994), I.

BARROS, Marcos Antônio de. A Busca da Verdade no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: “Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho”.

BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. Revista CEJ, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: . Acesso em: 22 jul. 2017.

BAUMANN, Jürgen, Direito processual penal. Conceitos fundamentais e princípios procedimentais (tradução para o espanhol de CA Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1986).

BECCARIA, Cesare . Dos delitos e das penas. São Paulo: Quartier Latin. Classicos Quartier. 2005. Tradução: Alexis Couto de Brito. P. 57

BENDER, R.; STRECKER, C. 1978. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: M. CAPPELLETTI; B. GARTH, Access to justice – a world survey. Milano, Giuffrè, vol. I, livro II.

BENEVIDES, Maria Victoria. A questão social no Brasil - os direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais. Disponível na internet <http://www.hottopos.com/vdletras3/vitoria.htm>. BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade- Para uma teoria geral da política. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

BETTIOL, Giuseppe, Instituições de direito penal e processual (tradução para o espanhol de Gutiérrez-Alviz e Conradi, Barcelona, Bosch, 1977).

BINDER, Alberto M., Crise e transformação da justiça criminal na América Latina, em AA. VV., Reformas processuais na América Latina (Santiago, University Promotion Corporation, 1993).

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; DE CICCIO, Claudio. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. Brasília, 1995

Bueno, Cássio Scarpinella, “Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Editora Saraiva, 2007, pag. 239-240.

CAPOGRASSI, G. 2004 1950. Giudizio, processo, scienza, verità. In: L.P

CARUSO MACDONALD, P. B. O papel representativo do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=147835797&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Processo penal e constituição. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHESNAIS, François (Coord.). A Mundialização Financeira - gênese, custos e riscos. São Paulo: Xamã, 1998.

COMOGLIO, Etica e tecnica del “giusto processo”. Torino, G. Giappichelli.

CONDÉ, Eduardo A. Salomão. Laços na Diversidade – a Europa Social e o Welfare em Movimento (1992-2002). Juiz de Fora: UFJF, 2008

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais no Brasil. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). Escritos de direito e processo penal ao Prof, Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 140 de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

DELGADO, Gabriela Neves. “Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo”. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012a.

DELGADO, Gabriela Neves. Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012b. 5. ed. Madrid: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.

DELGADO, Mauricio Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego - entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017^a

DELGADO, Mauricio Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. O paradigma do estado democrático de direito: estrutura conceitual e desafios contemporâneos. Revista Jurídica, v. 2, n. 55, p. 485-515, 2019.

DELMANTO, Celso et al. Código penal comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. do Advogado, 2009

DINIZ, Maria Helena, Compêndio De Introdução À Ciência Do Direito, 18º edição, Saraiva, São Paulo, 2006

- DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Título original: Taking rights seriously.
- FAZZALARI, E. 1958. Diffusione del processo e compiti della dottrina. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 3:861-880. FERRI, C. 1988 Sull'effettività del contraddittorio. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 42:780-795.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JR. Tercio Sampaio, Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, decisão, dominação. 4º Edição, Atlas, São Paulo, 2003
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa. 5a ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2016.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1986. P.950 fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. PROCESSO PENAL I. 32ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- FREDIE, Didier Júnior. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 2.ed. Salvador: JusPodvm, 2015.
- GIACOMOLLI, Nereu José. O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.
- GODINHO DELGADO, M.; FREIRE PIMENTA, J. R.; NUNES, I. O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ESTRUTURA CONCEITUAL E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS. Revista Jurídica (0103-3506). Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=137332460&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- GUERRA, Marcelo Lima. Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- HABERMAS, J. 2002. Verdad y justificación. Madrid, Trotta, 326.
- HAMILTON, Sergio Demoro. Estudos de processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 97-110. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. 6. ed. Brasília: Editora
- JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL: INTRODUÇÃO CRÍTICA. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

JUNIOR, Fredie Didier, “Curso de direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento”, Editora Podivm, 2009, pag. 29-30.

KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEHMKUHL, Mílard Zhaf Alves. Os direitos fundamentais e o exercício legítimo do ativismo judicial no estado democrático de direito. 2014.

LEITE, George Salomão. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020

LIMA, T.C.S de; MIOTO, R.C.T. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. Katál, Florianópolis, v.10, spe, 2007

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, L. A. M.; DE ASSIS SANTIAGO NETO, J. A Cultura Inquisitória Mantida Pela Atribuição De Escopos Metajurídicos Ao Processo Penal. Revista Jurídica Cesumar: Mestrado, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 379–398, 2015. DOI 10.17765/2176-9184.2015v15n2p379-398. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=112020877&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 3 maio. 2021.

MATSUMOTO, Katsutoshi. O Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n.33, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2007

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal. Campinas: Bookseller, 1997

MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 161.

- NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005
- PAUPÉRIO, A Machado. Introdução axiológica ao direito. Forense, Rio de Janeiro, 1977.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. Duplo grau de jurisdição no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Probatória perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria
- PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Lúmen Iuris. 12ª Ed. 2007.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIBEIRO, CARLOS VINÍCIUS ALVES. "Ministério Público." *Dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva (2003).
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral*. 24ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS DA COSTA, J. Controle De Convencionalidade: Uma Revisão Epistemológica À Luz Dos Princípios Constitucionais E Convencionais Do Devido Processo Penal. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, [s. l.], v. 6, n. 2, p. 72–92, 2020. DOI 10.26668/indexlawjournals/2526-0200/2020.v6i2.7126. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=148238490&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 3 maio. 2021.
- SOUZA, Luciana Cláudia Medeiros de. "A legitimidade do Ministério Público na revisão criminal à luz da Constituição Federal." (2007).
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 pg. 458-459.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Fundamento E Função Do Processo Penal: A Centralidade Do Juízo Oral E Sua Relação Com As Demais Fases Da Persecução Penal Para A Limitação Do Poder Punitivo. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 2. maio a agosto de 2018 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: [Revista Eletrônica de Direito Processual \(uerj.br\)](http://RevistaEletronica.deDireitoProcessual(uerj.br)). Acesso em: 23/03/2021.