

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Lucas Andreucci da Veiga

**AÇÃO PENAL, PRETENSÃO ACUSATÓRIA E JURISDIÇÃO:
O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO LIMITE À
ATIVIDADE JURISDICIONAL**

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo

2025

Lucas Andreucci da Veiga

**AÇÃO PENAL, PRETENSÃO ACUSATÓRIA E JURISDIÇÃO:
O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO LIMITE À
ATIVIDADE JURISDICIONAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito Processual Penal, sob a orientação da Professora Doutora Eloisa de Sousa Arruda.

São Paulo

2025

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

VEIGA, Lucas Andreucci da
Ação Penal, pretensão acusatória e jurisdição: o pedido de
absolvição do Ministério Público como limite a atividade
jurisdicional. / Lucas Andreucci da VEIGA. -- São Paulo:
[s.n.], 2025.
187p. ; 21x29,7 cm.

Orientador: Eloisa de Souza Arruda.
Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Direito Processual Penal. 2. Ministério Público. 3.
Sistema Acusatório. 4. Art. 385, CPP. I. Arruda, Eloisa de
Souza. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Banca Examinadora

Aos meus dois mestres: Ricardo Antunes Andreucci (*in memoriam*), meu avô, que apontou o caminho das ciências criminais e da filosofia; a Paulo Sérgio Leite Fernandes, que ensinou a desbravar e amar o processo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, Eloisa de Sousa Arruda. Acreditou em mim, mesmo quando as adversidades eram muitas.

À minha companheira, Meli, que tanta importância por me fazer continuar sonhando.

Aos meus pais, exemplos de vida e de dignidade. À minha irmã, que mesmo em tempos tormentosos consegue roubar sorrisos.

Aos meus amigos que, felizmente, não são poucos. Seria injusto enumerá-los, pois são antes testemunhas de momentos felizes e desafios vencidos, compartilhando venturas e desventuras mas sempre prontos para a próxima.

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.
(CAMÕES).

O senhor... Mire veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas - mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam.
(GUIMARÃES ROSA).

RESUMO

VEIGA, Lucas Andreucci da. **Ação Penal, pretensão acusatória e jurisdição: O pedido de absolvição do Ministério Público como limite à atividade jurisdicional**

O Artigo 385 do CPP/1941 prevê que, mesmo quando o Ministério Público, enquanto titular da ação, pede a absolvição, ainda assim o juiz pode condenar. A discussão não é nova. Novo é o enfoque proposto. A partir da teoria dos sistemas, considerando-se elementos trazidos por Niklas Luhmann, identifica-se o sistema jurídico brasileiro e o subsistema processual penal e seus modelos inquisitório e acusatório, este nas variantes adversarial e não adversarial. Verificadas as características de cada qual, faz-se uma incursão histórica para entender particularidades do desenvolvimento do processo penal brasileiro e as influências sofridas, com destaque para a criação de espaços de justiça consensual. Isto ajudará a compreender o papel ocupado por cada um dos participantes no sistema no passado e como se deve fazer a leitura no presente. Identificam-se, então, os valores fundantes e orientadores do sistema jurídico brasileiro e subsistema processual penal, bem como princípios orientadores da atuação do Ministério Público e do Juiz. Firmados os conceitos, faz-se a análise do artigo 385 do Código de Processo Penal, primeiro estabelecendo qual o estado da arte sobre sua interpretação na doutrina e na jurisprudência. Ao final, estabelecendo a natureza jurídica das alegações finais, verifica-se a incompatibilidade do preceito do artigo 385 CPP/1941 com o atual sistema.

Palavras-chave: Direito processual penal; Ministério Público; Sistema acusatório; Art. 385 CPP; Absolvição.

ABSTRACT

VEIGA, Lucas Andreucci da. **Criminal action, accusatory claim and jurisdiction: The Public Prosecutor's request for acquittal as a limit to jurisdictional activity.**

Article 385 of the CPP/1941 provides that, even when the Public Prosecutor's Office, as the holder of the action, requests acquittal, the judge can still convict. The discussion is not new. New is the proposed approach. From systems theory, considering elements brought by Niklas Luhmann, the Brazilian legal system and the criminal procedural subsystem and its inquisitorial and accusatory models are identified, these in adversarial and non-adversarial variants. Having verified the characteristics of each one, a historical excursion is made to understand particularities of the development of the Brazilian criminal process and the influences suffered, with emphasis on the creation of spaces of consensual justice. This will be useful to understand the role played by each participant in the system in the past and how to read it in the present. The founding and guiding values of the Brazilian legal system and the criminal procedural subsystem are then identified, as well as guiding principles for the actions of the Public Prosecutor's Office and the Judge. Once the concepts are established, article 385 of the Criminal Procedure Code is analyzed, first establishing the state of the art regarding its interpretation in doctrine and jurisdiction. In the end, establishing the legal nature of the final questions, the incompatibility of the precept of article 385 CPP/1941 with the current system is verified.

Keywords: Criminal procedural law; Public Ministry; Accusatory system; Art. 385 CPP; Absolution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/1988 Constituição Federal de 1988
CPP/1941 Código de Processo Penal de 1941

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. SISTEMAS

1.1. Teoria dos Sistemas

1.2. Sistemas Jurídicos

1.2.1. Sistema Constitucional

1.2.1.1. Sistema Internacional

1.2.2. Sistema Processual

1.2.3. Sistema Processual Penal

1.2.3.1. Sistema Inquisitório

1.2.3.2. Sistema Acusatório

1.2.3.3. Sistema Misto

1.2.3.4. Tipos ideais dos sistemas acusatório e inquisitório

2. RETROSPECTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1. Origem

2.2. Influências contemporâneas

2.2.1. Código Tipo de Processo Penal para a América Latina

2.2.2. A tradução do sistema adversarial: americanização do processo penal?

2.3. Das minirreformas ao pacote anticrime

3. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

3.1. Finalidades do processo

3.1.1. Processo e verdade

3.1.2. A criação de espaços de consenso

3.2. Valores supraconstitucionais

3.2.1. Dignidade da pessoa humana

3.2.2. Democracia

3.3. Princípios constitucionais informadores do sistema processual penal

3.3.1. Separação das funções de acusar e julgar

3.3.2. Princípio do devido processo legal

3.3.3. Gestão da Prova

4. OS PARTICIPANTES DO SISTEMA

4.1. Ministério Público

4.1.1. Princípios da atuação do Ministério Público

4.1.1.1. Obrigatoriedade

4.1.1.2. Indisponibilidade

4.1.1.3. Independência funcional

4.1.1.4. Oportunidade

4.2. Juiz

4.2.1. Princípio fundamental da atuação do juiz: o exercício da jurisdição

5. O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O DISSENSO JUDICIAL

5.1. A controvérsia sobre a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal

5.1.1. A divergência doutrinária

5.1.2. A interpretação atual das Cortes Superiores

5.2. Natureza jurídica das alegações finais

5.3. Posição no sistema

5.4. Incompatibilidade

6. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

ANEXO I

INTRODUÇÃO

Quando se voltam os olhares ao processo penal brasileiro, deparam-se os intérpretes com uma legislação e prática judiciária absolutamente amorfas. Não há necessariamente uma coerência em situações que apresentam grande simetria. Isto é potencializado pela remanescência de disposições originárias do remanescente Código de Processo Penal de 1941, convivendo com diretrizes impostas pela Constituição Federal de 1988, que inclusive influenciaram diversas mudanças na legislação infraconstitucional. Tudo isso acaba provocando a disfuncionalidade do sistema e abrindo caminhos para a casuística em lugar da coerência.

O problema não é novo. E aqui se propõe a analisá-lo pela perspectiva trazida na primeira parte do artigo 385 do Código de Processo Penal, que confere ao julgador, no âmbito de uma ação penal pública, o poder de condenar um acusado mesmo quando o órgão constitucionalmente incumbido de realizar a persecução penal não se convença da culpa do imputado. Tal disposição é daquelas originárias da oitentenária redação do *codex*. E, como tal, reflete muito da concepção sociopolítica, a desaguar no texto jurídico perenizado, vicejando à época de sua promulgação.

A sociedade muda. Novos textos jurídicos surgem para refletir essas mutações; outros escritos remanescem. E cada alteração em um sistema, seja social ou jurídico, afeta não só o seu entorno, mas seu próprio ambiente comunicacional. Criam-se conexões, novas relações, novas interpretações. E nesse caudal de transformações há a necessidade de se manter a coerência do sistema, pois sua capacidade operativa depende justamente dessa harmonização; perdida esta, torna-se disfuncional e deixa de ter capacidade de realizar os próprios valores.

Especificamente no âmbito do sistema jurídico, no qual as modificações legítimas advêm por ato de autoridade, impõem-se a necessidade de acomodação do novo com o antigo. Nesse movimento, um dispositivo de antanho pode precisar ser reinterpretado, conformando-o aos valores vigentes, se e quando estes sejam diversos daqueles que orientaram sua criação. Mas, por vezes, a incompatibilidade é absoluta, pois a orientação axiológica não mais é consentânea com o contexto histórico-cultural da sociedade. Verificada a obsolência, constata-se a desarmonia do sistema, impondo-se a expulsão da norma incompatível, o que pode implicar na revogação expressa ou tácita do(s) texto(s) dos quais se a retira. É justamente este o objeto da presente investigação, com enfoque na verificação da (in)compatibilidade do artigo 385 CPP/41 com o atual subsistema do processo penal.

A busca por coerência na interpretação do processo penal necessariamente perpassa pelo reconhecimento de que esse funciona segundo a lógica de um sistema. É justamente este o ponto de partida, a conceituação do que seja sistema, sobretudo pela ótica luhmanniana. E a partir disso trazer o enfoque para o sistema jurídico e seus subsistemas, até classificar o subsistema processual penal. É neste contexto que assomam as variantes tradicionais, inquisitória e acusatória, bem como a típica terceira via alcunhada de mista.

Tomados os conceitos e diferenciados os (sub)sistemas processuais penais à luz de seus princípios reitores, realiza-se uma incursão histórica às influências e à própria geratriz do processo penal luso-brasileiro e, afinal, às particularidades sob as quais se erige o particular sistema brasileiro. As raízes romano-germânicas e ibéricas, a influência do direito canônico, a criação de uma identidade latino-americana e as influências promovidas pelo sistema do *common law*, promovida por importantes fatores geopolíticos ajudam a compor o complexo caudal. Aliado a isso, fatores históricos e disputas de poder ao longo da criação das instituições e formação da identidade nacional contribuem na compreensão das nuances que conduziram ao atual estado da arte.

Posto o cenário e a partir dos conceitos fixados de sistema, explicitadas as características gerais das vertentes acusatórias, inquisitória e mista, identifica-se, na realidade brasileira, quais são os princípios informadores, realizando-se uma apreciação a partir da diretiva constitucional. Trata-se de uma interpretação teleológica, portanto. A influência de novos institutos de resolução de conflito supervenientes à Carta de 1988 serão observadas sob tal perspectiva.

Ato contínuo, debruçando-se sobre os participantes do sistema processual penal brasileiro, promove-se a separação dos papéis de cada qual dos componentes da tríade, delimitando o arcabouço principiológico que orienta a atuação do Acusador, do Defensor e do Julgador. A figura do ofendido terá considerações laterais, não constituindo seu desenvolvimento recente objeto do estudo, centrado no ator que, valendo-se da capacidade postulatória, realizada a defesa dos seus interesses: o defensor.

Chega-se, por fim, ao cerne da tese. Se o pedido de absolvição apresentado Ministério Público deve vincular ou não o juiz. Antes da resposta, apresenta-se a visão atual que a doutrina e as Cortes Superiores têm sobre a matéria, especificamente sobre a compatibilidade do artigo 385 CPP/41 com a CF/88 e a atual feição do sistema processual penal, consideradas as influências sofridas no processo histórico-político.

Tomando-se afinal posição, identificada ainda a natureza jurídica das alegações finais (memoriais) frente à feição que o Ministério Público assumiu a partir da CF/88 e aos contornos conferidos pelos institutos de justiça de consenso regulado ou, como aqui se prefere,

consensuada,¹ conclui-se ser incompatível com o sistema processual penal brasileiro a possibilidade de um julgador discordar do consenso a que as partes chegaram sobre a ausência de elementos para a condenação do arguido. Evidencia-se, pois, a (des)harmonia do artigo 385 do CPP/41 perante o sistema processual penal, do que decorre a constatação de não mais a este pertencer.

Como se vê, a empreita é longa. E pressupõe a fixação de vários conceitos e definição de alguns institutos, nem sempre unívocos na Ciência do Direito. É preciso, para compreender o objeto, dele se afastar. E, para tanto, há de se fazê-lo com método enquanto “condição epistemológica para controlar as oscilações inerentes ao campo investigado.”² O Direito é um fenômeno linguístico, existindo através da linguagem. Nessa dimensão, constrói realidades próprias, através de um sistema. Método, por sua vez, é o caminho, meio para se chegar a determinada finalidade. Nesse sentido, está profundamente ligado à linguagem (e ao Direito), pois traduz a ordenação da linguagem pela qual se conhece da realidade do Direito.

O método eleito é o Constructivismo Lógico-Semântico, “antes de tudo, um instrumento de trabalho, modelo para ajustar a precisão da forma à pureza e à nitidez do pensamento; meio e processo para a construção rigorosa do discurso”³. Por meio dele, realiza-se uma “operação lógica demarcatória dos limites, das fronteiras, dos lindes que isolam o campo de irradiação semântica de uma ideia, noção ou conceito. Com a definição, outorgamos à ideia sua identidade, que há de ser respeitada do início ao fim do discurso”⁴. Este viés tem correlação com a Teoria Comunicacional do Direito, empregado aqui como esquema lógico apto a conferir firmeza à mensagem⁵.

Fato é que o sistema jurídico se compõe de normas, aqui compreendidas à luz do Constructivismo Lógico-Semântico e do fenômeno comunicacional como produto da interpretação deduzida pelo jurista.

As conclusões expostas no curso da tese e ao final decorrem do raciocínio lógico-dedutivo, obtidas pelo exame dos textos do ordenamento jurídico em si e suas mutações (fonte

1

² Constructivismo lógico-semântico. *In* Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/101/edicao-1/constructivismo-logico-semantico>. Acesso em: ago. 2024.

³ Id. Ibid.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 120.

⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. *In* Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 4-6.

primária), da doutrina que o interpreta e da jurisprudência constituída pelas decisões que o aplicam (fontes secundárias), pela operação que nele se realiza mediante a forma de sistema.

1 SISTEMAS⁶

Nem sempre é evidente a delimitação dos campos de incidência, de um lado, da ciência do direito e, de outro, do sistema de direito positivo, afinal aquela “é composta dos enunciados que descrevem o direito positivo. Logo se vê, portanto (...) que tal Ciência é uma camada de metalinguagem porque tece considerações sobre o direito positivo que é sua linguagem-objeto”⁷. Um e outro são sistemas proposicionais nomoempíricos, vertidos em enunciados e tendo por objeto o direito enquanto dado cultural existente, compreendendo-o através da linguagem, no âmbito da sociedade. Diferenciam-se, no entanto, pela característica descritiva da ciência do direito, ao passo que se qualifica o direito positivo por sua índole prescritiva⁸. Não obstante, “a relação entre esses dois níveis de linguagem é permanente e inevitável, mas é preciso que fiquem sempre claras as suas diferenças”⁹.

A pesquisa aqui proposta envereda pela observação do sistema do direito positivo pelo olhar da Ciência do Direito¹⁰, promovendo um necessário recorte, delimitando-se como objeto primeiro da incursão o subsistema do processo penal, diferenciando-o do seu entorno¹¹. Constitui o recorte uma necessidade metodológica ante a complexidade da realidade jurídica, permitindo-se assim atingir um conhecimento específico¹². Considera-se, na construção teórica, a tridimensionalidade do direito proposta por Miguel REALE: norma, fato e valor, com as relações de coimplicação existentes¹³.

⁶ Parte das considerações deste capítulo a seguir tecidas foram inicialmente formuladas no artigo “Limites Sistemáticos à Influência do Processo Civil no Processo Penal”, de minha autoria, publicado na Revista Jurídica Brasileira – Vol. 1, nº 1, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/introducao-o-constructivismo-logico-semantico-3-limites-sistemicos-a-influencia-do-processo-civil-no-processo-penal- revista-juridica-brasileira-1-03-2023/1858022618#a-317609411>. Acesso em: mar 2023. Aqui tiveram continuidade no desenvolvimento.

⁷ MCNAUGHTON, Charles William. Sistema Jurídico e Ciência do Direito. In O Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 52.

⁸ Ibid., p. 57.

⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 3ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 89.

¹⁰ “Dá-se a partir dessa integração teleológica o abandono da ideia da Ciência Jurídica como um sistema fechado, assumindo, ao invés, uma característica aberta, implicando: enquanto ‘sistema científico’ (sistema de proposições doutrinárias), a natureza incompleta do conhecimento científico, em virtude de sua abertura a todas as outras ciências; enquanto ‘sistema objetivo’ (sistema da ordem jurídica, estando sujeito à mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais, em decorrência de ser o Direito um fenômeno situado no processo da história e, por isso, ser mutável.” FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 23-24.

¹¹ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad. 2003. Disponível em: <https://archive.org/details/LuhmannNiklasElDerechoDeLaSociedad/Luhmann-Niklas-El-Derecho-de-La-Sociedad/mode/2up> Acesso em: 03 ago. 2024, p. 6.

¹² CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. ___

¹³ REALE, Miguel. Filosofia do direito. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 488.

A delimitação permitirá um olhar mais acurado às características da classe sistema processual penal, primeiro pela diferenciação em relação ao entorno e, depois, pela descrição de seus principais predicados, observando por fim a comunicação que realiza em seu ambiente¹⁴.

As normas processuais serão analisadas cientificamente¹⁵, considerando-se ainda que elas não existem (ou valem) por si; compõem antes um conjunto “pretensamente orgânico”, relacionados a um princípio unificador, a que se dá o nome de sistema jurídico¹⁶. E sistema é a forma pela qual a sociedade se organiza, sendo o Direito, na concepção de Niklas LUHMANN, um subsistema do sistema social¹⁷. Em tal condição, o direito também é permeado pelas mudanças das relações interestatais e interpessoais que se operam no mundo fenomênico no transcurso do tempo. Nesse sentido é um equívoco compreender o direito e a sua ciência como algo estático¹⁸.

Quando se fala em “sistema” ou suas declinações, há subjacente uma ideia de ordenação, uma “ordenação lógica dos conhecimentos particulares relativos a uma dada Ciência”¹⁹. Como adverte Norberto BOBBIO, os vocábulos “ordenamento” e “sistema” são frequentemente empregados como se sinônimos fossem, constituindo este “um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”²⁰.

Comumente se utiliza um e outro indistintamente, em consonância com a teoria adotada ou a linguagem veiculada. Parcela da referência bibliográfica adiante empregada padece dessa vagueza mas, aqui, até mesmo para fins metodológicos, buscar-se-á diferenciar o que seja um

¹⁴ Perceba-se que, nas traduções em língua espanhola, há predileção pelo vocábulo “entorno”, enquanto nos textos vertidos ao português a opção se volta ao termo “ambiente”. Ao passo que a primeira palavra indica delimitação e a segunda um local, uma possível interpretação partiria da ideia de que “ambiente-entorno”, na tradução dos textos da teoria luhmanniana, necessariamente teria que compreender que o meio no qual se opera um determinado sistema (um ambiente em espécie no contraponto ao gênero ambiente) não é internamente delimitado, mas sim pelo seu entorno. Firmado no significado proposto, utiliza-se aqui tão somente o vocábulo entorno para se referir ao que está fora do sistema, enquanto ambiente o local em que a comunicação do sistema se reproduz.

¹⁵ ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal. Traducción de la 29ª edición. 1ed. Buenos Aires, Didot, 2019, p. 66.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *In* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba. nº 30. 1998. p. 165.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad. 2003. Disponível em: <https://archive.org/details/LuhmannNiklasElDerechoDeLaSociedad/Luhmann-Niklas-El-Derecho-de-La-Sociedad/mode/2up> Acesso em: 03 ago. 2024, p. .

¹⁸ PRADO, Geraldo. Curso de Processo Penal: Tomo I: Fundamentos e Sistema. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 23.

¹⁹ FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 20.

²⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 76.

e outro sob o viés do Direito, sem pretensão a que a opção aqui eleita se firme universalmente; serve, antes, à coerência da estruturação do raciocínio científico desta pesquisa.

Ordenamento, da etimologia latina *ordo*, indica arranjo, organização. Ordem, enfim. Cuida-se de uma “disposição conveniente de seres (de meios) para a consecução de um fim comum”²¹, do que advém sua feição estática. No âmbito jurídico, o ordenamento tem a lei (ou enunciado escrito) como fórmula de sua organização²², constituindo sua linguagem. Não se modifica a não ser por ato de autoridade que sobre ele repouse, acrescentando, modificando ou suprimindo textos.

Já sistema jurídico conduz a uma ideia de funcionamento; logo, movimento, criando e recriando relações entre si. Enquanto comunicação, precisa de um veículo para ligar emissor e receptor, sendo tal meio condutor o ordenamento jurídico. Sua unidade não é a lei, mas a norma. Neste particular, emprega-se aqui o termo norma, conquanto igualmente polissêmico, em seu sentido amplo, ou seja: compreendendo desde os enunciados prescritivos de uma conduta decorrentes diretamente do texto das leis como os comandos contidos nas decisões judiciais²³.

Nesse contexto, o sistema constituiria a comunicação que se opera dentro do ordenamento, na linha do elaborado por Albert KELLER:

Uma quantidade de elementos é a reunião de objetos aleatórios; (...) Quando os elementos de uma quantidade são reunidos de acordo com uma regra, então trata-se de uma quantidade ordenada, de uma ordenação. Quando ademais esses elementos, a partir da ordenação mútua, são determinados num conjunto, então chamamos a isso de um “sistema”²⁴

Veja-se que, em um ordenamento, se determinado objeto for retirado do seu conjunto, nem por isto os objetos remanescentes deixaram de estar, ali, organizados e, nessa dimensão, não são modificados ou afetados; já se um objeto é retirado de um sistema, que só é mantido enquanto houver comunicação entre todas as suas unidades, há natural afetação no seu funcionamento. Não por outra razão se denomina a relação da Terra e demais planetas a orbitarem a estrela central pela expressão “sistema solar”: comunicam-se os corpos celestes entre si, interferindo gravitacionalmente uns sobre os outros em uma relação de influência mútua²⁵. A retirada de um componente alteraria todo o sistema, justamente porque a

²¹ TELLES JUNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1965, p. 272.

²² *Ibid.*, p. 277.

²³ GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2013, p. 95.

²⁴ KELLER, Albert. *Teoria Geral do Conhecimento*. São Paulo: Loyola, 2009, p. 52.

²⁵ É só pensar, em uma dimensão menor, na interação entre Terra e Lua, constatando a ciência que os movimentos das marés possuem correspondência com o percurso do satélite no entorno do planeta.

comunicação perderia um de seus elementos unificadores, surgindo a necessidade de uma nova forma de se estabelecer as interrelações sem aquela conexão.

Assim, além de um conjunto de objetos (unidades) com características comuns, um sistema necessita que aqueles possuam aptidão de se comunicarem mediante o estabelecimento de relações de ordenação e subordinação. A partir da ideia de conjunto, ou seja, de identidade, de ordenação, pode-se estabelecer a comunicação. Sem esse dado unificador não haverá comunicação, ou será ela defeituosa. Haverá assim sistema quando constatado

um conjunto de objetos que se relacionam entre si e não apenas que apresentam características comuns. São classes, mas com estruturação interna, onde os elementos se encontram vinculados uns aos outros mediante relações de coordenação e subordinação. (...) A classe, ou conjunto, é a extensão de um conceito, é o seu campo de aplicabilidade.²⁶

Assim, constituem uma classe todos os objetos que possuam todos os requisitos denotados do termo (conotação). A Teoria das Classes, no âmbito do Constructivismo Lógico-Semântico, pode ser aplicada na apreciação e classificação das normas jurídicas, em conformidade com o sistema a que pertençam, afinal “a classe é o conjunto abstratamente constituído para reunir certos elementos segundo um critério, a pertinência de um objeto a um dado conjunto é resultado de um juízo binário [...] sobre a propriedade (ou conjunto delas) em questão.”²⁷.

As classes, enquanto categorias criadas pelo intelecto, comportam tantas divisões quando for possível a um indivíduo formular, observando-se sempre que a classe subsequente deve apresentar, além da totalidade dos elementos que a inserem na antecedente, a diferença que permita reduzir o universo dos objetos (ainda que indeterminados) passíveis de nela se enquadrar.

Os atos de dividir e classificar são inerentemente humanos. Servem, na ciência, à mais acurada observação e estudo do objeto. Comportam divisões e subdivisões *ad infinitum*, a depender da criatividade e intenção do hermeneuta. Uma subclasse deve comportar não só a integralidade dos caracteres unificadores da classe, mas também elementos distintivos não ostentados por todos os objetos que a esta integram. Trata-se da diferença, funcionando como

²⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 127 e 327

²⁷ BRITTO, Lucas Galvão de. Dividir, definir e classificar: conhecer é recortar o mundo. In O Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 208.

reductor do universo de objetos (conquanto indeterminado) contendo peculiar característica e permitindo, ao fim, definir o objeto.²⁸

A Teoria das Classes traz ferramentas permissivas à identificação não só das normas entre si, mas de todo um sistema de normas jurídicas. E a partir dessa constatação, pode-se dividi-lo em conjuntos, a constituírem particulares subsistemas, dentre os quais o processual penal:

o êxito dessa especialização faz surgir a necessidade de novas divisões dentro de uma estrutura já organizada sistematicamente, que que representaria o surgimento de microsistemas ou subsistemas vinculados a um sistema mais amplo. E, se observarmos com atenção, essa é uma realidade aplicável integralmente aos sistemas jurídicos.²⁹

Isto posto, um sistema representa a comunicação que se opera em determinado ordenamento; o sistema jurídico³⁰, a comunicação normativa estabelecida a partir dos textos do ordenamento jurídico, constituindo “o discurso da Ciência do Direito, mas também é o domínio finito, mas indeterminável, do direito positivo”³¹. Assim, o sistema jurídico, em específico o sistema do direito positivo,

não se confunde com meros textos normativos. Estes são apenas suportes físicos. Antes do contato do sujeito cognoscente, não temos normas jurídicas, mas meros enunciados linguísticos esparramados pelo papel. A norma como produto da interpretação se assemelha à tradução³²

Em termos definitivos: ordenamento jurídico corresponde ao conjunto de textos produzidos pelas autoridades competentes de determinada sociedade em certo recorte histórico e, por isso, dotados de sincronia e estáticos; já o sistema jurídico assume viés dinâmico, compreendendo a interpretação que (outras) autoridades competentes realizam sobre aqueles textos em estado bruto, orientando-se pela identificação de novos valores e evolução das normas frente às sucessivas reconformações dos textos legais, modificados por ato de autoridade.

Isto não basta, no entanto, à compreensão da dinâmica que se estabelece no sistema, a sua operação em si. A sociologia em geral e a sociologia jurídica em particular contribuem com

²⁸ BRITTO, Lucas Galvão de. Dividir, definir e classificar: conhecer é recortar o mundo. *In* O Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 206.

²⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 42.

³⁰ Afinal, “quando se reflete sobre essa necessidade de se contextualizar as diversas normas jurídicas é que se toma consciência do direito em sua dimensão sistêmica”. MCNAUGHTON, Charles William. Sistema Jurídico e Ciência do Direito. *In* O Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 51.

³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 218.

³² IVO, Gabriel. O Direito e a Inevitabilidade do cerco da linguagem. *In*: O Constructivismo Lógico-Semântico. vol.1. São Paulo: Noeses, 2014, p. 6.

outros elementos intrínsecos à ideia de um sistema social, do qual, como adiante se verá, o sistema jurídico é uma subclasse.

1.1 Teoria dos Sistemas

Sem pretender fazer uma retrospectiva histórica, afinal o cerne da pesquisa não é a Teoria dos Sistemas, um dos principais contributos à compreensão e posterior aplicação desta elaboração filosófica no âmbito jurídico foi Niklas LUHMANN. Partiu da ideia de sistemas sociais como decorrentes da característica humana de se estabelecer em grupos, assinalando que “La sociedad, antes de que los individuos se dispongan a actuar, ya está integrada por la moral, por los valores, por los símbolos normativos. Por tanto, la sociedad no es posible si previamente no está integrada bajo la forma de sistema”³³.

Tem-se a organização social na forma de sistema como pressuposto. Sua observação ou, com maior precisão, seus limites, são obtidos na constatação da sua antítese: o entorno, ou seja, aqueles objetos que não pertencem à mesma classe do sistema. Há, pois, uma distinção que o próprio sistema deve fazer de si em relação àquilo que o circunda, “de tal manera que mediante esta distinción sea capaz de enlazar todas sus operaciones”³⁴.

Diferenciar um sistema do seu entorno implica em reconhecer aquilo que o integrará, ou seja, as unidades mediante as quais realizará suas operações³⁵. Pelo viés da diferença, em uma aceção comunicacional, tem-se que é “um sistema constituído por comunicação”³⁶. Para Niklas LUHMANN, “un sistema social surge cuando la comunicación desarrolla más comunicación, a partir de la misma comunicación”³⁷. Não se diz, com isto, a inexistência de linguagem no entorno, mas sim que tal linguagem é diversa da instituída no sistema e por isso, em princípio, com ele (e nele) não se comunica.

É inegável que Niklas LUHMANN, ao longo da construção teórica da sua ideia de sistemas, toma referências de outras ciências, tal como biologia (autopoiese), lógica (classes), matemática (conjunto) e física (entropia). E é a partir de tais noções que erige, ao lado da

³³ LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de Sistemas. Mexico: Javier Torres Nafarrate, 1996, p. 32.

³⁴ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad, Disponível em: <https://archive.org/details/LuhmannNiklasElDerechoDeLaSociedad/Luhmann-Niklas-El-Derecho-de-La-Sociedad/mode/2up>. Acesso em: 03 ago. 2024. p.32

³⁵ LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de Sistemas. Mexico: Javier Torres Nafarrate, 1996, p. 62.

³⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 143.

³⁷ LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de Sistemas. Mexico: Javier Torres Nafarrate, 1996, p. 68.

diferença entre sistema e entorno, a autorreferência, a autopoiese e a clausura operacional como alguns elementos do sistema social. Tal alternativa não é contrária à precisão científica, afinal

se o estudo de um determinado tema exige um alto nível de especialização, esta mesma especialização não pode fechar as portas para as demais áreas do conhecimento científico. As respostas não encontradas em seus próprios postulados bem poderão ser buscadas em outras áreas cognitivas.³⁸

Tornando às características do sistema luhmanniano, admite-se a existência de trocas (influência) do entorno com o sistema, naquilo que denomina acoplamento, mediante *inputs* e *outputs*. Afirma quanto à autorreferência e clausura operacional:

“Transportado este cuerpo de teoría a los sistemas sociales, obliga a identificar la operación social que cumpla con los requisitos mencionados: *operación que deba ser una, la misma, y que tenga capacidad de eslabonar operaciones anteriores con subsecuentes*. Es decir, capacidad de proseguir su operación y desechar, dejándolas de lado, operaciones que no le pertenecen”³⁹.

Analisando a obra de Niklas LUHMANN, Willis Santiago GUERRA FILHO (2009, p. 209) explica que o “sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, em que há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização pela relação reiterativa (‘recursiva’) entre eles”⁴⁰. E conclui:

Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser “fechado”, do ponto de vista de sua organização, não havendo “entradas” (inputs) e “saídas” (outputs) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele, que é “como o agente que conecta as extremidades do sistema (como se fosse uma gigantesca sinapse) e o mantém fechado, autopoietico”⁴¹.

Por fim, não se pode olvidar das expectativas cognitivas e normativas, também presentes na obra de Niklas LUHMANN. Tocante às primeiras, relacionadas à capacidade dos indivíduos em uma sociedade de antecipar as ações alheias a partir do conhecimento da estrutura e funcionamento do sistema e experiências pretéritas.

³⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 35.

³⁹ LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de Sistemas. Mexico: Javier Torres Nafarrate, 1996, p. 68.

⁴⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da Ciência Jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197.

⁴¹ Ibid., p. 209.

Já as expectativas normativas se voltam ao social, à previsibilidade que a sociedade possui quanto à atuação dos sistemas que a compõem, como o jurídico. Sustenta-se a expectativa no conhecimento dos valores, normatizados ou não, orientadores da tomada de decisão.

Ambas as espécies de expectativa são complementares. E não são estanques, modificando-se conforme os sistemas recebem novos elementos e estabelecem novas conexões.

1.2 Sistemas Jurídicos

O contributo sociológico de Niklas LUHMANN foi, pelo próprio autor, vertido para a sociologia do direito. Sob o enfoque do sistema jurídico, enquanto subsistema do sistema social, trabalhou a ideia de autorreferência, explicitando ser o próprio direito a definir os respectivos limites, fazendo-o mediante o estabelecimento da diferenciação perante o entorno⁴² e estabelecendo que a comunicação ocorre e se encerra nele mesmo. Explica:

Las comunicaciones jurídicas tienen, siempre, como operaciones del sistema del derecho una doble función: ser factores de producción y ser conservadores de las estructuras. Estas comunicaciones establecen condiciones de enlace para operaciones subsiguientes y con ello confirman o modifican, a la vez, las estructuras dadas. De esta manera los sistemas autopoieticos son siempre sistemas históricos, que parten del estado inmediatamente anterior que ellos mismos han creado. Lo que hacen lo hacen por primera y por última vez. Toda repetición es cuestión de una fijación artificial. Y son históricos también en el sentido de que deben sus estructuras a las secuencia de sus operaciones y con ello evolucionan en dirección de la bifurcación o la diversificación.⁴³

Revelam-se a autopoiese e a autorreferência na verificação de que os todos os elementos e estruturas do sistema do direito positivo “são construídos nas operações e processos próprios do sistema”⁴⁴, no âmbito do qual se estabelece sua comunicação.

De outro lado, o sistema jurídico tem por objetivo regular fatos da vida social. Em outros termos, não existe ou possui razão de ser sem uma conexão com aqueles. Mas os fatos da vida social, em si, para serem apreciados no âmbito do sistema jurídico, necessitam de jurisdicização, estabelecendo o próprio sistema jurídico ou cada um de seus subsistemas

⁴² LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad. 2003. Disponível em: <https://archive.org/details/LuhmannNiklasElDerechoDeLaSociedad/Luhmann-Niklas-El-Derecho-de-La-Sociedad/mode/2up> Acesso em: 03 ago. 2024, p. 14.

⁴³ Ibid., p. 32.

⁴⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 148.

“quais fatos são jurídicos e quais não são apreendidos pela juridicidade, quer dizer, os fatos que desencadeiam consequências jurídicas e os que são juridicamente irrelevantes. Por esse mecanismo, os fatos jurídicos, quer em sentido amplo, quer em sentido estrito, são constituídos no interior do sistema de direito, segundo suas regras de formação”⁴⁵.

A autopoiese, no âmbito do sistema jurídico, pode ser entendida como a capacidade de articulação do sistema de promover mudanças e reconstruções em si mesmo, mediante operações permeadas por fenômeno comunicativo próprio (linguagem jurídica) sem recurso ao entorno, influenciado sim pelo ingresso de novas normas em seu seio através dos processos legislativos de produção de textos legais. Importa sobremaneira aqui o artigo 3º-A do Código de Processo Penal, contendo norma confirmatória (e conformatória) dos influxos trazidos pela CF/88⁴⁶.

A assertiva não é contraditória ao já deduzido. Conforme se expôs alhures, o sistema do direito é um sistema operativamente fechado. Segundo Niklas LUHMANN, no âmbito do sistema do direito, não há de se falar na existência de *inputs* e *outputs*, “porque no hay absolutamente ninguna comunicación jurídica fuera del sistema del derecho. Esta es una de las consecuencias de las transición de las input type descriptions hacia las closure type descriptions”⁴⁷.

Isto não elimina a possibilidade de que um subsistema jurídico, notadamente pela analogia, promova esse diálogo com outro subsistema jurídico posto no seu entorno. Embora constitutivos de autonomia e autorreferenciados em si, não possuem a mesma clausura operativa que o sistema do direito possui perante outras espécies de sistemas⁴⁸. E a abertura é, muita vez, explicitada no texto legal como a possibilidade de emprego supletivo de outros textos legais afeitos a segmentos outros quando da existência de lacunas no subsistema específico.

Aquilo que é externo nisso não interfere. Mas não se deve confundir cerrado com imutável, pois a atividade legiferante constitui a forma típica de modificação do arcabouço

⁴⁵ TOMÉ, Fabiana Del Padre. O resgate da legalidade tributária. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/05/O-Resgate-da-Legalidade-Tributária.pdf>. Acesso em: ago. 2024, p. 6.

⁴⁶ VEIGA, Lucas Andreucci da. Limites Sistêmicos à Influência do Processo Civil no Processo Penal”, de minha autoria, publicado na Revista Jurídica Brasileira – Vol. 1, nº 1, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/introducao-o-constructivismo-logico-semantic-3-limites-sistemicos-a-influencia-do-processo-civil-no-processo-penal-revista-juridica-brasileira-1-03-2023/1858022618#a-317609411>. Acesso em: mar 2023.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad, Disponível em: <https://archive.org/details/LuhmannNiklasElDerechoDeLaSociedad/Luhmann-Niklas-El-Derecho-de-La-Sociedad/mode/2up>. Acesso em: 03 ago. 2024, p. 46

⁴⁸ Tome-se como exemplo os Tratados de Direito Internacional, incorporador no ordenamento jurídico interno.

jurídico. Os códigos e textos legais, como condensação da transformação de valores da sociedade, são o veículo condutor das mudanças, do que resultará a criação de novas normas, modificação e revogação de outras.

O entorno apreende antes do subsistema jurídico os valores que permeiam a sociedade em certo contexto histórico-cultural. Esses valores, enquanto não juridicizados, não podem ser comunicados ao sistema jurídico. Permite-se, sim, o ingresso de novos valores ou regras, mas não mediante árida transposição. Como leciona Lourival VILANOVA, “regras de outros sistemas requerem regra de regra que as juridicize, que as convalide”⁴⁹, o que se faz mediante a concepção, também luhmanniana, de *inputs*:

Há inafastável influência do todo em relação à parte e da parte em relação ao todo. São vetores que exercem contínua pressão, podendo resultar alteração da parte, em face das pressões advindas do sistema, bem assim modificações sistêmicas decorrentes da força que a unidade mínima pode vir a exercer sobre a noção de todo. As constantes interações que ocorrem dentro do sistema e na correlação com outros sistemas têm a potencialidade de promover alterações na parte e no todo.⁵⁰

Indo-se um pouco adiante e antecipando parte da discussão, não se quer negar a influência dos outros subsistemas do direito no espectro do processo penal. Aliás, o próprio diploma procedimental expressamente o permite, sendo a analogia e a interpretação extensivas modalidades hermenêuticas passíveis de aplicação, bem como inferências deduzidas dos princípios gerais do direito.

Até porque a apreciação de um sistema jurídico para identificação de suas normas, aqui compreendidas à luz do Constructivismo Lógico-Semântico e do fenômeno comunicacional como produto da interpretação deduzida pelo jurista, é uma atividade constante. Afinal o sistema social se modifica, seus valores se transformam, e o sistema jurídico precisa acompanhar essas mudanças. É o registro de Miguel REALE:

A vida dos modelos jurídicos obedece a essa temporalidade concreta, através do contínuo renovar-se ou refazer-se das soluções normativas, isto é, das estruturas periódicas de significados *vigentes* na comunidade, bem como das variações semânticas, que ocorrem no âmbito e duração particular de cada vigência significativa.⁵¹

⁴⁹ VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. São Paulo: Noeses, 2005, p. 19.

⁵⁰ BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistema jurídico. In O Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 253.

⁵¹ REALE, Miguel. O direito como experiência: Introdução à epistemologia jurídica. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 225.

Assim, a interpretação esta que se faz dos textos normativos, do que resultam as normas⁵², é objeto de um contexto histórico-cultural. Afinal, a “existência do ordenamento jurídico pressupõe, em primeiro lugar, um conjunto de normas jurídicas (i.e. postas por um ato de autoridade) e, em segundo, que tal conjunto constitua-se numa estrutura”⁵³. E se esta estrutura se transforma, a interpretação dela não pode permanecer imutável. As qualidades de um sistema jurídico não são perenes, mas retrato do momento sociojurídico. Daí afirmar Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO que “todo conhecimento é histórico e dialético. Histórico porque é sempre fruto de determinado momento de uma certa sociedade. Dialético porque, além de ser reflexo das condições materiais de seu tempo, atua sobre esta materialidade, alterando-a”.⁵⁴

O sistema jurídico, observando-se o direito enquanto linguagem, enfoca eventos havidos no sistema social, trazendo luz sobre eles através das prescrições gerais e abstratas das normas, o que já se denominou incidência. Nesse diapasão, aplicando enunciados sobre um fato juridicizado, interfere no sistema social, modificando-o. Dessa maneira, uma situação eventualmente aceita em determinado sistema social, uma vez observado pelo jurista, pode ser modificada, proibindo-se-a ou mesmo retirando-se-lhe a legitimidade jurídica.

Norma é uma construção linguística mas, como tal, tampouco escapa ao vício da ambiguidade⁵⁵. Tomando a lição de Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gonet BRANCO, a norma “não se confunde com o texto, isto é, com o seu enunciado, com o conjunto de símbolos linguísticos que forma o preceito”⁵⁶, ao que acrescenta Paulo de Barros. CARVALHO, indicando que se deve entender “a norma como construção ‘a partir dos enunciados’ e não ‘contida ou involucrada nos enunciados’”⁵⁷. Surge – ou com mais precisão, é criada – pela ação do intérprete, que recolhe os enunciados dos textos jurídicos e deles extrai a norma. Pode ser

⁵² GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 23.

⁵³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 654.

⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução.... p. 171. Sob a teoria tridimensional do direito, de Miguel REALE, dir-se-ia que “Se fato, valor e norma se compõem e se exigem reciprocamente, a polaridade e a implicação dos dois primeiros expressam-se através do nexó normativo. O aparecimento da regra jurídica marca o momento culminante de cada experiência jurídica particular, a qual é solidária das demais, através de conexões múltiplas, umas aparentes e facilmente identificáveis, outras subentendidas ou ocultas nas tramas das relações sociais. Daí poder-se dizer que os valores são como que fâcos luminosos que, penetrando na realidade social, se refrangem em um sistema dinâmico de normas”. REALE, Miguel. Filosofia do direito. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 489

⁵⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 281.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 18ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 46.

⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 131.

que a determinado artigo de lei corresponda uma norma, mais de uma norma ou norma alguma; ao revés, uma norma pode ser produzida a partir de enunciados de um ou mais dispositivos textuais, inclusive de hierarquias diversas, mas jamais de algum referencial posto à margem do sistema jurídico sem que tenha este observado o devido procedimento para ingresso no âmbito sistêmico. A diferença entre sistema e entorno, aqui, é imperativa.

O sistema jurídico se erige a partir de um suporte fático: os textos. Mas mesmo os textos guardam três ângulos de análise: suporte físico (substrato material), dimensão ideal construída pelo intérprete ao se debruçar sobre aquele (significação) e campo semântico-referencial (significado)⁵⁸. As normas despontam da observação desses três planos, ao final dos quais conferirão significado, no específico contexto, quando já então se revelam repletas de conteúdo. O contexto, de seu turno, “é formado por todos os enunciados com os quais um texto se relaciona”⁵⁹. Trata-se do dialogismo, relação que se estabelece por vezes indeterminadas no sistema jurídico, traduzindo-se nas relações das normas jurídicas entre si, coordenando-se e subordinando-se.

O ordenamento jurídico é um sistema proposicional, eis “que suas unidades são as normas jurídicas”⁶⁰. Tais normas, como já visto, “se relacionam mediante liames de subordinação e coordenação que fazem com que o direito adquira uma organização lógica – uma sintaxe – caracterizando-o como um sistema”⁶¹. Sendo o direito um sistema que possui como característica a autorreferência de um lado e, de outro turno, as normas se organizam hierarquicamente, há de se buscar essa norma orientadora, a qual lhe confere homogeneidade, um “princípio unificador, capaz de organizar, limitar e orientar a aplicação dos elementos que o compõem”⁶². Cuida-se do que Paulo de Barros CARVALHO denominou “axioma da hierarquia”⁶³:

postulado capaz de dar sustentação à Ciência do Direito, demarcando-lhe o campo especulativo e atribuindo unidade ao objeto de investigação. A norma hipotética fundamental, entretanto, não se prova nem se explica. É uma proposição axiomática, que se toma sem discussão de sua origem genética, para que seja possível edificar o conhecimento científico de determinado direito positivo. Ela dá legitimidade à Constituição, não cabendo cogitações de fatos que a antecedam. Com ela se inicia o processo derivativo e nela se esgota o procedimento de fundamentação.

⁵⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Op. cit., p. 176-177.

⁵⁹ Ibid., p. 179.

⁶⁰ MCNAUGHTON, Charles William. Sistema Jurídico e Ciência do Direito. In O Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 51.

⁶¹ Ibid., p. 44.

⁶² ROSA, Alexandre de Moraes da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2021, p. 107.

⁶³ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 219 e 223.

É fruto de um artifício do pensamento humano e a Filosofia do Direito a tem como pressuposto gnosiológico do conhecimento jurídico. (...)

Daí ser possível afirmar, peremptoriamente, que o princípio da hierarquia é um axioma.

Sob a perspectiva de Hans KELSEN, trata-se da norma hipotético fundamental⁶⁴. Não se trata, é bom que se o diga, da Constituição Federal⁶⁵, não somente pela diferença já observada entre textos e normas, mas sobretudo porque a natureza da norma hipotético fundamental, como discorre Lourival VILANOVA, enquanto

“condição da possibilidade do conhecimento dogmático do Direito (sua função gnoseológica) é, sintaticamente, proposição situada fora do sistema de direito positivo. Quando Kelsen diz, repetidamente, que não é norma posta (estatuída por uma autoridade ou pelo costume), mas pressuposta, podemos traduzir isso em termos de Lógica moderna: a norma fundamental é uma proposição de metalinguagem; não está ao lado das outras proposições do direito positivo, não proveio de nenhuma fonte técnica; carece de conteúdo concreto e, relativamente à matéria das normas positivas, é forma condicionante delas (forma cognoscente, hipótese epistemológica). O sistema da ciência jurídica tem na norma fundamental a condição de conhecimento do objeto (o direito positivo)”⁶⁶.

A Constituição Federal, enquanto texto, não exprime a norma hipotética fundamental. Não poderia, aliás, fazê-lo, na medida em que, para ingresso no sistema jurídico, pressupõe-se atividade própria, a qual, por consequência, implica em legitimidade do agente para promover tal ingresso. Surgiria então questionamento sobre qual norma seria esta, vez que, para se criar um sistema jurídico, haveria aprioristicamente de se lhe conferir legitimidade e, mais do que isto, inferir a existência de suas características autopoietica e autorreferencial, resultando em paradoxo. Norberto BOBBIO explicita o impasse, assentando:

“a norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar o sistema normativo é necessária uma norma última, além da qual seria inútil ir. Todas as polêmicas sobre a norma fundamental resultam da não compreensão de sua função”⁶⁷.

Disso decorre, portanto, a legitimidade do Poder Constituinte para promulgar uma Constituição e, na ótica de sistema, seu fundamento de validade⁶⁸.

⁶⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 155.

⁶⁵ BRITTO, Lucas Galvão de. Dividir, definir e classificar: conhecer é recortar o mundo. In O Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 222.

⁶⁶ VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. São Paulo: Noeses, 2005, p. 164-165

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 59.

⁶⁸ Ibid, p. 62.

1.2.1. Sistema Constitucional

Na idade contemporânea (ou no recorte mais restrito da pós-modernidade⁶⁹), um sistema jurídico de um país se estrutura a partir de sua Constituição. Seu conceito original, segundo Marcelo NEVES, foi dado por Aristóteles que, sob o termo *politeia*, a definiu como ordem da *pólis*: “[...] Constituição é a ordem (*táxis*) dos Estados em relação à distribuição dos cargos governamentais (*arkhé*) e à determinação do poder governamental supremo no Estado, como também da finalidade (*télos*) da respectiva comunidade (*koinonía*).”⁷⁰. Tal dimensão perdurou até a modernidade, quando se passou a conceber a Constituição como pacto de poder e/ou carta de liberdade⁷¹. Surgia o constitucionalismo moderno, com suas vertentes a respeito da Constituição.

Não se pretende discorrer a tal respeito, tampouco das classificações propostas para diferenciar os variados tipos de Constituição (escrita/não escrita, rígida/flexível etc.). O que importa, aqui, é compreender, tal como Niklas LUHMANN e Marcelo NEVES, este elaborando suas ideias pautando-se na teoria daquele, que “a Constituição faz parte do sistema jurídico como seu subsistema (direito constitucional)”⁷². Assume a Carta Magna de um país, na feição hodierna, com a consolidação do fenômeno da positivação do direito, o papel de orientar o comportamento das instituições de Estado e do corpo social, nisto substituindo “representações moral-legitimadoras”⁷³, das quais despontam as instituições religiosas, que antes norteavam as ações dos indivíduos e dos próprios Estados.

Em termos de função orientadora do sistema, o sistema constitucional se põe como “condição da reprodução autopoietica do direito moderno, servindo, portanto, ao seu fechamento normativo e operacional”⁷⁴. Presta-se, a um só tempo, à garantia de expectativa da sociedade e ao controle de comportamento dos indivíduos e do Estado⁷⁵.

O sistema constitucional há de ser genérico, afinal irradia (reflete) os valores contidos no âmbito da Carta. Os subsistemas postos abaixo estão hierarquicamente subordinados àquele,

⁶⁹ Os parênteses se devem há inexistência de consenso entre a definição dos períodos históricos, sobretudo quanto à denominação do atual período histórico. COELHO, Fábio Ulhoa. Biografia não autorizada do direito. Ied. São Paulo: Martins Fontes, 2021, p. 12.

⁷⁰ NEVES, Marcelo. Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 57.

⁷¹ Ibid., p. 58.

⁷² Ibid., p. 65.

⁷³ Ibid., p. 67.

⁷⁴ Ibid., p. 58.

⁷⁵ Ibid., p. 74.

mas isto não os impede de realizar trocas, realizando-se a interpretação sistemática do conjunto de normas do sistema constitucional com seus subsistemas, mas também destes entre si⁷⁶.

A atividade de criação de normas individuais e concretas tem influência na interpretação dos preceitos constitucionais, o que é sinal característico de uma sociedade hipercomplexa e em constante mudança. O que não se admite é que tanto normas gerais e abstratas como individuais e concretas que não se fundamentem nas diretrizes emanadas da Constituição. Afinal “o mundo do Direito é um mundo condicionado *ab initio* pelos horizontes da constitucionalidade, os quais compõem o centro de gravidade de todo o sistema.”⁷⁷.

Uma Constituição é o ápice da hierarquia de um ordenamento jurídico e as normas constitucionais (princípios e regras) os valores fundamentais do sistema jurídico e de seus subsistemas. Os textos jurídicos supervenientes à Carta têm, como condição de legitimidade, observar o processo legislativo naquela previsto; como condição de validade, sua conformidade/compatibilidade com a Constituição⁷⁸.

Pode ocorrer, no entanto, que a mudança seja da própria Constituição. Foi o que se deu na última Constituinte. A promulgação de uma nova Carta não implica o reescrever de todo o ordenamento jurídico, mas sim uma nova interpretação aos textos do passado. Anota Ignacio Maria Poveda VELASCO:

“As palavras são, ou deveriam ser, a roupagem das ideias, canais por onde escoam os conceitos com os quais nos expressamos. Esses conceitos por vezes sofrem mudanças com o tempo e as palavras passam, então, a traduzir significados diferentes daqueles que tiveram em seu nascedouro.”⁷⁹

Há de se fazer um alerta, no entanto. Por vezes o sentido original do vocábulo mantém sua importância, a despeito dos novos usos. A compreensão do “sentido ‘genuíno’ (...) das palavras nos ajuda a melhor empregá-las [e] o emprego moderno dos termos tem introduzido alteração substancial nos mesmos, levando a visões reducionistas ou mesmo distorcidas dos conceitos que traduziam em seu início.”⁸⁰.

⁷⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal: parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.89.

⁷⁷ REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82.

⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 2013, p. 339.

⁷⁹ VELASCO, Ignacio Maria Poveda. Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano). In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. v. 101, p. 21.

⁸⁰ Id. Ibid.

Tomando-se a cautela de não reduzir conceitos, o que pode acabar por limitar o conteúdo de conquistas históricas que, valoradas e juridicizadas, cristalizaram-se enquanto princípios constitucionais, à luz de nova Constituição, “todo o ordenamento jurídico adquire um novo pressuposto de validade, as normas incompatíveis com a nova ordem não são recepcionadas (isto é, são revogadas) e o significado (valor) que se dá a determinadas normas jurídicas é alterado.”⁸¹ Isto se explica na medida em que ela traz “os fundamentos institucionais, políticos e ideológicos da legislação ordinária”⁸², representando “uma justificação político-ideológica”⁸³.

Uma Constituição é impregnada de valores, os quais são “símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, portanto fórmulas integradoras e sintéticas para a representação de consenso social.”⁸⁴, assumindo a função de orientar comportamentos⁸⁵ do administrador, do legislador, do julgador e do próprio cidadão.

A Magna Carta, “traz em si os fundamentos institucionais, políticos e ideológicos da legislação ordinária, notadamente quando se situa, com normatividade rígida, no ponto hierarquicamente predominante de todas as fontes formais do Direito”⁸⁶. Daí o conceito de Paulo RANGEL de sistema constitucional enquanto “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”⁸⁷.

A CF/88, nessa perspectiva, considerando a teoria das classes, inscreve inúmeros princípios orientadores do processo penal, alguns explícitos, outros implícitos, além de diversas regras, todos imbuídos pelo matiz constitucional⁸⁸. A não correspondência de um texto com a norma, viu-se alhures, não implica na existência da norma, sendo esta obtida pela interpretação.

⁸¹ CASARA, Rubens R. R. Interpretação retrospectiva, Constituição e Processo Penal. *In Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, 2003. p. 205.

⁸² MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. *In Processo Penal e Constituição Federal*. Coords. Hermínio Alberto Marques Porto e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 13.

⁸³ STRECK. Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. *In Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-jun., p. 18.

⁸⁴ FERRAZ Júnior, Tercio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.150-151.

⁸⁵ *Ibid.* p.154-153.

⁸⁶ MARQUES, José Frederico. O processo penal... *Op. Cit.*, p. 13.

⁸⁷ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 39.

⁸⁸ “assim como o Direito Penal material, também o Direito Processual Penal seria um sub-sistema aberto, servindo o modelo de processo penal respectivo para a exteriorização das proposições de política criminal no *modus* a validade jurídica (aqui o seu aspecto funcional), nos limites fixados pelos valores e princípios constitucionais postos pelo modelo de Estado (aqui o seu aspecto garantista)”. FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 46.

Nesse diapasão, ainda que a Constituição não escreva o *nomen iuris* do princípio, isto não afasta seu assento constitucional, se e quando se puder revelá-lo pela interpretação sistêmica⁸⁹.

Os princípios, “regra matriz de um sistema, da qual brotam as demais normas, e serve para dar uniformidade ao conjunto”⁹⁰, percorrem todo o texto constitucional, ora versando sobre direitos e garantias individuais, ora definindo os papéis dos participantes do sistema processual penal. Eventuais contraposições entre eles (e não são poucas, como adiante se verá) se resolvem, na solução da antinomia aparente, mediante a compatibilização (ponderação) voltada à análise do caso concreto, mesma solução empregada no âmbito do sistema e das normas gerais e abstratas. Isto porque os princípios constitucionais, apreendidos a partir do texto, são dotados de maior grau de indeterminação⁹¹. Mas, a despeito de eventual indeterminação, a CF/88, registra José Frederico MARQUES, assenta, indica a linha mestra ao intérprete:

“Fácil é verificar, do que foi exposto, que a vigente Constituição procurou garantir o direito de liberdade dos réus e acusados, no processo penal, com regras e normas de evidente clareza, altamente salutares e eficientes. Dentro desse quadro, a jurisdição penal tem condições de atuar, através dos Juízes e tribunais, de modo a fazer do processo, dentro das contingências humanas, um instrumento de garantia da liberdade e do *status dignitatis* dos acusados, com um procedimento que não seja meio e modo de perseguições indevidas, mas, ao reverso, a configuração do processo justo em que a lei penal seja aplicada, dando-se a cada um o que é seu.”⁹²

No caso brasileiro, ao erigir os fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, a CF/88 destaca a dignidade da pessoa humana (cuja delimitação será abordada em tópico próprio). Ainda que expressa não estivesse, concebê-la como elemento fundante do sistema não significaria desprezo ao remanescente do texto constitucional, pelo contrário: compreendendo a natureza hierárquica e de subordinação inerente às relações constituídas entre as normas jurídicas, a dignidade da pessoa humana assume papel superior às demais normas, inclusive constituições. É a razão de ser do Estado brasileiro. Alçá-la à condição superior indica a existência de uma valoração, do que decorre uma juridicização do valor, possibilitando o fechamento do sistema⁹³. A tarefa do intérprete, ao buscar na diretriz constitucional os

⁸⁹ COLOMER, Juan Luis Gómez. Los principios del nuevo código procesal mexicano. In *¿Acusatorio o adversarial*. Revista Inmexius. n. 2, fev. 2017, p. 7.

⁹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034.

⁹² MARQUES, José Frederico. O processo penal ... Op. Cit., p. 20.

⁹³ MCNAUGHTON, Charles William. Sistema Jurídico e Ciência do Direito. In *O Constructivismo Lógico-Semântico*. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 47.

fundamentos de validade das normas inferiores conforme os recortes da área do direito sobre a qual volte seu olhar, permitirá mais firme ancoragem na apreciação dos subsistemas.

1.2.2.1. Sistema Internacional

Os diplomas internacionais, conquanto crescente a adesão dos Estados, ao menos no que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, “até hoje o direito interno propugna sempre a sua sufragação”, uma vez que “o ponto de partida é a realidade própria e original do direito interno.”⁹⁴

A Emenda 45/2004, inserindo o § 3º no artigo 5º da CF/88, possibilitou que os tratados e convenções internacionais versando sobre direitos humanos, aprovados na forma e pelo quórum atinente às emendas constitucionais, ingressariam no ordenamento jurídico interno brasileiro com *status* constitucional. Cuida-se o dispositivo legal de um *input*, um acoplamento permissivo ao ingresso de normas de outro sistema (sistema internacional), veiculadas por textos legais (tratados), no sistema constitucional brasileiro.

Faz-se, antes de tudo, uma ressalva à redação do § 3º no artigo 5º da CF/88. A interpretação do texto indica a criação de duas categorias distintas, em consonância com o quórum verificado na sua aprovação, como anota Flávia PIOVESAN:

“todos os Tratados Internacionais de Direitos de Direitos Humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.”⁹⁵

Para efeitos de interpretação do sistema constitucional e a sua reflexividade sobre os demais subsistemas, diferença alguma há se tais normas são formalmente constitucionais. Isto importa tão somente quanto à possibilidade de serem passíveis de denúncia aqueles apenas materialmente constitucionais. Ostentam todos, no entanto, a condição de cláusulas pétreas⁹⁶. Hoje não mais é possível conceber o sistema processual penal sem os diplomas internacionais. Anota Gustavo Henrique BADARÓ:

⁹⁴ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 15.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. *In* Reforma do judiciário, analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 72.

⁹⁶ *Ibid*, p. 73-74.

“diversas garantias processuais asseguradas na Constituição e em Tratados e Convenções de Direitos Humanos, embora tenham operacionalidade isoladamente, ganham força quando atuam de forma coordenada e integrada, constituindo um sistema ou um modelo de garantias processuais. Há, assim, um sistema circular que, em conjunto, assegura em níveis cada vez mais elevados, a proteção do indivíduo por meio do processo penal”.⁹⁷

Dentre os componentes do sistema internacional estão as Cortes de Direitos Humanos, com destaque para a Interamericana. Suas decisões sobre violações ocorridas em seus países membros por vezes induzem a mudanças legislativas. Nesse sentido, o México, condenado no âmbito regional por violação a direitos humanos no âmbito do processo, ao que se somaram outros fatores, conduziu diversas modificações legislativas que resultaram na implementação de um processo penal acusatório a partir de 2008⁹⁸.

Para além dos textos das convenções e tratados, assume relevo a compreensão de que o Direito Penal Internacional “é um complexo de normas mediante as quais o ordenamento jurídico interno busca, em relação a questões penais, resolver problemas impostos ao Estado em virtude da coexistência com outros Estados soberanos.”⁹⁹

Exemplos de documentos fundamentais, especificamente no que concerne aos direitos individuais do acusado, são o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contendo garantias originalmente não previstas no Código de Processo Penal e Constituição Federal. É nesse contexto que Luiz Flávio GOMES e Valerio de Oliveira MAZZUOLI advogam a concepção do Estado Brasileiro como um “Estado constitucional e internacional de Direito”:

“Considerando-se que o estado constitucional e internacional de Direito conta com uma tríplice fonte normativa (Constituição Federal, tratados, convenções e pactos de Direito Internacional dos Direitos Humanos e legislação ordinária), já não se concebe estudar o princípio do devido processo e suas garantias mínimas sem que sejam levados em conta esses três níveis normativos.”¹⁰⁰

Os diplomas internacionais, portanto, ao ingressarem no ordenamento jurídico interno mediante o respectivo *input*, passam a compor o sistema comunicacional deste.

1.2.2. Sistema Processual

⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 22-23.

⁹⁸ ANTONIO, Alejandro Magno González. Los Derechos Humanos en la construcción de un Proceso Penal Acusatorio Latinoamericano. *In* Influencia del modelo adversarial em nuestros sistemas procesales. Revista *Inmexius*. n. 10, out. 2017, p. 30.

⁹⁹ CRETILLA NETO, José. Curso de direito internacional penal. Ijuí: Unijuí, 2008, p, 27.

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

Sistema processual ou sistemas processuais? A Teoria Geral do Processo, longamente difundida no Brasil, defende que a ciência processual se faça uma. Pode se dizer que por aqui seu marco definitivo é a obra de Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Candido Rangel DINAMARCO, na qual pontuam os autores:

Como é una a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar.¹⁰¹

Não se negue que, à luz da Teoria das Classes, processo penal e processo civil de fato integram o mesmo grupo, o gênero processo. Como anota Fredie DIDIER JUNIOR, “pode-se restringir a generalidade da teoria a um grupo de objetos, selecionados com base em algum elemento comum. Fala-se, então, em uma teoria particular. Trata-se de um grau de abstração entre o geral e o individual.”¹⁰². Nesse sentido, o autor compreende que a própria Teoria Geral do Processo é um excerto da Teoria Geral do Direito.

É preciso, antes de tudo, compreender o que seja processo. E, neste aspecto, tampouco há consenso. Fredie DIDIER JUNIOR elenca três vertentes do conceito de processo¹⁰³: como método de produção de norma jurídica (no caso, a norma individual e concreta, por ato jurisdicional); como ato jurídico complexo (processo como procedimento em contraditório); como conjunto de relações jurídicas (constituindo uma única relação jurídica complexa que se estabelece do conjunto das interrelações entre os participantes do sistema). Aponta o autor que nenhuma das alternativas é suficiente à apreensão de todas as características do que seja processo, buscando redefinir tal objeto, propondo concebê-lo enquanto “processo jurisdicional como o ato jurídico complexo pelo qual se busca a produção de uma norma jurídica por meio do exercício da função jurisdicional.”¹⁰⁴. Seria a Teoria Geral do Processo, sob tal aspecto, uma sobrelinguagem¹⁰⁵.

¹⁰¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

¹⁰² DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 3ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 47.

¹⁰³ Ibid., p. 79-86.

¹⁰⁴ Ibid., p. 85.

¹⁰⁵ Ibid., p. 89.

Toda classificação é um recorte. Escolhem-se um ou mais sinais característico distintos e todos aqueles objetos que os exibam irão pertencer. Assim, constituem uma classe todos os objetos que possuam todos os requisitos denotados do termo (conotação).

Sob tal ótica, a de jurisdição, é possível compreendê-la como princípio unificador do sistema processual, apartando-o de outros sistemas também ditos processuais, como o legislativo e o administrativo.

Registra Paulo Ayres BARRETO que a “divisão do direito em ramos didaticamente autônomos diz respeito aos princípios informadores de seus diversos ramos. Reconhecer a unicidade do direito não autoriza o baralhamento de princípios específicos que regem cada um de seus ramos”¹⁰⁶. A diferenciação, percebe-se, não ocorre somente entre os diversos sistemas, comunicativos ou não, ocorrendo também no âmbito do sistema social frente aos subsistemas que o compõe. Os princípios constitucionais dão a tônica dos subsistemas processuais.

O direito, apreciado em sua dimensão sistêmica, se constrói pelas relações estabelecidas entre seus enunciados, dos quais se extraem princípios e regras, cabendo àqueles a tarefa de funcionarem enquanto mandamentos de otimização do sistema e estas prescrevendo comportamentos permitidos, obrigatórios ou proibidos¹⁰⁷, o que não cabe aos primeiros, mais gerais¹⁰⁸. Ou, na simplificação proposta por Fábio Ulhoa COELHO, “no primeiro caso, temos padrões que cuidam de grandes temas jurídicos; no segundo, os padrões dizem respeito a temas pontuais”¹⁰⁹. Não obstante as particularidades das espécies normativas, permeiam todo o sistema jurídico, referenciadas sempre na Constituição, espraiando-se tal influência sobre todos os demais subsistemas:

O direito processual não se separa da constituição: muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação das garantias jurídicas. Sobre os princípios políticos e sociais da constituição edificam-se os sistemas processuais, num inegável paralelo entre o regime constitucional e a disciplina do processo.¹¹⁰

¹⁰⁶ BARRETO, Paulo Ayres. Ordenamento e sistema jurídico. In *O Constructivismo Lógico-Semântico*. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 266-267.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. Conceito e validade do Direito. Org. Ernesto Gastón Valdés [et. al.]; trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.85.

¹⁰⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p.57.

¹⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Biografia não autorizada do direito. 1ed. São Paulo: Martins Fontes, 2021, p. 170.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. VII.

Mas mesmo em sua essência, ou seja, no feixe fundamental de princípios que inspira cada qual, já exibem algumas diferenças. Um sistema processual encontra sua legitimidade no sistema constitucional, sendo somente através dele, pela sua finalidade instrumental, que se garante um direito normativamente declarado. Não há como compreender o processo dissociado da Constituição em vistas de ser aquele a garantir a efetivação das garantias jurídicas nesta inscritas¹¹¹, maximizando-as, “pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário”¹¹². Nesse sentido, “o processo não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país”¹¹³.

O referencial do sistema processual será sempre o sistema constitucional, havendo relação de codependências aos Direitos Fundamentais: “as normas positivadas recebem legitimação pelo Devido Processo Legal que, por sua vez, só é dotado de legitimidade porque desenvolve-se respeitando as demais garantias constitucionais”¹¹⁴. Nesse contexto, impõe-se “imprescindível a coordenação entre direito, processo e democracia, o que ocorre pelo desejável caminho da Constituição, porquanto, institucionalizando a proteção dos mencionados direitos, reconhece-se que somente pela via democrática atingirão sua plena efetividade”¹¹⁵.

Em complemento, com esteio em Miguel REALE, cuida-se da efetivação da tutela dos bens culturais, que demandam um “*suporte* (ponto de apoio ou meio de realização axiológica) e um *significado* (expressão ou sentido do valor do bem realizado) e algo mais que é o elo ou a razão unitária daquele complexo de implicação e de correção, quer se chame *lei, forma, norma, domínio econômico* ou *senhorio*.”¹¹⁶ Nessa linha, o sistema processual constitui esse elo, realizando e efetivando através do processo (suporte) os valores constitucionalmente relevantes.

O sistema processual (gênero), centrado no conceito de jurisdição enquanto poder, função e atividade¹¹⁷, realização de “uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se

¹¹¹ Ibid., p. VII e 160.

¹¹² LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 34.

¹¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

¹¹⁴ SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Fishing Expedition e o encontro fortuito na busca e apreensão: um dilema oculto no processo penal. 2ed. Florianópolis, Emais, 2022, p. 40.

¹¹⁵ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41.

¹¹⁶ REALE, Miguel. Filosofia do direito. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 343.

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. 35ed. São Paulo: Juspodvim, 2024, p. 259. Discorrem os autores: “como *poder*, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como *função*, expressa o encargo que têm os órgãos jurisdicionais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como *atividade* ela é o

este como a *capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões*¹¹⁸, admite diversas classes, dentre as quais o subsistema processual penal (espécie), sobre a qual se debruçará a seguir. Antes, porém, necessário diferenciá-lo, em linhas gerais, do processo civil¹¹⁹, visto que este se volta à tutela das relações de direito privado, enquanto o processo penal legitima o Estado a proceder à determinação da culpabilidade de alguém por uma ofensa criminal.

É inegável que, pertencentes ambos à classe dos sistemas processuais, o processo civil e o processo penal exibem princípios comuns, revelados na CF/88. Firmados na mesma norma hipotético fundamental, a dignidade da pessoa humana, verifica-se uma unidade quanto aos referencias do devido processo legal, juiz natural, contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição enquanto orientadores de ambos os subsistemas.

A nota diferencial pode ser percebida na finalidade (mas não só nela) à qual se destina cada subsistema. Prevalece no curso do litígio processual civil a autonomia da vontade das partes, as quais podem abdicar da defesa ou renunciar a certos direitos ou meios de prova¹²⁰; no âmbito do processo penal¹²¹ tanto o imputado não pode deixar de se defender como o Estado deve garantir que este tenha uma defesa, inclusive conferindo um defensor quando da renitência ou resistência do próprio acusado em constituir advogado.¹²² A partir dessas constatações, Julio B. J. MAIER concebe a diferença entre os subsistemas:

Así, al principio dispositivo con todas sus consecuencias (disposición material del objeto del proceso, onus probandi, impulso procesal de parte, caducidade), próprio del Derecho procesal civil, se opone, en el Derecho procesal penal, la oficialidade de los poderes que se otorgan y su contenido, la promoción necesaria de la persecución penal no bien se tenga noticia de la sospecha sobre la comisión de um delito (legalidad) y la investigación oficial de la verdad histórica por encima de la inactividad de los interesados.¹²³

complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo, exercendo o *poder* e cumprindo a *função* que a lei lher comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo adequadamente estruturado (devido processo legal).”

¹¹⁸ Ibid., p. 47.

¹¹⁹ Consoante Niklas LUHMANN, em raciocínio que aqui se estende aos subsistemas, isso importa para “la especificación de la función del derecho, esto es, la orientación hacia un problema social específico”. LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad, Disponível em: <https://archive.org/details/LuhmannNiklasElDerechoDeLaSociedad/Luhmann-Niklas-El-Derecho-de-La-Sociedad/mode/2up>. Acesso em: 03 ago. 2024, p. 40

¹²⁰ MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal... p.164.

¹²¹ À exceção das ações penais privadas e das medidas despenalizadoras.

¹²² “Falar no direito do ser humano à liberdade é falar do direito do Estado de limitá-la ou mesmo restringi-la drasticamente, em nome de interesses difusos que se ocultam na vaga expressão ‘interesse público’. É falar, em suma, no processo penal”. SUANNES, Aduato. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 130

¹²³ MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal... p.165.

Isto denota que a mostra que, conquanto partindo das mesmas bases estatuídas na Magna Carta, processo civil e processo criminal, pertencentes à classe dos processos¹²⁴, constituem subsistemas próprios, o que se constata na verificação das finalidades e mesmo um acurado exame dos princípios informadores.¹²⁵ Ademais, por possuir o processo penal também a finalidade de assegurar ao indivíduo submetido à persecução penal o respeito aos seus direitos e garantias individuais, não possui a mesma flexibilidade de estabelecer consensos como no processo civil.¹²⁶

1.2.2. Sistema Processual Penal

O CPP/41, centro gravitacional da porção do ordenamento jurídico que cuida da solução do caso penal¹²⁷, não possui propriamente o que se pode denominar de uma parte geral, como o tem o Código Penal de 1940, reformado nessa parte em 1984, e o Código de Processo Civil de 2015. Constitui uma parte geral “excerto de determinado diploma normativo [...] composta por enunciados normativos aplicáveis às demais parcelas do mencionado diploma e, eventualmente, até mesmo a outras regiões do ordenamento jurídico”¹²⁸.

¹²⁴ “En realidad, la cesura entre Derecho material y Derecho procesal, sobre todo en lo que respecta al Derecho penal y procesal penal, y la asimilación de los derechos procesales tiene su justificación en la divergencia normativa entre Derecho material y Derecho procesal y la similitud normativa de la regulación jurídica del Derecho procesal, respectivamente. La identidad genérica de la función que cumplen los derechos procesales se traduce en la utilización de un mismo tipo de normas jurídicas que, para el caso del Derecho procesal penal, son conceptual y estructuralmente distintas a las del Derecho penal. Em efecto, no se trata aquí de mandatos y prohibiciones, que limitan la libertad natural del hombre y determinan el ámbito de su libertad jurídica de ciertos actos humanos lícitos – permitidos y que generan consecuencias jurídicas –, de las condiciones de su validez y de las consecuencias que producen en el mundo jurídico”. Ibid., p.156

¹²⁵ Há, e isto é inegável, interpenetração entre os subsistemas de um sistema jurídico. No campo do processo penal, inclusive, há expressa referência à possibilidade do uso da analogia e da interpretação extensiva como modalidades hermenêuticas, funcionando para suprir lacunas, realizada a devida tradução.

¹²⁶ “Todavía, não se pode submeter o processo penal às intensas e inúmeras flexibilizações, mitigações e demais formas de um processo (civil) acentuadamente maleável. Assim, o redimensionamento das formas processuais tem sua razão de ser no sentido de: a) permitir a compreensão do papel das garantias processuais penais para a ideia de devido processo penal ou justo processo penal; b) romper com a lógica privativista da teoria das nulidades imantada por princípios canalizadores de uma concepção na qual os requisitos de validade de ato aparecem não mais como ‘meras sugestões normativas’, subordinadas sempre ao ‘conteúdo’, ‘mérito’ ou ‘questão de fundo’; c) redimensionar a teoria das nulidades às garantias constitucionais, o que implica abandonar a visão ‘compatibilista’ entre CPP e Constituição da República; d) denunciar a atual teoria das nulidades como prenhe de categorias que permitem o fluxo de ilegalismos congênitos (caráter amórfico do sistema inquisitorial); e) reencontrar a forma processual no âmbito de um sistema processual democrático, caracterizado – em alinhamento com o modelo acusatório – pela rigidez dos requisitos de validade dos atos processuais”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, Ob. cit. p.179.

¹²⁷ A opção pela expressão “caso penal” em detrimento de “lide penal” será desenvolvida mais à frente.

¹²⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 3ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 95.

À falta desta, que de forma simplista faz as vezes de manual de utilização e interpretação do subsistema, há disposições (*inputs*) que autorizam a comunicação com outros sistemas jurídicos. O artigo 3º do CPP/41 é um deles, referindo aos “princípios gerais do direito” como forma de superar lacunas. No entanto, isto “não autoriza a importação de regras específicas de outro ramo do Direito. Esses princípios gerais somente podem ser para cá trazidos se forem compatíveis com a finalidade do processo penal”¹²⁹, sendo descabida sua aplicação automática, notadamente sem a filtragem constitucional e a compatibilidade com os específicos princípios informadores do sistema processual penal.

A ausência de uma parte geral sistematicamente organizado no CPP/41 implica na necessidade de uma subordinação mais direta aos valores constitucionais. E permite reafirmar que o sistema processo penal, especialmente no âmbito do sistema jurídico brasileiro, é aquele possuidor de mais estreita relação com a Constituição, sendo o que com esta “mais se encontra preso e em imediato contato”¹³⁰.

É clássica e absolutamente pertinente a metáfora de Claus ROXIN e Bernd SCHÜNEMANN, no sentido de que o processo penal é sismógrafo da Constituição de um Estado, repetida (com imensa razão) como se fora um mantra. Menos conhecido é o complemento da frase: “En ello reside su actualidad poética, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial em la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del proceso penal”¹³¹.

As normas processuais devem, pois, ser veículos de concretização das disposições constitucionais¹³², constituindo, “uma exigência não só metodológica e jurídica, mas também político-institucional”¹³³.

Sempre importante reafirmar, o direito é um fenômeno cultural. Corresponde, idealmente, à cultura de uma sociedade em um determinado espaço de tempo, irradiada pela respectiva Constituição vigente, a qual contém os fundamentos estruturantes do sistema jurídico. Daí a capacidade “operatividad del sistema acusatorio penal, a través, de sus principios de contradicción e inmediateción, debe ponderar la formación profesional en el litigio y en los

¹²⁹ SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 152.

¹³⁰ MARQUES, José Frederico. O processo penal... Op. Cit., p. 14.

¹³¹ ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal. Traducción de la 29ª edición. 1ed. Buenos Aires, Didot, 2019, p. 68.

¹³² DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., p. 159.

¹³³ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 43.

medios alternos de solución de conflictos, en el contexto de nuestras normas legales y la cultura nacional.”¹³⁴.

Trazendo-se a questão das normas constitucionais (princípios e regras) enquanto diretivas sistêmicas, vale pontuar, no âmbito da Teoria das Classes, que mesmo as diretivas constitucionais se subordinam à busca pela efetivação da dignidade da pessoa humana. Esta orientação se coloca hierarquicamente no ápice do sistema, condicionamento, mediante subordinação, os princípios constitucionais explícitos e implícitos, os diplomas internacionais e a legislação infraconstitucional. O processo penal, sistematizado sobretudo no âmbito legal, sorve diretamente o comando constitucional.

Retomando-se Niklas LUHMANN, um sistema adquire sua identidade, sua completude ou, com maior precisão, se apresenta na forma clausurada operativa, a partir da diferenciação do entorno. Diferenciar significa distinguir, como observado alhures. Nesse sentido, mesmo em se tratando de sistemas processuais penais de diferentes países, nem sempre é possível observar uma simetria. Especificamente quanto aos sistemas jurídicos ocidentais, nos quais o brasileiro tem sua origem, há duas grandes famílias. Poder-se-ia, em verdade, defini-los como modelos, em consonância com a definição de modelo trazida por Miguel REALE:

Cada modelo expressa, pois, uma ordenação lógica de meios a fins, constituindo, ao mesmo tempo, uma preordenação lógica, unitária e sintética de relações sociais. (...) os modelos jurídicos não são meras criações da mente, mas sim o resultado da ordenação racional do conteúdo das normas reveladas ou formalizadas pelas fontes de direito, para atender aos característicos de validade objetiva autônoma e de atualização prospectiva dessas mesmas normas.¹³⁵

A despeito das considerações, denominados enquanto sistemas ou modelos¹³⁶ (continuar-se-á referindo como sistema frente à consolidação de tal vocábulo), necessária breve incursão nas características historicamente atribuídas a cada qual. Como assenta Salah H. KHALED JUNIOR, tal incursão ao passado é fundamental, visto que

¹³⁴ LÓPEZ, Miguel Ángel Aguilar. Influencia del modelo norteamericano em los procesos penales acusatorios em Latinoamérica. *In* Influencia del modelo adversarial em nuestros sistemas procesales. Revista *Inmexius*. n. 10, out. 2017, p. 24-25.

¹³⁵ REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 40.

¹³⁶ “Para modelizar uma realidade sistêmica, o que primeiro importa conhecer é o resultado do seu funcionamento, ou seja, os seus objetivos (caso se trate de um sistema), funções (em um subsistema) ou restrições (em um ecossistema). Os pormenores serão progressivamente conhecidos, mas numa abordagem inicial podem permanecer vagos. Pelo contrário, a abordagem clássica da realidade começa por se inteirar dos pormenores, mas despreza completamente os objetivos de um sistema, até mesmo por evitar a teleologia e preocupar-se, primariamente, com as previsões em um estado de incerteza estruturada”. PUGLIESI, Márcio. Teoria do direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

o problema da definição dos sistemas não é meramente acadêmico. Não é apenas questão de divergência doutrinária que motiva a interrogação quanto à caracterização dos sistemas. Pelo contrário: é na definição radical – no sentido de atingir a raiz do problema – do sentido do sistema acusatório e do sistema inquisitório que reside boa parte da esperança de superação da desmedida ambição de verdade que historicamente tem soterrado as pretensões de estabelecimento de um processo justo e democrático, como se espera de um Estado Democrático de Direito.¹³⁷

Contribui com tal reflexão Alberto BINDER, anotando que

careceria de utilidade um simples relato histórico que não tivesse capacidade de nos mostrar o seu presente. Toda história constrói-se desde o presente. Não somos nem escravos do passado nem podemos nos desfazer dele: é uma combinação que às vezes nos empurra para frente e em outras tantas nos impede de avançar. Mas está aí.¹³⁸

Assim, conclui o autor argentino, “trata-se, em suma, de decompor o genético em suas presenças; nesse sentido a história é *análise do presente, enquanto história*”¹³⁹. Nesse sentido, historicamente, pode-se diferenciar um e outro sistema, sobretudo, pelos respectivos princípios unificadores¹⁴⁰. Faz-se a seguir a separação, para fins de estudo das respectivas gêneses e características identificadoras. No entanto, no curso da história, ela nem sempre é clara e, muitas vezes, convivem e se interpenetram. Até porque ambos os sistemas atendem a “razões políticas. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica (entre tantas), foram altamente relevantes mas, decididamente, secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas”¹⁴¹.

É lembrar, a título de ressalva, que, na prática, “os sistemas penais, na mais estreita colaboração com os sistemas políticos e econômicos assessorados (mediante lei ou sentença), [conduziram processos de] opressão, controle e neutralização – inclusive pelo extermínio – de grupos socialmente identificáveis”¹⁴².

Às vezes a leitura histórica realizada pelo jurista ou pelo cientista do direito, quando se debruça para compreender todos esses movimentos no curso dos séculos, perde um pouco dessa

¹³⁷ KHALED JR, Salah H. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. Ied. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

¹³⁸ BINDER, Alberto. A rede inquisitorial: história e tradições na configuração da justiça penal. In p. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). Sistemas processuais penal. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 115.

¹³⁹ Ibid.. p. 115.

¹⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução..., p. 165.

¹⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 183, ano 46. jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: jun. 2023, p. 10.

¹⁴² BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro. Vol. 1. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 23.

dimensão humana individual daqueles que foram submetidos às agruras dos sistemas punitivos. Ao se centrar nos textos, aspectos políticos e econômicos e movimentos transacionais, o ser humano e suas mazelas acabam recebendo menor atenção do que mereceriam. O escorço a seguir certamente padece desse vício, ficando o alerta de que não se pode esquecer, conquanto nem sempre expressado, que as opções pelas formas de controle tiveram consequências nefastas.

Passe-se, pois, a breve retrospecto, destacando, mais do que os períodos e sutis mudanças, as noções que foram sendo paulatinamente incorporadas a cada um dos sistemas, conferindo-lhes a feição que hoje exibem enquanto produto de um constructo histórico

1.2.2.1. Sistema Inquisitório

Luigi FERRAJOLI situa a origem do sistema inquisitório no período do Império Romano, substituindo o acusatório quanto aos “*delicta publica*, a começar pelos *crimina laesae majestatis*”¹⁴³. Não teve longevidade ou maior extensão no âmbito de sua aplicação. No entanto, traços de inquisitorialidade podem ser detectados no direito penal visigótico, conforme se abandonavam ideais acusatórios dos tempos tribais, convivendo com duelos, ordálias e outras formas de julgamento afins.¹⁴⁴

Ressurgiria o sistema inquisitório entre os séculos XII e XIII, como forma de permitir à Igreja Católica Apostólica Romana, então já consolidada como portentoso ator político, uma pronta resposta ao que denominava “práticas heréticas”¹⁴⁵. Estabelece-se o direito canônico, cujos procedimentos eram predominantemente instaurados de ofício ou pela *denunciatio* e tendo por objetivo a busca da verdade material (*veritas delicti*)¹⁴⁶. Inicialmente estabelecido como uma forma de controle disciplinar, esse novo ramo do direito, com o passar dos anos, passou a perseguir os hereges, convertendo-se na Inquisição¹⁴⁷, uma união entre a Igreja e os Estados, interessados todos no controle dos fiéis e cidadãos¹⁴⁸, promovendo o confisco, que “deixou de ser *lesão contra a vítima* e passou a significar *delito contra o soberano*, isto é,

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 453.

¹⁴⁴ BATISTA, Nilo. Op. Cit., p. 98-101.

¹⁴⁵ POLI, Camilin Marcie de. Sistemas processuais penais. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 51.

¹⁴⁶ AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In WINTER, Lorena Bachmaier (coord.) Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 57.

¹⁴⁷ Ibid., p. 55.

¹⁴⁸ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 69-71.

quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como *inimizade* contra o soberano”.¹⁴⁹

É nesse contexto que “aparece um personagem totalmente novo, sem precedentes no direito romano: o procurador, [que] vai se apresentar como o representante do soberano, no rei ou do senhor”¹⁵⁰. Importante anotar que, nesse período, o Estado e a Igreja, aliados de ocasião, mas continuamente disputando o primado do controle sobre corpos e almas, buscavam retirar dos senhores feudais o poder de dizer o direito, centralizando-o em cada uma dessas instituições conforme a natureza temporal ou espiritual. Opera-se, na Europa continental, o processo de recepção do direito romano¹⁵¹.

Assim, o sistema inquisitivo se tornou meio de acossamento não só aos ímpios, pela Igreja, mas aos dissidentes políticos, pelo Estado. Exemplo daquela foi a Bula *Ad Abolendam*, primeira a anunciar a perseguição aos hereges¹⁵², e desta última a codificação erigida por Frederico II¹⁵³. A confissão despontava como rainha das provas em um sistema de prova tarifada, admitida da tortura como meio legítimo de se atingir a verdade, pois invariavelmente resultando na admissão dos pecados imputados.

Foi no IV Concílio de Latrão de 1215 que “se estabeleceu a obrigatoriedade da confissão privada anual, o caráter supérfluo da acusação formal e a supervalorização dos indícios e das suspeitas”¹⁵⁴, antecedendo os tribunais da Inquisição, que seriam criados dezesseis anos depois¹⁵⁵. Foi também nesse contexto que, “por estratégias de poder, o juiz deitou de ser um espectador impassível das provas para se tornar o protagonista do sistema de busca da verdade”, mais especificamente a “verdade real”.¹⁵⁶ O processo passou a ser iniciado ordinariamente pela delação em lugar do exercício do direito de ação¹⁵⁷. Crime e pecado se confundiam, constituindo antes uma lesão à ordem divina¹⁵⁸, concebendo-se a pena como expiação¹⁵⁹. De se notar que o direito canônico, indisfarçadamente inquisitorial, foi o primeiro sistema jurídico dito moderno do ocidente¹⁶⁰, constituindo o “contraponto histórico entre a tradição germânica

¹⁴⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 1º Vol. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 392-393.

¹⁵⁰ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 2005, p. 65.

¹⁵¹ BINDER, Alberto. Op. Cit., p. 120 e 121.

¹⁵² POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 71.

¹⁵³ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 59.

¹⁵⁴ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 86.

¹⁵⁵ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 87-88.

¹⁵⁶ CASARA, Rubens R. R. Op. Cit., p. 170-171.

¹⁵⁷ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 94.

¹⁵⁸ BINDER, Alberto. Op. Cit., p. 122.

¹⁵⁹ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 98.

¹⁶⁰ BINDER, Alberto. Op. Cit., p. 121.

e a inquisitorialidade da prática sinodal”, admitindo-se três modelos de procedimento: por acusação, por denúncia ou por inquisição¹⁶¹.

Para Alberto BINDER, “a tradição do delito como infração e como desobediência constitui um dos eixos da configuração dos sistemas que chamamos inquisitoriais, muito mais ainda que outras características, tais como a escrita ou o caráter subordinado do juiz”¹⁶². Isto foi fundamental para a “estatização” do direito penal, avocando o Estado (e/ou a Igreja) o direito de punir não enquanto lesão ao direito de outrem, mas pela quebra do pacto social (logo, desobediência às regras comunitárias), do qual seria o garante.

As monarquias absolutistas do Século XVI se apropriaram dessa sistemática inquisitorial em consolidação, deslocando apenas o eixo de afetação do delito à ordem da comunidade para uma afronta à ordem emanada do monarca, que passa a ser criador e administrador do direito, substituindo a ideia de um direito gestado no âmbito da comunidade para um direito outorgado pelo soberano, convertendo-se em instrumento de administração dos súditos. O delito é, pois, a desobediência da norma (real) e não a ofensa ao bem de outrem¹⁶³.

Foi nesse contexto e sob esse propósito que, em 1532, foi promulgada a *Constitutio Criminalis Carolina*,¹⁶⁴ visando de unificar o direito no Sacro Império Romano Germânico. Seu matiz era indiscutivelmente inquisitório, admitindo-se a tortura e considerando *confessio est regina probationum*, servindo não apenas como garantia probatória, mas também como reconciliação com Deus. De maneira aparentemente paradoxal, admitia-se a ação privada, de perspectiva acusatória, muito mais difícil de conduzir a uma condenação em vistas das dificuldades probatórias mas que, no seu insucesso, podia ser convertida em procedimento oficial inquisitório. Daí se dizer que vigorava um sistema inquisitório “encoberto”¹⁶⁵.

No entretempo, na Península Ibérica vicejam sobretudo os tribunais eclesiásticos. Sequer o defensor do acusado tinha um verdadeiro papel de buscar resguardar seus direitos. Anota Alberto BINDER, realçando a Inquisição Espanhola:

Essa estrutura burocrática-organizacional estava a serviço (ou era nutrida por isso, possivelmente em uma relação dialética) de um tipo de procedimento já muito conhecido. Uma atuação secreta, formalista, que girava em torno do interrogatório, sem possibilidade de defesa e sem que o acusado conhecesse as imputações. Uma permanente instância à confissão, inclusive através da tortura. O advogado defensor

¹⁶¹ BATISTA, Nilo. Op. Cit., p. 233.

¹⁶² BINDER, Alberto. Op. Cit., p. 121-122.

¹⁶³ Ibid., p. 122 e 123.

¹⁶⁴ “Embora o imperador não pudesse impor a Carolina aos senhores alemães, estes começaram a adotá-la e ela serviu de base para quase todo o direito penal comum vigente até a codificação”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 390.

¹⁶⁵ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 60-61.

era, geralmente, um empregado da mesma inquisição, que procurava, antes de tudo, a confissão do seu defendido, entendendo a confissão como reconhecimento da culpa, da desobediência, acompanhada de uma petição de perdão. As testemunhas eram tratadas com grande hostilidade e não era infrequente que terminassem elas mesmas acusadas e condenadas.¹⁶⁶

Apesar desse exemplo extremo, ser prescindível ou não um processo de partes não é uma característica essencial dos sistemas inquisitivos do passado e do presente. Registra Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO: “quicá o maior monumento inquisitório fora da Igreja tenha sido as Ordonnance Criminelle (1670), de Luis XIV, em França; mas mantinha um processo que comportava partes”¹⁶⁷. Admitia tortura em duas hipóteses:

uma *préparatoire* (com finalidade instrutória), que ocorreria quando as provas não bastassem à pena de morte, buscava a confissão forçada do acusado e precedia o julgamento definitivo; outra *préalable*, que era aplicada ao condenado à pena de morte, objetivando que fossem revelados os possíveis mandantes ou cúmplices e ocorria após o julgamento definitivo.¹⁶⁸

Em 1768, na Alemanha, sobreveio a *Constitutio Criminalis Theresiana*, reafirmando o pleno retorno ao sistema inquisitório como uma maneira de combater a criminalidade de forma mais eficiente, retirando-se dos particulares a querela contra as ofensas contra si perpetradas¹⁶⁹.

Algumas décadas depois, no início do Século XIX, o país criava os órgãos públicos acusadores, o que “*permitiría diferenciar entre las funciones de acusar y juzgar al mismo tempo que representaría um control frente al arbitrio judicial*”.¹⁷⁰ Era uma resposta que, na Alemanha, se contrapunha a um período no qual a justiça penal se convertera em “*un mero proceso secreto al servicio de un estado policial*”.¹⁷¹

Do século XX a esta data, são crescentes as tentativas de adequação dos códigos de processo penal dos países inspirados na tradição romano-germânica a um sistema predominantemente acusatório. Inclusive a elaboração de um código de processo penal tipo para a América Latina, como adiante se verá, faz parte, em um contexto regional e de reafirmação de identidade pós-colonial, da consolidação desse movimento.

¹⁶⁶ BINDER, Alberto. Op. Cit., p. 136.

¹⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução..., p. 167. Tal legislação, aliás, ressuscitada no sistema misto de 1808 da própria França, até hoje exerce influências nos Códigos originários da tradição jurídica continental, ditos códigos reformados, inclusive sendo a influência primeira dos diplomas latino-americanos dos séculos XIX e parte do XX. BINDER, Alberto. A rede inquisitorial: história e tradições na configuração da justiça penal. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). Sistemas processuais penal. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 136-137

¹⁶⁸ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 61-62

¹⁶⁹ AMBOS, Kai. Op. Cit., 62.

¹⁷⁰ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 64.

¹⁷¹ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 65-66.

Esse olhar retrospectivo permite, como propõe Mirjan DAMASKA, buscar delimitar, no tempo e espaço, o inquisitorialismo:

“na essência, o sistema inquisitorial não passa de uma descrição generalizada dos procedimentos criminais predominantes nos países continentais Europeus, entre o século treze e a primeira metade do século dezenove. As linhas gerais desse sistema são como se segue. O processo criminal é instituído pelo investigador por sua própria iniciativa, na forma de uma investigação preliminar secreta. Nesta primeira fase, a tarefa do investigador era determinar se o crime tinha de fato sido cometido e a identidade do principal suspeito. Quando este era encontrado, a segunda fase da investigação começava, dirigida contra uma pessoa específica. Em geral, o réu estava preso à essa altura e era mantido incomunicável. Tanto ele quanto as testemunhas eram inquiridas *ex parte* e deles se exigia que respondessem as perguntas sob juramento; as respostas de todas as questões eram reduzidas a escrito. (...) Quando o investigador completasse todas as atividades investigatórias, ele enviaria o dossiê do caso a uma corte para julgamento. A corte procederia com base nos documentos contidos no relatório, e em muitos países nunca chegaria a ver o réu. Na realidade, não havia julgamento, mas uma sessão fechada da corte. Promotores públicos, mesmo onde existiam, não eram necessários para iniciar, desenvolver ou finalizar os procedimentos. Ademais, em muitos países o réu não tinha direito de ser assistido por advogado.”¹⁷²

Nesse diapasão, em linhas gerais, caracteriza-se o processo no sistema inquisitório pela ausência de contraditório, concentrando-se na figura do juiz as variegadas funções, atuando este como acusador e julgador, às vezes até mesmo como defensor. Tradicionalmente, verte-se em escrito o procedimento, que ocorre a portas fechadas, não necessitando que um terceiro dê o impulso inicial¹⁷³. Um suposto interesse público na consecução da justiça, rotulado de efetividade como se sinônimo fosse de punição do perseguido, se sobrepõe ao compêndio de direitos e garantias individuais, que restam mitigados. Sua finalidade precípua é a busca da verdade.

Tais características trazem ao cenário de hoje, com o sistema inquisitório “desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.”¹⁷⁴ O que se pode perceber, com esteio em Mirjan DAMASKA, é que, muitas características apontadas com ojeriza ao sistema inquisitório se devem mais à “confusão com os procedimentos seculares ordinários descritos como aqueles da Santa Inquisição. Em parte, é um reflexo da dureza e crueldade do direito penal material ao longo dos tempos.”¹⁷⁵ Isto não significa a defesa do

¹⁷² DAMASKA, Mirjan. Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In GLEOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). Sistemas processuais penais. 2ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 341-343.

¹⁷³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso Processo Penal e Execução Penal. 19ed. Salvador: Jus Podivm, 2024, p. 49.

¹⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.

¹⁷⁵ DAMASKA, MIRJAN. Op. Cit., p. 343.

sistema em si, mas a necessidade de um olhar desapassionado sobre seus elementos e estrutura, conquanto seja difícil ignorar atrocidades cometidas sob sua égide.

Ainda assim, os apontamentos, exagerados ou não, constitutivos ou não do núcleo essencial de um sistema inquisitório, são relevantes, pois se permite identificar suas características no presente. Detectada a gênese, há de se filtrá-la pela Constituição e, na hipótese de ultrapassar o peneiramento, comporá determinado sistema jurídico.

1.2.2.2. Sistema Acusatório

Kai AMBOS situa a origem do modelo acusatório na Grécia, mais precisamente na cidade de Atenas, conquanto exibisse características de um “processo acusatório privado”: incumbia ao arconte (espécie de magistrado grego) apenas um juízo de admissibilidade da acusação, recaindo sobre o querelante a obrigação de provar os fatos perante o tribunal de cidadãos, em contraditório com a autodefesa pelo imputado. Os julgadores, frente ao princípio dispositivo, tinham sua decisão jungida às petições das partes.¹⁷⁶

O período romano, por sua enorme extensão temporal, possui uma série de mutações quanto ao sistema processual penal, embora tenha como fator comum a ideia de determinação da culpabilidade do imputado pelo fato e não a verificação da verdade material.¹⁷⁷

Na república (510 a 27 a.C.), tinha-se como base a acusação privada e um julgamento por cidadãos, salvo para os delitos de alta traição. Estes já exibiam uma instrução oficial (*ivo*), conduzida por um *questor* nomeado, mas que podia ser firmada em meios irracionais de prova, o que afastaria a própria ideia de processo inquisitivo¹⁷⁸. O fato de permanecer o impulso da ação nas mãos do ofendido ou de sua família traz, já na origem, algumas das características do processo acusatório:

a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, a atribuição a estas de toda a atividade probatória e até mesmo da disponibilidade das provas, as conexas publicidade e oralidade do debate, o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz, tanto mais quanto maior for sua origem popular.¹⁷⁹

¹⁷⁶ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 50-51.

¹⁷⁷ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 51-52.

¹⁷⁸ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 51.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 453.

Somente na metade do período republicano é que surgiu uma espécie de órgão persecutório (*tresviri capitales*) e, anos mais tarde, passou a ser submetido a um tribunal à maneira do ateniense, presidido por um *praetor*.¹⁸⁰

No império (de 27 a.C. até o século XI d.C.), o sistema acusatório passou a coexistir com a oficialidade, isto significando que, além da provocação de um cidadão, os processos poderiam ser instaurados *ex officio (cognitio)*. Segundo Kai AMBOS, a existência de etapa investigativa e a eventualidade de processos de ofício não descaracterizou a existência de um sistema acusatório, justamente porque o processo romano não perdeu a finalidade de ser o meio de determinação da culpabilidade e não se revestir da pretensão de busca da verdade.¹⁸¹

Importante pontuar que a organização judiciária romana atendia, antes de tudo, a uma finalidade administrativa de controle, pelo Imperador, do território. Possuía quatro características essenciais, apontadas por Alberto BINDER: “1) estrutura burocrática; 2) que exerce poder delegado; 3) não estável, isto é, com tantas exceções quanto desejasse aquele que detinha o poder; 4) uma justiça penal pensada, antes de tudo, como uma estrutura administrativa, dentro da administração geral.”¹⁸² Dizia-se, pois, decisões tomadas por um juiz. Esclarece Fábio Ulhoa COELHO, tocante ao que representava tal figura, que “na Roma antiga, porém, tinha um significado completamente diferente. Era expressão genérica para quem exercia o poder.”¹⁸³

A partir das ditas “invasões bárbaras” pelos povos germânicos e a decretação do fim do império romano do ocidente houve uma inicial miscelânea que admitia as os juramentos, duelos e ordálias como instrumentos de resolução de conflitos¹⁸⁴. Gradualmente foi implementado um novo sistema de distribuição de justiça, servindo tanto à “compra do direito de vingança (*Wergeld*) como para a reparação do dano causado”¹⁸⁵. Ainda assim, erigia-se enquanto um processo acusatório provocado pela querela particular e desprovido da pretensão de busca da verdade, estabelecido antes na ideia de culpabilidade.

Na prática, em vistas da crescente divisão da sociedade em feudos, “reduziu-se sobremaneira o papel da justiça, conforme a conheceram os antigos, desmembrando-se o aparato judicial germânico, de modo que, tempos depois, a jurisdição eclesiástica veio a

¹⁸⁰ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 51-52.

¹⁸¹ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 52-53.

¹⁸² BINDER, Alberto. Op. Cit., p. 134.

¹⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. Biografia não autorizada do direito. 1ed. São Paulo: Martins Fontes, 2021, p. 153-154.

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi., p. 61-62.

¹⁸⁵ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 54.

sobressair, acomodada em um poder centralizado”¹⁸⁶. Vigorava nas comunidades um direito de forte caráter consuetudinário¹⁸⁷, que sobreviveu na idade das trevas ao lado da Inquisição que se corporificava, colocando-se como um sistema para atender aos feudos e cidades em desenvolvimento no combate à criminalidade massiva, com feição mais oficial e estatal, sobretudo na baixa idade média, mas ainda centrado na acusação privada¹⁸⁸.

Na forma como hoje se concebe, o sistema acusatório remonta ao Século XI, na Inglaterra, como resultado da centralização do poder e instauração do regime feudal decorrente da invasão normanda, o que levou a uma gradativa substituição dos conselhos locais e diversas cortes pelos tribunais reais, conferindo-se um caráter público ao direito¹⁸⁹.

Surgiam assim as bases do sistema do *common law*¹⁹⁰, com a fusão, pelos juízes do rei, dos usos e costumes aplicados pelos homens livres do povo nas cortes locais¹⁹¹, desenvolvendo-se os *writs*. Estes obrigavam os demandados a prestarem aquilo reclamado pelo demandante, que uma vez considerado como devido, seria objeto de *writs* emitidos pelo chanceler, sob ordem e, mais tarde, apenas aval do rei¹⁹², constituindo decisões de cumprimento obrigatório por todos os súditos. Nessa perspectiva, “os juízes ingleses eram delegados do poder real”¹⁹³. Tais *writs* ou *writs of right* podiam até mesmo anular decisões dos barões, o que acabava por minar sua autoridade feudal¹⁹⁴.

Isto provocou incômodo, ao qual se seguiu uma reação dos barões aos crescentes poderes do rei. Antepuseram óbices à emissão de novos tipos de *writs* fora das hipóteses já previstas¹⁹⁵, o que evitaria a ampliação dos poderes reais e conseqüente ingerência nas regiões de influência dos baronatos. Surgia ali a *Magna Charta Libertatum* de 1215¹⁹⁶.

Nas décadas seguintes houve movimentos do poder central de reação a esse engessamento, criando-se o processo por *equity* em paralelo ao sistema do *common law*,

¹⁸⁶ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 80.

¹⁸⁷ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 57.

¹⁸⁸ AMBOS, Kai. Op. Cit., p. 55-56.

¹⁸⁹ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 111-118.

¹⁹⁰ O termo *common law* surgiu justamente sob a ideia de um direito que era aplicado, de forma comum, a todo o território. Mais tarde, principalmente com seu desenvolvimento no direito norte-americano, ganhou novas acepções quando, além do significado original, passou a ser utilizado “para se referir ao direito estabelecido pelas Cortes de Justiça e não pelo Poder Legislativo” e “para se referir ao conjunto das normas aplicadas pelas Cortes de direito comum, que se distinguem das Cortes especiais de justiça e equidade”. FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao sistema jurídico dos estados unidos. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

¹⁹¹ INGLATERRA. O sistema legal inglês. Londres: Reference Division – Central office of information, 1969. p. 3.

¹⁹² POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 119-121.

¹⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., p. 156.

¹⁹⁴ Ibid., p. 157.

¹⁹⁵ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 121-122.

¹⁹⁶ Ibid., p. 121.

“proveniente da prática pela qual as pessoas que não logravam a esperada satisfação nos tribunais de direito comum tinham permissão de encaminhar suas petições ao Soberano ou ao seu Conselho”, despachadas pelo Chanceler¹⁹⁷, sendo tal modalidade posteriormente incorporada ao próprio *common law*, mais precisamente nos anos de 1873 e 1875¹⁹⁸.

O contexto histórico é importante, na medida em que a ilha britânica não sofreu a influência do direito romano por tanto tempo quanto o continente, inclusive no que se refere à força da Igreja e à imposição do direito canônico aos súditos locais. Até por questões geográficas, a inquisição também não ganhou força na região. Assim, manteve-se uma afinidade mais próxima às práticas jurídicas típicas de tempo anterior ao Sacro Império Romano-Germânico, imbricado este com a Igreja Católica Ortodoxa Romana. E, na confluência de forças, a despeito da centralização do poder, as decisões sobre os fatos, sob o beneplácito do monarca, foram aplicadas na forma de resultante de uma contenda entre as partes.

Derivariam depois as instituições do júri, compondo-se, no conjunto, o sistema do *common law* como um sistema acusatório, sob modelo adversarial, ainda persistente. “Assim, o processo penal inglês apareceu como autêntico processo de partes, pois nele o contraditório era pleno, o juiz era passivo, pois estava longe da produção das provas, e a obtenção do conhecimento se dava pelas provas produzidas pelas partes”¹⁹⁹. Estabelecia-se ali o *actum trium personarum*. No âmbito inglês, o sistema processual penal, em sua estrutura, “se conserva até hoje imodificado.”²⁰⁰

Sobreveio o período colonial, com as metrópoles exportando os respectivos sistemas aos territórios ocupados. No caso dos Estados Unidos, a opção pelo modelo adversarial, além da influência da metrópole, tem relação com a postura assumida de repulsa à ingerência firmada pelas treze ex-colônias reunidas:

Imaginen por um instante a los representantes de las Trece Colonias reunidos en Filadelfia para empezar a redactar una Constitución. Lo que querían era la independencia respecto a Inglaterra y la misión consistía básicamente en redactar un documento que diera una fortaleza clara y decidida al nuevo Estado que se estaba creando, es decir, los representantes de las Trece Colonias lo que estaban asegurando era la creación de un Estado fuerte por lo cual crean un Estado Federal para garantizar una defensa como esta frente a la gran metrópole. Sin embargo, cuando vuelven los delegados e las Trece Colonias a sus respectivas ciudades, la gente que estaba allí les cuestiona: ¿y para esto nos han reunido, para crear una federación presidencialista em donde el Estado sea lo más importante? ¿y nuestros derechos que? Entonces se reúnen otra vez y deciden no ratificaran la Constitución si no se establecen normas

¹⁹⁷ INGLATERRA. O sistema legal inglês. Londres: Reference Division – Central office of information, 1969. p. 3.

¹⁹⁸ POLI, Camilín Marcie de. Op. Cit., p. 123.

¹⁹⁹ Ibid, p. 128.

²⁰⁰ Ibid, p. 128.

de protección para la ciudadanos, porque ante um Estado tan flerte la posición jurídica del estado del ciudadno es muy endeble, es muy frágul e entonces se da la creación de lo que se llama el “*Bill of Rights*”²⁰¹

Esse contexto é importante, porque a reunião das colônias não era simplesmente um ajuntamento de locais. Cada qual tivera uma experiência colonial diversa, com diferentes níveis de autonomia. Seus habitantes também tinham origens variadas e orientação religiosa plural²⁰². E a reunião das treze colônias, no fim das contas, tivera início com reivindicações de representantes nomeados por seus habitantes quanto à aplicação do *common law* aos americanos, os direitos previstos nas disposições comuns, sobretudo aqueles inscritos na Declaração Inglesa de Direitos²⁰³.

Mas os interesses e experiências díspares precisaram ser harmonizados. Tanto é que rotineiramente se recordam os estudiosos da data da independência, em 1776, e pouco se recordam que a aprovação da Constituição só ocorreu em 1788, com um texto consolidando a formação de “um governo central dotado de vastos poderes, com mais aplicação sobre os indivíduos do que sobre os Estados”²⁰⁴, denotando as características ainda prevalentes do federalismo estado-unidense, até porque diversos estados já haviam aprovado as respectivas constituições no entretempo, criando os tribunais estaduais e editando leis em variegadas matérias, inclusive criminal²⁰⁵.

Essas características regionais se perpetuaram, a despeito de iniciativas de alguma uniformização²⁰⁶. Não obstante, algumas notas são comuns:

“a natureza duelística do processo judicial e a confiança na capacidade dos juízes leigos como jurados. De um lado se coloca o promotor, funcionário eleito ou nomeado, cujos arbítrio e poderes extraordinários são uma das principais características da administração da justiça penal nos Estados Unidos. Do outro lado, coloca-se a pessoa acusada do crime, que é protegida contra abusos por parte do promotor e da polícia por garantias constitucionais igualmente extraordinárias que permitem recusar a acusação sob a alegação de que não está de acordo com as exigências de um processo normal. Entre eles se colocam os juízes e os jurados, como árbitros imparciais. [...] Não há documentação ou dossiê preparado antes do julgamento para uso privado do juiz ou do júri”²⁰⁷

²⁰¹ COLOMER, Juan Luis Gómez. Los principios del nuevo código procesal mexicano. In *¿Acusatorio o adversarial*. Revista Inmexius. n. 2, fev. 2017, p. 8.

²⁰² FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 4.

²⁰³ Ibid., p. 5.

²⁰⁴ Ibid., p. 7. Explica na sequência E. Allan FARNSWORTH que os direitos individuais viriam a ser contemplados na Constituição Norte Americana com a aprovação das primeiras dez emendas, em 1791.

²⁰⁵ Ibid., p. 8.

²⁰⁶ Ibid., p. 138.

²⁰⁷ Ibid., p. 138-139 e 141.

Mais: é desimportante ao sistema processual norte-americano a ideia de processo acusatório, erigindo sua dialética sob a égide de três pilares fundamentais: *Adversarial System*, *Due Process of Law e Fairness* (equidade)²⁰⁸.

O primeiro e talvez mais importante ponto recebeu a atenção de Ada Pellegrini GRINOVER:

“O termo processo inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao inquisitorial (em inglês), o qual se contrapõe ao adversarial. Um sistema acusatório pode adotar o adversarial system ou o inquisitorial system, expressão que se poderia traduzir por 'processo de desenvolvimento oficial'. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial”.²⁰⁹ (GRINOVER, 1999, p. 72).

A questão não é pacífica. Mirjan DAMASKA (2021, p. 292), aponta a existência de “mais confusão que de costume nesse ponto. Aos termos ‘adversarial’ ou ‘acusatório’ e ‘não-adversarial’ ou ‘inquisitório’ é atribuída, tanto nos Estados Unidos como na Europa, uma variedade de vagos significados.”²¹⁰ Já Alfred VEGA entende que o sistema acusatório se coloca em um patamar intermediário entre o inquisitório e o adversarial:

“Así, en el sistema inquisitorial las funciones de acusación, juzgamiento e individualización de la sanción penal pesan sobre el juez, quien tiene a su cargo la obtención de la prueba, presentación en juicio, acusación y juzgamiento, por mucho ese sistema resulta violatorio a la imparcialidad judicial y al juzgamiento democrático de las personas. Por su parte, en el modelo acusatorio, a la fiscalía le corresponde investigar los hechos, formular cargos y al juez determinar la responsabilidad. El juez controla las actuaciones del Ministerio Público y las partes de forma limitada a los contenidos de la ley y la Constitución. Este modelo es el intermedio entre el inquisitivo y el adversarial”.²¹¹

Vê-se que não são tantos os paralelos possíveis com o sistema acusatório constituído a partir da matriz romano-germânica. O congêneres anglo-saxão, notadamente o implementado e aplicado nos seus principais fomentadores, é também acusatório, conquanto contemple uma outra característica: a dialética adversarial, ao passo que nos sistemas continentais, mesmo

²⁰⁸ COLOMER, Juan Luis Gómez. Los fundamentos constitucionales del proceso penal federal de los estados unidos de américa: la innecesariedad del principio acusatorio. *In* Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica. Núm. 1(32)(13) (2021). Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez. p.3. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/49531/49622>. Acesso em: dez. 2023, p. 3.

²⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. n. 27. Jul-set 1999, p. 72.

²¹⁰ DAMASKA, MIRJAN. Op. Cit., p; 292. Mauro Fonseca de ANDRADE entende que “o *adversary system* seria uma manifestação mais rígida ou tradicional do sistema acusatório, enquanto a participação mais ativa do juiz no processo penal seria considerada uma evolução ou flexibilização desse sistema, recebendo, por isso, o nome *inquisitorial system*”. Op. Cit., p. 113.

²¹¹ VEGA, Alfredo Araya. Sistema procesal mexicano: ¿Acusatorio garantista o Adversarial?. *In* Influencia del modelo adversarial em nuestros sistemas procesales. Revista Inmexius. n. 10, out. 2017. p.12.

acusatório, tradicionalmente prevalece um impulso inquisitorial.²¹² Em outros termos, para fins da presente pesquisa, adversarial é antes uma qualificação (modelo) do sistema acusatório do que uma palavra sinônima. Nessa linha, José Daniel Hidalgo MURILLO elenca oito elementos do processo adversarial, distinguindo-o do não-adversarial:

- 1) El órgano acusador debe demostrar el hecho desde una teoría del caso que señale al autor del hecho delictivo.
- (2) El órgano acusador debe demostrar su teoría del caso ante un jurado.
- (3) El órgano acusador, que representa democráticamente los intereses del Estado y, por ende, del pueblo, sólo puede acusar sin puede demostrar la participación del acusado.
- (4) El jurado, de ciudadanos, escogidos por las partes, no debe fundar y motivar su veredicto
- (5) El Juez, pasivo, debe dirimir la controversia que es propia de las partes, protegiendo las distintas complicaciones del jurado.
- (6) La defensa, debe admitir el Juicio si puede demostrar una coartada distinta al Fiscal, que propone una persona teoría del caso.
- (7) La defensa tiene capacidad y posibilidad de investigar para demostrar su teoría del caso.
- (8) La única apertura entre órgano acusador y defensor del imputado es el descubrimiento probatorio.²¹³

Feito o aparte, na Europa continental, as experiências inquisitórias e mistas perduraram até a Revolução Francesa, quando, por inspiração no sistema inglês, adotou-se o modelo acusatório²¹⁴, embora a experiência tenha durado pouco. Somente no final do século XIX ressurgiam os ideais acusatórios, definitivamente cindindo as funções de julgar e averiguar os fatos, confiando

“a ‘severa’ atividade de acusar a um novo protagonista procedimental – o promotor. Desde aquele tempo o adjetivo ‘acusatório’ é frequentemente utilizado por juristas continentais para denotar procedimentos nos quais a denúncia do promotor é tanto um pré-requisito para atividades investigativas quanto um limite ao escopo das investigações”²¹⁵.

É à luz de tal constatação que Mauro Fonseca ANDRADE define o sistema acusatório que (res)surge como sistema acusatório contemporâneo²¹⁶. Pode-se neste identificar, enquanto diferença perante sua forma clássica, a prevalência do acusador público em lugar da

²¹² ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 113.

²¹³ MURILLO, José Daniel Hidalgo. Comentario jurisprudencial. *In* Influencia del modelo adversarial em nuestros sistemas procesales. Revista Inmexius. n. 10, out. 2017, p. 41-42.

²¹⁴ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 153.

²¹⁵ DAMASKA, MIRJAN. Op. Cit., p. 346.

²¹⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. Op. Cit., p. 57.

predominância do acusador popular²¹⁷, mantida sempre a separação entre quem acusa e quem julga. José Frederico MARQUES anotava as seguintes características:

No sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição ou juiz – tal como o consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal, tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu.

Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a *função de acusar* e a *função jurisdicional*. O impulso inicial ao processo, quem o dá é o Ministério Público, quando se trata de *ação penal pública*, ou o particular, quando o caso é de *ação penal privada*. O juiz exerce o poder de julgar e as funções inerentes à atividade jurisdicional: atribuições persecutórias, ele as tem muito restritas, e assim mesmo confinadas ao campo da *notitia criminis*. No que tange com a ação penal e à função de acusar, sua atividade é praticamente nula, visto que ambas foram adjudicadas ao Ministério Público.²¹⁸

Dá-se, com a alardeada adoção do sistema acusatório nos países orientados pela tradição continental – e se diz alardeada pois não necessariamente o discurso coincide com as prescrições legais e mesmo com as práticas judiciárias –, fenômeno referido pelo mesmo José Frederico MARQUES como

“a processualização do processo penal, estruturado com ato de três pessoas, a consubstanciar, portanto, o princípio da relação processual. No sistema inquisitivo, o procedimento penal, apesar de judicializado, não possuía contornos jurisdicionais, pois o Juiz era ali órgão da persecução penal, armado de poderes de autotutela do Estado na luta contra o crime, em vez de, como se dá no sistema acusatório, ser órgão destinado a compor imparcialmente o litígio penal, dando a cada um o que é seu”.²¹⁹

A despeito de ser hoje a incorporação de elementos do sistema acusatório meta perseguida por diversos países latino-americanos em geral e pelo Brasil em particular, ele não é infenso a críticas. Anota Aury LOPES JÚNIOR:

“É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao sistema acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro.”²²⁰

²¹⁷ Ibid., p. 108.

²¹⁸ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1961. p.64.

²¹⁹ MARQUES, José Frederico. O processo penal... Op. Cit., p. 18.

²²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95.

Em termos mais contemporâneos, explicitando as influências dos diplomas internacionais, propõe Vladimir ARAS assim designar o sistema acusatório:

No modelo acusatório, a separação entre as figuras do promotor e do julgador exerce uma dupla função de garantia, de modo que um cidadão não seja acusado senão pelo seu promotor natural e julgado por um juiz imparcial. Não cabe ao juiz assumir o papel de acusador em qualquer das etapas do procedimento, sob pena de afastar-se da missão que lhe reservam a Constituição (art. 5º, incisos XXXVII e LIII) e os tratados, especialmente o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14) e o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º).²²¹

Muito se discute hoje se, pela remanescência de traços inquisitórios em diversos sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro, seria um impeditivo à concepção do sistema processual como acusatório, antes se o definindo como misto. Valem, pois, considerações quanto a tal sistema, também conhecido como reformado.

1.2.2.3. Sistema Misto (reformado)

Conforme Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, a origem do sistema misto (ou reformado) é muito mais recente, remontando ao período posterior à França revolucionária, caracterizando-se

por uma **instrução preliminar**, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma **fase contraditória (judicial)** em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes. Dissecando toda a persecução no sistema misto, temos:

- (1) Investigação Preliminar, a cargo da polícia judiciária;
- (2) instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor;
- (3) julgamento: só este último, contudo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa;
- (4) recurso: normalmente há o “recurso de cassação, no qual se impugnam apenas as questões de direito, mas também é possível o “recurso de apelação”, no qual são impugnadas as questões de fato e de direito.”²²²

Adveio em um contexto de laicização do processo. Como principais medidas, extinguiu a tortura e estabelecia, para os delitos punidos com penas corporais, o direito ao recurso. Estruturava a persecução em três órgãos: Ministério Público (procuradores do rei), Instrutor (juiz) e Corte²²³. A experiência durou até a ascensão de Napoleão Bonaparte e a imposição do Código Napoleônico, retornando a uma prática inquisitória em uma primeira fase de instrução,

²²¹ ARAS, Vladimir. O artigo 385 do CPP e o Juiz inquisidor. Mar./2013. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>. Acesso em: jun. 2024.

²²² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. Cit., p. 51.

²²³ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 135 e 138.

conjuminada com elementos acusatórios na etapa de julgamento;²²⁴ não obstante, “o caráter acusatório era mais aparente do que real”.²²⁵

Em termos gerais, durante o século XIX, o sistema reformado corrigiu duas das principais mazelas do sistema inquisitório: a autoridade que investigava deixava de ser a mesma responsável por sentenciar o imputado e o acusado passava a tratado enquanto sujeito de direitos no processo, superando a concepção de que seria mero objeto da persecução penal.²²⁶ Tais mudanças são significativas no contexto que exsurtem, de disputa entre a burguesia industrial e a decadente nobreza europeia, promovendo-se houve o restauro do processo de partes e consolidando o Ministério Público, enquanto representante do Estado, como uma delas,²²⁷ mas agora observados direitos e garantias individuais do arguido.

O sistema acusatório e o sistema inquisitório, bem se viu, possuem algumas características que, teórica e historicamente, estão profundamente arraigadas a um ou outro modelo. Daí também se os chamar de “acusatório formal” ou “inquisitivo-garantista”.²²⁸

Grosso modo, tocante ao processo acusatório, tem-se “a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento” e, correspondentemente ao congênere inquisitório, “a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução”.²²⁹

Há outros tantos princípios de um ou outro sistema que ou a teoria elaborou, ou a história exibiu, mas que não assumiram o caráter universalizante do respectivo modelo, ou ainda passaram a integrar a ambos. Quanto ao sistema acusatório, “a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado”; tocante ao inquisitório, “a obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar as suas decisões”.²³⁰

Note-se que, além dos sistemas mistos, pode-se falar de sistemas híbridos, erigidos pela conjunção dos dois modelos, com participantes formados tanto na cultura do *common law*

²²⁴ Ibid., p. 158-165.

²²⁵ Ibid., p. 169.

²²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 241.

²²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 401-402.

²²⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. Cit., p. 51.

²²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 451 e 452.

²³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 451-452,

como na do *civil law*. Embora seja interessante o ponto, não será aqui desenvolvido, bastante dizer, a título de exemplo, que as Cortes Internacionais exibem características híbridas.²³¹

No curso da história recente, fundiram-se e confundiram-se os sistemas. Embora estabelecida a dualidade inquisitório x acusatório, constatando-se a improvável subsistência de um modelo que se mantenha incólume à influência do outro. Sob essa perspectiva, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, o sistema será sempre misto, visto que não há mais sistemas acusatórios ou inquisitórios puros (se algum dia houve). Assim, conforme as particularidades de cada localidade, inserirem-se elementos de um no outro, sem que isto lhes desnature a etiologia devendo-se, para o autor, identificar a predominância de um deles ao se olhar para o incumbido da gestão da prova como maneira de detectar a natureza do sistema: se a cargo do juiz/inquisidor ou das partes, visto que em um ou outro subsistirá atividade probatória secundária dos demais²³².

Em sentido contrário, Salo de CARVALHO refuta a existência de sistemas mistos:

“A característica dos sistemas, como a dos paradigmas (Khun) e dos tipos ideais (Weber), é a sua identificação a partir de alguns rígidos princípios unificadores. Deles apenas se aproximam as tendências opostas, sendo 'impossível a fusão sistemática ou paradigmática. Assim, um modelo jurídico é garantista ou antigarantista. O sistema processual é acusatório ou inquisitório. Claro que podemos ter, no interior de um modelo normativo garantista (acusatório), práticas ou alguns institutos ou regras antigarantistas (inquisitoriais). Todavia, estas não descaracterizam a matriz originam; cremos inclusive que a reforçam”²³³

No Brasil em particular, a forma como caracterizado o inquérito policial, denotando uma primeira fase instrutória, seguida de uma acusação pública em um processo sob o crivo do contraditório, em uma certa simetria com o modelo reformado da França napoleônica, levou

²³¹ Tais sistemas híbridos “foram influenciados por ambas as tradições jurídicas e talvez também por outras tradições do mundo. Estes sistemas mistos são importantes fenômenos a serem estudados agora, não apenas por que a incidência de sistemas nacionais híbridos é maior do que no passado devido a mútuas influências entre *common* e *civil law*, mas também a fim de compreender os tribunais penais internacionais, de Nuremberg ao Tribunal Penal Internacional, onde regras e profissionais de diferentes tradições jurídicas se encontram e interagem.” LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017, p. 31.

²³² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 183, ano 46. jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: jun. 2023, p. 109.

²³³ CARVALHO, Salo. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In CARVALHO, Salo (org.). *Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.493

alguns autores a apontar a consolidação de um sistema misto.²³⁴ Para se verificar a correção de tal conclusão, volte-se o olhar à gênese do sistema processual penal brasileiro.

1.2.2.4. Tipos ideais dos sistemas acusatório e inquisitório

Nem sempre é empreitada simples a identificação do modelo de um sistema processual penal. O desenvolvimento de particularidades culturais em cada Estado, as relações de coimplicação e tradução com outros sistemas, as influências políticas e econômicas do entorno, todos esses são dados que, longe de comporem a totalidade do cenário, indicam um caminho para compreender as características remodeladas de cada qual e o porquê delas.

Para fins de definição, adotar-se-á aqui a ideia dos tipos ideais, nas bases formuladas por Mauro Fonseca de ANDRADE. E se o faz, além da concordância com a construção científica das conclusões, por dois motivos de ordem prática: há uma redução ao essencial das características de cada um dos sistemas, o que permite afastar eventuais elementos que possam turvar uma análise mais acurada do que seja um e outro pela diferença; e não há qualquer impeditivo em se identificar, dentro de determinada realidade cultural, características particulares que, ao não se revelarem incompatíveis com o tipo ideal, podem integrar o sistema local. Permite inclusive trabalhar com maior precisão a diferença entre os modelos acusatórios adversarial (*common law*) e não-adversarial (*civil law*).²³⁵

A discussão quanto a antinomias ou incompatibilidades sistêmicas não tem lugar de ser no âmbito da identificação do sistema, mas na sua depuração, na medida em que provocam uma irritação e atrapalham o funcionamento. Acabam, sob a perspectiva do jurisdicionado, influenciando negativamente quanto às expectativas cognitivas e normativas, até que ocorra a expulsão do elemento estranho e se retome a uma operação clausurada sem ruídos comunicativos.

Estabelecida a opção, um sistema inquisitório se caracteriza pela prescindibilidade da separação entre as figuras do acusador e do julgador e pela possibilidade de se iniciar a

²³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2019. p. 41; PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

²³⁵ Há um terceiro motivo. Os resultados do estudo empírico de Bernd SCHÜNEMANN sobre a incidência dos efeitos perseverança, redundância, atenção e aliança no âmbito das decisões, em consonância com a posição do juiz e o nível de participação na formação da prova, impõem maiores reflexões, que não comportam, aqui, o enfrentamento que merecem. A respeito, leia-se: SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In* SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

persecução *ex officio*;²³⁶ consequência disso será que as partes não poderão dispor sobre o processo. É um sistema consentâneo com o autoritarismo.²³⁷

Ao revés, constitui-se enquanto um sistema acusatório aquele no qual há uma clara separação entre as figuras do acusador e do julgador, não podendo se iniciar o processo senão pelo formal oferecimento de uma acusação (no sistema brasileiro denominada denúncia ou queixa-crime conforme a natureza da ação penal);²³⁸ esta formulação, acresça-se, implica, por consectário lógico, que deverá advir essa acusação de uma das partes, notadamente o acusador privado ou mesmo o público, e que terão ao menos alguma disposição sobre os rumos do processo. É um sistema que tende a espelhar a democracia, não havendo ingerência de outros poderes do Estado da mesma forma que não há (ou é muito limitada) a ingerência do juiz sobre a prova.

Tocante à diferenciação entre os modelos de sistema acusatório, oportuna a colocação de Maximo LANGER (ressalvando-se que, pela polissemia de definições, na denominação aqui julgada mais adequada, deve-se ler como “modelo adversarial” aquele originado do *common law* e “modelo não adversarial” aqueloutro com raízes no *civil law*):

“Tendo explicado os fundamentos dos sistemas adversarial e inquisitorial como categorias teóricas, há dois binários que eu usarei nesta parte para explicar as principais diferenças entre estes sistemas. Primeiro, enquanto o sistema adversarial concebe o processo penal como uma disputa entre acusação e defesa perante um árbitro passivo, o sistema inquisitorial concebe o processo penal como uma investigação oficial levada a cabo por agentes estatais a fim de determinar a verdade. Segundo, enquanto que o julgador no sistema adversarial é um júri que divide seu trabalho com um juiz profissional, o julgador do sistema inquisitorial é um juiz profissional ou um grupo de juízes profissionais que não dividem sua responsabilidade com qualquer outro corpo.”²³⁹

²³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. Op. Cit. p. 395.

²³⁷ “Assim, por maior que seja seu carinho pela Constituição, não é improvável que uma cultura subjacente, de forte conotação de defesa social, incrementada pela ação persistente dos meios de comunicação, reclamando menos impunidade e maior rigor penal, derivada, por sua vez, de uma cultura geral política autoritária, como a herdada nos países latino-americanos, faça do juiz alguém submetido à idéia de um processo menos dialético e participativo e muito mais hierárquico e subordinativo, subordinação hierárquica que resulta na dependência real do sistema de justiça ao poder político e aos grupos de pressão externos ou internos, estes encastelados na organização judiciária. Alberto BINDER, antes mencionado, destacou na ocasião que o sistema inquisitivo não é só uma forma de processo, senão um modelo completo de organização judicial, uma figura específica de juiz e, principalmente, uma cultura também de contornos bem precisos”. PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 38.

²³⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. Op. Cit. p. 269.

²³⁹ LANGER, Maximo. Op. Cit., p. 46.

Não obstante, a partir desses conceitos é possível melhor compreender os aspectos sócio-políticos que permeiam o desenvolvimento do processo penal no Brasil, entendendo as disputas e as consequências das opções na feição que hoje se apresenta.

2 RETROSPECTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Os cientistas do Direito, quando voltam seus olhos à História, exibem tendência de observá-la simplesmente como uma sucessão cronológica de eventos, contentando-se em relatar em uma linha do tempo os fatos acontecidos, como as proposições legislativas, as leis sancionadas e as constituições promulgadas. Falta no mais das vezes uma apreciação crítica do recorte histórico, debruçando-se não somente sobre o elemento bruto, mas também sobre os influxos que animam, modificam e reconformam os eventos. Nas palavras de Jacques LE GOFF, “a minha convicção é que o trabalho histórico tem por fim tornar inteligível o processo histórico e que esta inteligibilidade conduz ao reconhecimento da regularidade na evolução histórica.”²⁴⁰

É a importância da interdisciplinaridade na construção dos saberes²⁴¹ e o olhar histórico, afinal “a história implica o registro de fatos passados que se projetam em suas consequências no presente, mas esse trajeto se refere a fatos do passado que continuam diretamente presentes”.²⁴²

Dizia já Miguel REALE que o direito “é fato histórico-cultural, ou produto de vida humana objetivada, somente enquanto os fatos humanos se integram normativamente no sentido de certos valores”, refletindo “momentos da experiência jurídica mesma”²⁴³. Os textos legais, dos quais promanam as normas jurídicas, deveriam representar a condensação dos valores que permeiam determinada sociedade ao tempo em que impostos pelo ato de autoridade. O intérprete, no âmbito da ciência do direito, ao observar o direito positivo, realiza a apreciação

²⁴⁰ LE GOFF, Jacques. História e memória. Trad. Bernardo Leitão [et al.]. Campinas: UNICAMP, 1990, p. 36.

²⁴¹ “o cultor de qualquer saber lida na vida cotidiana com os conhecimentos do leigo acerca de outros âmbitos da realidade alheios a seu saber e, por conseguinte, quanto a eles, é tão vulnerável ao preconceito quanto qualquer um dos demais participantes de sua cultura e sociedade. Se o conhecimento técnico a respeito desses âmbitos deparar com os preconceitos, sofrerá os mesmos problemas de redefinição que comumente acomete as pessoas, determinados idênticos mecanismos de defesa ou de retraimento. Só se pode evitar o autismo e o preconceito indo ao encontro das hipóteses de trabalho interdisciplinar, o que não implica que o respectivo saber perca seu horizonte nem sua função; apenas, torna-se interdisciplinar a construção de seu sistema de compreensão: o saber particular não é interdisciplinar, mas sim a obra do cientista”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 271. Em sentido complementar, anotam Bruna Capparelli e Nereu José GIACOMOLLI: “uma disciplina não pode conter tudo aquilo que conta, porque o postulado da autonomia não é útil sem sua totalidade. O processo penal perpassa o terreno de várias outras áreas do conhecimento e saber, e, para compreendê-lo a fundo, como se atua, a sua indigência e suas virtudes, não é possível ignorar as críticas das áreas limítrofes.” CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu José. A “teoria do processo penal” e as suas relações entre continentes. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 913-920, set./dez. 2018, p. 914.

²⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 279.

²⁴³ REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80 e 49.

do fato segundo os valores do tempo, disso buscando extrair a norma que àquele corresponda. Na construção desse saber, “a análise lógica da linguagem é uma ferramenta tão útil como o é a análise histórica”²⁴⁴.

Não se pretende esgotar os movimentos históricos, os fatores políticos e as práticas cotidianas que fizeram o Brasil apresentar as feições hodiernas. Faz-se um necessário recorte para prestigiar momentos e fatos que influíram diretamente na configuração do Poder Judiciário e do Ministério Público tal como hoje se apresentam.

Para tal desiderato, o afastamento da simples leitura do texto é salutar. Interpretando-se o registro histórico documental ou os textos de antanho que sobre ele discorrem permite extrair a denominada “reserva de sentido do discurso”, explicada por José Reinaldo de Lima LOPES como “um sentido que podemos encontrar ali, mas que talvez seu autor original não pretendesse exatamente transmitir-nos”²⁴⁵. Continua:

como a tradição das práticas cotidianas e dos hábitos intelectuais resistem, não sabemos bem como explicar por que as reformas legislativas não resultam naquilo que delas se esperava. Com muito maior frequência, também ficamos indiferentes à originalidade de nossas instituições, pois a rigor não percebemos que se trata de um amálgama de tradições transplantadas e adaptadas de forma particular.²⁴⁶

Refere-se o autor, assim, à necessidade que o historiador em geral – e o do Direito em particular – tem de lançar suspeitas sobre a história das estruturas e a história dos episódios.

Paolo GROSSI complementa, indicando que “o texto em si é sempre representação de uma realidade de fundo, uma representação parcial e artificiosa por somatória”²⁴⁷. A mera apreciação do texto frio constitui simplificação do processo histórico e, como tal, acaba por suprimir da análise do evento toda sua dimensão cultural, as tensões e composições sociopolíticas, as quais, mais do que desfecho sob observação, possibilitam explicar a confluência de forças e vontades a resultar nesse produto final, que assume a forma de texto legal. Até porque já há muito (antes na História do que no Direito) se respondeu ao dilema sobre a (im)parcialidade no discurso, impondo-se que este seja observado em consonância com o tempo em que produzido, a ideologia de quem o profere e a recepção do interlocutor a que se destina. Nesse sentido,

²⁴⁴ BINDER, Alberto. Op. Cit., p. 116.

²⁴⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: Lições Introdutórias. 3ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4.

²⁴⁶ Ibid, p. 13.

²⁴⁷ GROSSI, Paolo. O Ponto e a Linha: História do Direito e Direito Positivo na formação do jurista do nosso tempo. In Revista Sequência, nº 51, p. 31-45, dez. 2005, p. 36.

o problema do *Poder* não deve ser concebido sem conexão com a experiência jurídica, como se fosse uma força acrescentada arbitrariamente para garantir um processo jurídico em si pleno, ou então, uma força pressuposta como geradora do mesmo processo: – exigência axiológica, que determina pautas de agir, põe, *concomitante e paralelamente*, o problema de sua garantia [...]. Toda regra jurídica é resultante de uma escolha, às vezes identificável no espaço e no tempo, muitas vezes oculta nas dobras dos usos e costumes.²⁴⁸

Maior razão surge, portanto, na opção por uma, ainda que breve, incursão genealógica nas disputas pelo Poder desde antes dos primórdios do Brasil-Colônia, perpassando pela independência, monarquia, períodos republicanos e autoritários. Como anota Raúl Eugénio ZAFFARONI (et. al),

A história da legislação penal é a história de avanços e retrocessos no confisco dos conflitos (do direito lesionado da vítima) e da utilização desse poder confiscatório, bem como do enorme poder de controle e vigilância que o pretexto da necessidade de confisco proporciona, sempre em benefício do soberano ou do senhor. De alguma maneira é a história do avanço e do retrocesso da organização corporativa da sociedade (*Gesellschaft*) sobre a comunitária (*Gemeinschaft*), das relações de verticalidade (autoridade) sobre as de horizontalidade (simpatia), e nessa história a posição da vítima e o grau de confisco de seu direito (de seu caráter de pessoa) sempre constituíram o barômetro definitivo.²⁴⁹

É sob a perspectiva da criação, disputa e consolidação das (e nas) estruturas de poder, resultando em particular repartição das potestades entre os participantes do sistema de justiça penal, que se traceja a retrospectiva. Não se trata de uma incursão exaustiva ou ampla; antes, traz-se enfoque em determinados aspectos que são fundamentais à compreensão do papel legado aos participantes do sistema processual penal brasileiro ao longo dos séculos.

3.1 Origem

O processo penal brasileiro, engendrado a partir das terras lusitanas, tem suas raízes na tradição romano-germânica, que se incrustou na tradição ibérica.

Contextualiza Joaquim Augusto de CAMARGO que Portugal, matriz colonial brasileira, somente alcançou o *status* de Estado soberano no século XII. Integrava antes o reino de Leão, constituído no curso da chamada reconquista da Península Ibérica, alhures ocupada pelos mouros. Em 1143, proclamava-se Afonso Henrique rei de Portugal, consolidando o processo

²⁴⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 490-491.

²⁴⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 385.

de independência que tivera início há um quadriênio²⁵⁰. Esse processo político refletiu no sistema jurídico, exurgindo ali as leis fundamentais do reino, primeiros diplomas legais lusitanos.

Assim, quando do início da colonização brasileira, em tese vigiam já as Ordenações Afonsinas, sucedidas pelas Manuelinas e, por fim, substituídas pelas Filipinas. No entanto, não eram os únicos instrumentos normativos aplicados.

As Ordenações Afonsinas datam de 1446, sendo formadas com base no Código Justiniano e resultando em uma compilação de legislação esparsa com confessada inspiração na coleção de Decretais de Gregório IX e, por isso inclusive, pródiga em elementos do direito canônico²⁵¹ e repleta de moralismos, admitindo a tortura e penas infamantes,²⁵² sendo pois nela percebidos traços do direito romano e germânico.²⁵³

As Ordenações Manuelinas sucederam às Afonsinas em 1521.²⁵⁴ Antes de constituírem inovação, cuidavam-se de uma melhor sistematização, sendo feito, em cada título, “um corpo de doutrina, cujos princípios têm perfeita analogia uns com os outros, sendo deixadas as antigas leis encontradas e que são mencionadas nas Afonsinas. A jurisprudência, pois, tomou uma face mais coordenada e cismática”²⁵⁵.

Houve, posteriormente, um trabalho de compilação da legislação extravagante²⁵⁶ e a sistematização das estruturas burocráticas²⁵⁷, embora não se possa dizer existir, à semelhança do que viria se constituir, um direito processual, mas apenas regras prevendo a apuração e julgamento das infrações, socorrendo-se inclusive da aplicação subsidiária das disposições oriundas dos direitos romano e canônico²⁵⁸. Disciplinou de forma incipiente a função do promotor de justiça²⁵⁹.

²⁵⁰ CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Fundação Getulio Vargas, 2005, p. 31-134.

²⁵¹ *Ibid*, p. 89.

²⁵² *Ibid*, p. 89-101.

²⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.*, p. 413.

²⁵⁴ Antonio Magalhães GOMES FILHO defende que a existência do Ministério Público no Brasil pode ser encontrada nesse período, com esteio nas Ordenações, uma vez que as Casa de Suplicação dos Estados, no período colonial, contavam com promotores de justiça. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro*. In *Pena y Estado: revista latinoamericana de política criminal*. n. 2, vol. 2, 1997. p.139-140

²⁵⁵ CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Op. Cit.*, p. 102.

²⁵⁶ *Ibid*, p. 107.

²⁵⁷ “(ouvidores, tabeliães, meirinhos etc.), porém na prática o poder era exercido desregulada e privadamente”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.*, p. 413.

²⁵⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. O Código de processo criminal de 1832 e as raízes do CPP de 1941. In *O Código de Processo Criminal de 1832 e o Código de Processo Penal de 1941 em sua redação originária*. Walter Nunes da Silva Júnior, Olavo Hamilton (orgs.) – Natal: OWL, 2023, p. 29 e 30.

²⁵⁹ *Ibid*, p. 30.

Não obstante, na prática, prevalecia o exercício do poder (e da jurisdição) pelos capitães-donatários no âmbito das respectivas capitanias hereditárias²⁶⁰. Tinham lugar ainda os “forais”, concebidos no período medieval²⁶¹, constitutivos de normativas intrinsecamente ligados a pequenos territórios dentro do reino, dispendo sobre os usos e costumes daqueles locais, “estabelecendo os direitos e privilégios que estes possuíam sobre uma determinada localidade”²⁶². Acentuando a falta de uniformidade, verifica-se ser ainda comum o socorro ao Código Visigótico²⁶³, o que era condizente com uma “prática político-administrativa tipicamente feudal”²⁶⁴. O ouvidor era a figura de autoridade jurídica, não se podendo olvidar de sua intrínseca ligação com donatário²⁶⁵.

Com a mudança do sistema de capitanias hereditárias para governos gerais (quase como se fossem províncias) a partir de 1549, criava-se uma pequena burocracia local e um sistema de justiça centralizado pela Coroa²⁶⁶. Instituíam-se os ouvidores-gerais, de crescente importância por “resolver as questões de justiça e os conflitos de interesses”, ostentando poderes quase ilimitados²⁶⁷. A formação de aglomerados urbanos demandou o incremento da máquina jurídico-burocrática, surgindo os juízes singulares, separados pelos cargos de

ouvidores, juízes ordinários e juízes especiais. Por sua vez, estes se desdobravam em juízes de vintena, juízes de fora, juízes de órfãos, juízes de sesmarias etc. A segunda instância, composta de juízes colegiados, agrupava os chamados Tribunais de Relação que apreciavam os recursos ou embargos. Seus membros designavam-se desembargadores, e suas decisões, acórdãos. Já o Tribunal de Justiça Superior, de terceira e última instância, com sede na Metrópole, era representado pela Casa da Suplicação, uma espécie de tribunal de apelação.²⁶⁸

A eles se seguiriam, décadas depois, os Tribunais de Relação²⁶⁹, com competência recursal mas também originária para alguns casos, diminuindo gradativamente a importância dos ouvidores-gerais. Cada um tinha funções e competências próprias. Por exemplo, no Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, criado em 1751,²⁷⁰ o magistrado cumulava com as

²⁶⁰ PASCHOAL, Nohara. O estupro: uma perspectiva vitimológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 7.

²⁶¹ PALMA, Rodrigo Freitas. História do Direito. 9ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 416.

²⁶² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Op. Cit., p. 29.

²⁶³ CAMARGO, Joaquim Augusto de. Op. Cit., p. 77.

²⁶⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.

²⁶⁵ Ibid., p. 52.

²⁶⁶ Ibid, p. 51-52.

²⁶⁷ Ibid, p. 52.

²⁶⁸ Ibid, p. 52.

²⁶⁹ O primeiro a ser criado foi o da Bahia, em 1609. SILVA JÚNIOR, Op. Cit., p. 41.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 418.

respectivas funções judiciais outras típicas que hoje se atribui ao Ministério Público²⁷¹. Acima deles se situavam o Tribunal de Justiça Superior, sediado na metrópole até 1808²⁷².

Iniciava-se no Brasil a constituição de uma classe de magistrados, dentro de uma estrutura burocrática, que “revelavam lealdade e obediência enquanto integrantes da justiça criada e imposta pela Coroa, o que explica sua posição e seu poder em relação aos interesses reais, resultando em benefícios nas futuras promoções e recompensas”²⁷³. Esses cargos foram preenchidos, predominantemente, pela “pequena nobreza (filhos de fidalgos) e o funcionalismo (filhos de fiscais, inspetores ou tabeliães)”, inclusive excluindo de antemão outros cidadãos. A graduação em direito civil ou canônico eram qualidades que distinguiam alguém a pretender o cargo²⁷⁴. Como se verifica, tanto em Portugal como no Brasil,

“não foi o promotor de justiça, já previsto nas Manuelinas, o grande agente político dessa acumulação de poder punitivo, senão o juiz de fora, de nomeação real, sobrepondo-se ao juiz ordinário eletivo; seu sucesso no reino recomendou sua utilização no Brasil, a partir do final do século XVII”.²⁷⁵

No entretempo, em 1603, mas sem grandes alterações quanto à sistemática e conteúdo, advieram as Ordenações Filipinas²⁷⁶. Nelas é possível perceber a persistência da forte relação com a Igreja Católica Apostólica Romana em Portugal, havendo umbilical ligação com diversos postulados do direito canônico, sendo inclusive vista com espanto por comentadores do Século XIX, como Batista PEREIRA:

“[...] eram espelho onde se refletiva, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada das falsas ideias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter o mau pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo, obedecia, só, o critério da utilidade.”²⁷⁷

Sob outra visão, destaca Nilo BATISTA:

²⁷¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Op. Cit., p. 58.

²⁷² Ibid, p. 52-54.

²⁷³ Ibid, p. 55.

²⁷⁴ Ibid, p. 56.

²⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 417.

²⁷⁶ Sobre a organização e funcionamento do sistema judiciário na época: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Op. Cit.

²⁷⁷ PEREIRA, Batista, *Apud* SOUZA, Braz Florentino Henriques (1872), *Apud* VILELA, Hugo Otávio Tavares de. Ordenações Filipinas e Código Criminal do Império do Brasil (1830) – Revisitando e reescrevendo a história. In Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 3. Número 4, 2017, p. 768.

os modelos procedimentais canônicos – acusação, denúncia e inquisição – ressoarão nas leis portuguesas, alcançando as Ordenações Filipinas que vigoraram no Brasil. À acusação corresponderá a ‘querela’ e à denúncia a ‘denúncia’, ensinando Pereira e Souza que a diferença entre ambas está em que na querela ‘os queixosos são obrigados a provar a sua queixa’, enquanto os denunciadores só são dão a notícia dos factos às justiças a quem pertence o seu conhecimento.²⁷⁸

Na prática da Colônia, as diretrizes das Ordenações conviviam ainda com um poder disperso nos proprietários de terra e senhores de escravos, até o advento da “Lei da Boa Razão”, pela reforma promovida pelo Marquês de Pombal em 1769, inspirada pelas ideias iluministas, centralizando e uniformizando a aplicação das leis e “reduzindo a autoridade do Direito Romano, da glosa e dos arestos”²⁷⁹. A criação e implantação das “burocracias estatais” foi um processo demasiado lento.²⁸⁰ O estudo do direito e sua interpretação sorvia, ainda, muitas influências estrangeiras²⁸¹

Com o passar dos tempos, os magistrados (inclusive desembargadores) passaram a cumprir as funções políticas antes desempenhadas pelos governadores gerais em termos de controle da metrópole sobre a colônia, constituindo a administração da justiça por aquela um sistema de dominação sobre esta²⁸². Havia ainda ao tempo, embora sem sede no Brasil, o Tribunal do Santo Ofício, inclusive julgando brasileiros acusados de heresia, exercendo na colônia a autoridade da Igreja notadamente por meio de visitas e inspeções inquisitoriais²⁸³.

No âmbito dos processos em si era ampla a liberdade dos juízes, as Ordenações Filipinas permitiam ao julgador “se despartar do que constava do libelo e a pena, salvo quando certas e determinadas na lei, podiam se aplicadas conforme o arbítrio do julgador”.²⁸⁴

²⁷⁸ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Vol. 1. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 234-235. A denúncia, com o passar das décadas e séculos, em terrae brasilis, passaria à atribuição do Ministério Público, mas o conhecimento do fato, do que decorre logicamente a aplicação do direito, pertence aos Magistrados. Antecipando, com a observação, alguns tópicos da presente tese, vê-se aí perenização de que os denunciadores são meros nuncios dos fatos, remanescendo enquanto figuras de somenos importância na instrução.

²⁷⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. Cit.*, p. 44.

²⁸⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.*, p. 412.

²⁸¹ “Ao longo de todo esse período e, ainda posteriormente, podemos acompanhar as discussões doutrinárias sobre a lei e a sua aplicabilidade, citando-se por vezes a Lei da Boa Razão, por outras, o Direito Romano como fonte de legítima doutrina e, ainda em outras ocasiões, os Códigos europeus, tais como o germânico e o francês, além de doutrinadores de várias nacionalidades. A tudo isto, acrescenta-se, em fins do século XIX e inícios do XX, a importância gradativa que o direito norte-americano foi tendo entre nós.” RIBEIRO, Gladys Sabina. *Cidadania e luta por direitos na Primeira República: analisando processos da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal*. *In* Tempo 13 (26). 2019, p. 110. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-77042009000100006>. Acesso em: set. 2024

²⁸² WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. Cit.*, p. 58-59.

²⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.*, p. 419.

²⁸⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Op. Cit.*, p. 33.

As preocupações da metrópole (e depois das elites nacionais) eram antes econômicas do que verdadeiramente sociais, interesses que se faziam consolidar no processo de distribuição da justiça²⁸⁵. Essa estrutura de poder e esses objetivos pouco se modificariam na transposição do período colonial para a unificação do Reino e mesmo nos primórdios do Brasil independente²⁸⁶. Contextualiza Antonio Carlos WOLKMER:

A aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias locais permitiu construir um modelo de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos de segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção. Naturalmente, o aparecimento do Estado não foi resultante do amadurecimento histórico-político de uma Nação unida ou de uma sociedade consciente, mas de imposição da vontade do Império colonizador. Instaura-se, assim, a tradição de um intervencionismo estatal no âmbito das instituições sociais e na dinâmica do desenvolvimento econômico. Tal referencial aproxima-se do modelo de Estado absolutista europeu, ou seja, no Brasil, o Capitalismo se desenvolveria sem o capital, como produto e recriação da acumulação exercida pelo próprio Estado.²⁸⁷

A formação da identidade jurídica brasileira tem origem quase que exclusiva nas influências da colonização europeia (lusitana), dela não participando outros grupos étnicos (povos originários e negros escravizados), ao contrário do que sucedeu com a identidade cultural²⁸⁸, o que é explicável pela sua condição de subalternização.

A vinda da família real ao Brasil em 1808 acelerou a formação do aparato burocrático jurídico-estatal, instalando-se diversos órgãos e repartições públicas, além de tribunais, conquanto os efeitos tenham se centrado no Rio de Janeiro, então Capital do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves.²⁸⁹

A proclamação da Independência do Brasil levou, em 1824, à primeira Constituição do novo Estado-Nação, pretendendo-se completar o processo de emancipação política de Portugal com a promulgação de uma Carta própria. Não se pode esquecer que os influxos que conduziram à separação da metrópole vinham do ambiente global, desde os ideais liberais provenientes da Constituição Norte-Americana de 1776, a inspiração revolucionária da França de 1789 e os interesses comerciais da Inglaterra de que o Brasil integrasse o comércio

²⁸⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Op. Cit., p. 45.

²⁸⁶ Embora houvesse manifestações jurídicas não-estatais, lembradas por Antonio Carlos WOLKMER, como no âmbito das reduções jesuíticas e quilombos, estas não se consolidaram. A dominação se impôs, inclusive pelo apagamento do outro. Daí não se tratar aqui de tais particularidades, conquanto ricas experiências, pois não interferiram na formação do sistema jurídico brasileiro. Ibid., p. 45-46.

²⁸⁷ Ibid., p. 38-39.

²⁸⁸ Ibid, p. 42.

²⁸⁹ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 34ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.

mundial²⁹⁰ se impregnaram em uma elite ilustrada. O próprio processo da constituinte já foi permeado por polêmicas, registra Andrea SLEMIAN:

“logo na abertura dos trabalhos da Assembleia Constituinte de 1823, a primeira polêmica que se instalaria nas sessões preparatórias permite que se verifique esta tensão. Quando da aprovação de um regimento provisório para seus trabalhos, os deputados se empenharam em uma discussão se a cadeira do presidente da Casa ficaria no mesmo nível que a do imperador, ou não. Também se este último deveria estar coberto com a coroa, manto e cetro imperial neste espaço.”²⁹¹

Tal questão resultou resolvida, mas exemplifica bem que o movimento que conduziu à Independência longe estava de ser coeso. Assim, não sem outros embates, foi promulgada a primeira Constituição Brasileira. Como viria algumas poucas décadas após a registrar Joaquim Augusto de CAMARGO, a Carta se apresentava aos personagens da época com auspiciosa:

Na Constituição política, jurada a 25 de março de 1824, encontram-se várias disposições de direito público que bem alto demonstram o conhecimento completo que o legislador tinha dos bons e verdadeiros princípios que devem dirigir um povo livre, à sua excelência e perfeição. Assim, se essa grande lei fosse executada com todo rigor e inteireza, o Brasil nada teria a invejar aos povos cultos e caminharia sempre, altivo e feliz, pela melhor via da perfectibilidade, realizando sem tropeçar o esplêndido destino que lhe foi dado.

Fruto das idéias esclarecidas do século, a nossa Constituição política não é, portanto, a continuação das velhas e carunchosas doutrinas do passado e, na sua parte penal, estudando-se os diferentes preceitos que estabelece, chega-se ao conhecimento de que não mais o poder pune por ira, ódio ou sanha que tem do delinquente, mas sim porque o exige o princípio eterno e imutável do justo, com o qual todas as leis positivas, para poderem obrigar, devem conformar-se sempre.²⁹²

Na prática, em lugar de se estruturar a nova Nação sob uma experiência republicana de tripartição do poder, “vivemos uma situação institucional única, em que os poderes do Estado foram divididos em quatro, os quais, a rigor, eram apenas *um*. Foi uma invenção do nosso jovem defensor perpétuo”²⁹³. Criava-se ali o Poder Moderador, atribuído ao Imperador do Brasil, ao mesmo tempo que mantinha em suas mãos, enquanto chefe do Poder Executivo, a nomeação e destituição de juizes, do que se pode afirmar a ausência de independência do Poder Judiciário, sendo os julgadores “meros agentes do soberano”²⁹⁴, influenciando sobretudo na

²⁹⁰ ODILA, Maria. Ideologia liberal e construção do Estado. In A interiorização da Metrópole e outros ensaios. São Paulo: Alameda, 2005, p. 127-129.

²⁹¹ SLEMIAN, Andrea. Pelos “negócios da província”: apontamentos sobre o governo e a administração. In Outros Tempos, vol. 16, n. 27, 2019, p. 270-271.

²⁹² CAMARGO, Joaquim Augusto de Op. Cit., p. 139.

²⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., p. 181-182.

²⁹⁴ Ibid., p. 183 e 184.

autonomia das províncias.²⁹⁵ A organização judiciária era encimada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quando se observa os primeiros anos do Império, várias forças conflitavam. Notadamente havia disputa entre aqueles que propugnavam a força de um poder central (e autoritário) e aqueles outros defensores da descentralização; monarquistas e republicanos, posições ideológicas que muitas vezes se confundiam, não significando, por exemplo, que um monarquista pudesse ser liberal, o que aliás era frequente. Dentre esses vários fatores de divergência, anota Maria ODILA: “unidade nacional e poder central pareciam então preocupações políticas mais prementes do que o sistema republicano e as garantias dos direitos individuais”²⁹⁶. Completa a autora:

Entre os magistrados e burocratas da Corte, entre os comerciantes portugueses enraizados no centro-sul do país, havia uma consciência muito clara da oposição das províncias separatistas do norte, e o temor de uma fragmentação do país vinha somar-se ao clima generalizado de insegurança social. Essa perspectiva pessimista era inteiramente avessa à crença na identidade de interesses da sociedade, própria da ideologia liberal. A certeza da necessidade de forjar artificialmente ou de implantar à força no país a harmonia social não tinha raízes apenas no ceticismo tradicional, inspirava-se no reformismo político dos conservadores, no seu pensamento organicista, nutria-se de uma visão peculiar culturalista, do processo de formação das nacionalidades. De onde a busca de uma identidade nacional, adequada às tradições lusas, o preconceito contra as inovações liberais estrangeiras, o medo...

²⁹⁷

O liberalismo prevaleceu. Mas um liberalismo brasileiro, repleto de contradições (como a manutenção da escravidão) e particularidades, capturado pelas elites e burguesia ascendente dentro de uma perspectiva de formação e estruturação do Estado Nacional e ruptura dos vínculos coloniais. Explica Antonio Carlos WOLKMER:

O que sobretudo importa ter em vista é esta clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial. (...) A discrepante dicotomia que iria perdurar ao longo de toda a tradição republicana: a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas.²⁹⁸

²⁹⁵ SILVA, José Afonso. Op. Cit., p. 76.

²⁹⁶ ODILA, Maria. Op. Cit., p. 136.

²⁹⁷ Ibid., p. 137.

²⁹⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Op. Cit., p. 63-64.

Sob a perspectiva do liberalismo brasileiro, a Constituição do Império trouxe uma série de direitos e garantias individuais, sobretudo concernentes ao processo, à prisão e à pena. Importantes para a composição do arcabouço jurídico também foram o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal do Brasil de 1832, combinado “práticas processuais derivadas do sistema inglês e do francês, o que representava, uma vez mais, a vitória do espírito liberal e a supressão do ritual inquisitório filipino”²⁹⁹.

Importante contextualizar que veio a lume logo após a abdicação de Dom Pedro I, fator que levou a diversos movimentos revoltosos nas províncias reivindicando a descentralização do Poder³⁰⁰. Como assinala Nilo BATISTA, enquanto documento histórico, referido diploma é representativo desse movimento quase pendular de centralização e descentralização que afluía no Brasil ao tempo, visando sobretudo tentar acomodar os anseios locais³⁰¹, uma vez que “mesmo entre os indivíduos de condições liberais, o paroquialismo clamava mais alto que a sua fé nos princípios abstratos dos direitos dos homens”³⁰².

Essa descentralização promovida pelo diploma processual extinguiu a figura dos delegados e fortaleceu o papel dos juizes de paz, conforme se observa nas próprias disposições legais: investiram-se nas atribuições de fiscalizar, exercer a polícia de costumes, processar e punir pequenas infrações, conceder passaporte, contravenções às posturas das Câmaras Municipais, indicar escrivães de paz e inspetores de quarteirões, nomes oficiais de paz. Em outros termos, realizavam o vigilantismo penal, ao mesmo tempo que reforçava os poderes dos governos locais durante a regência. Não obstante, os juizes de paz foram uma “experiência renovadora de ‘magistratura popular’ escolhida pela participação da comunidade”³⁰³, podendo eles “cominar”, inclusive, “as penas de multa, prisão até 30 dias ou internação por 3 meses em casa de correção ou oficinas públicas aos ‘suspeitos da pretensão de cometer algum crime’, caso violassem o ‘termo de segurança’ que eram obrigados a assinar”.³⁰⁴

O movimento foi logo combatido pelos partidários da centralização do poder. Isto pode ser observado nas críticas que sucessivos Ministros da Justiça fizeram, respectivamente, em

²⁹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Op. Cit., p. 71-72.

³⁰⁰ PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832. Disponível em: <https://mapa.an.gov.br/index.php/assuntos/15-dicionario/65-dicionario-da-administracao-publica-brasileira-do-periodo-imperial/282-codigo-de-processo-criminal-de-primeira-instancia-de-1832>. Acesso em: ago. 2024.

³⁰¹ BATISTA, Nilo. Apontamentos..., p. 33.

³⁰² ODILA, Maria. Op. Cit., p. 138.

³⁰³ WOLKMER, Antonio Carlos. Op. Cit., p. 80.

³⁰⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 424-425.

1833, 1834 e 1835³⁰⁵, notadamente pela diminuição dos poderes da polícia (instituição administrativa por excelência):

Augustos e Digníssimos Senhores Representantes da Nação! Julgo do meu dever declarar francamente que o novo Código tem defeitos graves, que necessitam de correção: a prática provavelmente descobrirá muitos, que por ora ainda não são vistos; entretanto já se enxerga que, além da falta de ordem, método, e clareza necessária de uma lei, que tem de ser executada por homens não versados em jurisprudência, há no Código do Processo repetições, omissões graves, e até artigos inteiramente antinômicos. Em verdade Senhores, as melhores teorias da Jurisprudência Criminal de Inglaterra, e dos Estados Unidos, eram conhecidas pelos autores do Código, mas não posso deixar de dizer, que a aplicação ao nosso país foi infeliz. Usou-se de formas tão absolutas, que parece que se supôs que nós éramos um povo novo, que não tínhamos leis, que não tínhamos juízos, nem processos pendentes. [...] limito-me, portanto a dizer, que a sua revisão é absolutamente necessária, e com a maior urgência, para se prevenir uma completa anarquia judiciária no Foro Criminal. (BRASIL. Relatório do Ministério da Justiça apresentado pelo Ministro Honório Hermeto Carneiro Leão. 1833, p. 17-8).

O Código do Processo Criminal, que extinguiu o lugar de Intendente Geral de Polícia, e dispôs que nas cidades populosas um dos juizes de direito fosse o chefe dela, não designou quais fossem suas atribuições, e como as devia exercer. O governo deu-lhes, é verdade, um regulamento, que não podia deixar de ser circunscrito no círculo das atribuições dos juizes de direito: por ele o chefe de polícia, que, aliás, na Corte tem muito a fazer, encarregado, como está, da inspeção das prisões, fiscalização dos passaportes de estrangeiros, administração do calabouço, visitas do porto, e vários outros objetos, não pode passar um mandado de busca, ou de prisão, e está limitado a recomendar quaisquer diligências aos juizes de paz. Estes magistrados populares, além de sobrecarregados com as infinitas atribuições, que as leis lhes têm acumulados, carecem os meios necessários para satisfazer as policiais, e nem para eles são próprios. Um juiz de paz, que só tem de servir um ano no seu distrito, onde há de viver depois no meio dos criminosos, que ele deve prender e perseguir, ou teme fazê-lo, faz de um modo pouco conducente a reprimir o crime. Isto que dito é, acontece notadamente nos distritos mais distantes das grandes povoações, onde alguns juizes de paz por mais enérgicos, e exatos no desempenho das atribuições policiais, tem sido assassinados pelos malfeitores, a quem tem prendido, ou querido prender. Em minha opinião, para que tão salutar instituição de paz se não desacredite, e torne odiosa, precisa ser aliviada do enorme peso das atribuições que hoje tem, e, sobretudo, de uma grande parte das que dizem respeito à polícia: os bons já fogem de servir tais encargos, e só puro patriotismo, e receio de transtorno da ordem pública, fazem o oneroso sacrifício de aceitar o posto, que só lhes traz incômodo, privações, e despesas. Por outro lado o Código do Processo Criminal, dispensando os passaportes aos que viajam pelo Império, dificulta os meios de prevenir muitos crimes, e facilita a perpetração de outros. (BRASIL. Relatório do Ministério da Justiça apresentado pelo Ministro Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho, 1834, p.15-16).

Com efeito, Senhores, o direito de fazer rondas, dar buscas em casas suspeitas, pôr em custódia os doidos, e bêbados, formar corpos de delicto, coligir as primeiras provas sobre o criminoso; prender os indiciados, ou condenados por crimes; vigiar sobre a conduta das sociedades secretas e públicas: dissolver as ilícitas e perigosas; fazer assinar termos de bem viver, formar culpas e tudo o mais, que as leis tenham estabelecido com o fim de evitar, ou segurar a punição de crimes, não é tão pequena coisa, que deva ficar somente ao senso de homens, que se não tenham preparado suficientemente com o necessário conhecimento das leis criminais, que não

³⁰⁵ AGUIAR, Patrícia Figueiredo. O código do processo criminal de 1832 e as críticas dos ministros da justiça. *In Revista Sapiência: Sociedade, Saberes e Práticas Educacionais (UEG)* vol.7, nº. 2, p. 256-271, jan./jul., 2018, p. 256-271.

são de tão óbvia e fácil compreensão; o sistema que domina, reputa o seu profundo e meditado estudo como coisa de pouco valor, o que de certo poder dizer-se absurdo. E quase incompreensível, que no Código do Processo se tirassem todas essas atribuições aos juizes letrados, para entregá-las exclusivamente aos juizes de paz e municipais (BRASIL. Relatório do Ministério da Justiça apresentado pelo Ministro Manoel Alves Branco, 1835, p.18-19)

No entremeio, foi aprovado em 1834 o “Ato Adicional (lei nº 16, de 13.ago.834), que criou e outorgou poderes às assembleias legislativas provinciais, entre os quais o de legislar ‘sobre a polícia e economia municipal e decretar a suspensão ou demissão de magistrados’”.³⁰⁶

Afinal, em 1841, restituiu-se a figura do Delegado, promovendo-se a recentralização desse poder na Corte, “aumentando o poder dos presidentes de província, nomeados pelo poder central, e dos juizes de direito, que representariam a Corte nas diferentes localidades”³⁰⁷. Na prática, o Poder Judiciário, no Império, até pela inexistência de garantias institucionais do magistrado (como a inamovibilidade), estava profundamente ligado ao governo central, visto que este podia destituir um juiz sem qualquer empecilho.³⁰⁸ O mesmo se verifica em relação aos promotores, nomeados e sem qualquer estabilidade, “esvaziado de atribuições, seus promotores não contavam com a necessária independência para o exercício de suas funções; enfim, o Ministério Público não existia enquanto instituição estando durante o Império”, estando os promotores ligados ao Senado.³⁰⁹ Apesar desse quadro de centralização do poder, a autoridade dos senhores locais não foi minada, na medida em que se aliaram á autoridade real como maneira de legitimar seu poder local.³¹⁰

Ademais, sequer constavam os promotores, no Capítulo referentes às “autoridades criminaes” do Regulamento 120 de 1842, que dispunha sobre o recém reformado Código de Processo Criminal de Primeira Instância, no rol de autoridades.³¹¹ Aos promotores competiam as atribuições do artigo 37 do Código de Processo Criminal, bem como realizar a denúncia (em condição de igualdade com qualquer pessoa do povo):

Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes:
1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres,

³⁰⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 427.

³⁰⁷ ODILA, Maria. Op. Cit., p. 146.

³⁰⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Op. Cit., p. 77.

³⁰⁹ LOUBEH, Sílvio de Cillo Leite. O princípio constitucional do promotor natural. *In* Justitia nº 199. São Paulo: Ministério Público, jul/dez de 2008, p. 157.

³¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 427.

³¹¹ v. artigos 197 e seguintes do Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm#:~:text=REGULAMENTO%20N%C2%BA%20120%2C%20DE%2031,3%20de%20Dezembro%20de%201841. Acesso em: dez. 2024.

carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Código Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Família Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras.

2º Solicitar a prisão, e punição dos criminosos, e promover a execução das sentenças, e mandados judiciais.

3º Dar parte ás autoridades competentes das negligencias, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça.

(...)

Art. 74. A denuncia compete ao Promotor Publico, e a qualquer do povo:

§ 1º Nos crimes, que não admittem fiança.

§ 2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade. §

3º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou algum dos Principes, ou Princezas da Imperial Família, Regente, ou Regencia.

§ 4º Em todos os crimes publicos. §

5º Nos crimes de resistencia ás autoridades, e seus officiaes no exercicio de suas funcções.

§ 6º Nos crimes em que o delinquente fôr preso em flagrante, não havendo parte que o accuse.

Deveriam, no exercicio de tais atribuições, praticar os seguintes atos, em consonância com os artigos 221 e 222 do Regulamento

Art. 221. Aos Promotores pertencem as attribuições marcadas no art. 37 do Código do Processo Criminal. Requererão por meio de petição, como outra qualquer parte, e sómente se dirigirão por meio de officios ás Autoridades, quando tiverem de pedir providencias a bem da justiça em geral, sem referencia a este, ou aquelle outro caso especial.

Art. 222. Nos casos em que ao Promotor incumbe denunciar, incumbe igualmente promover a accusação, e todos os termos do processo, nos quaes, bem como na concessão e arbitramento das fianças, deverá ser sempre ouvido.

Um ponto relevante da estrutura criminal da época diz com o procedimento do júri. Quando os jurados absolvessem o acusado, além das partes se insurgirem, poderia o juiz interpor recurso de officio ao dissentir da solução exculpatória.

Importante registrar ainda que, mesmo nesse contexto de disputa e busca pela formação de uma identidade nacional, o Brasil continuava permeado à influência dos sistemas e ordenamentos estrangeiros:

podemos acompanhar as discussões doutrinárias sobre a lei e a sua aplicabilidade, citando-se por vezes a Lei da Boa Razão, por outras, o Direito Romano como fonte de legítima doutrina e, ainda em outras ocasiões, os Códigos europeus, tais como o germânico e o francês, além de doutrinadores de várias nacionalidades. A tudo isto, acrescenta-se, em fins do século XIX e inícios do XX, a importância gradativa que o direito norte-americano foi tendo entre nós (RIBEIRO, 2009, online).

O direito criminal à época do Império, como se verifica em um de seus principais comentadores, era concebido sob três dimensões: Direito Penal material (crimes e penas);

Jurisdições policiais e criminais (competências, além de organização judiciária e policial); processo e procedimentos³¹². Essa concepção é relevante e espelha as três formas que José Reinaldo de Lima LOPES propõe para se observar um ordenamento jurídico:

o direito pode ser visto como ordenamento, isto é, como o conjunto de regras e leis (estudar direito seria então estudar leis e princípios); pode ser visto como uma cultura, um espaço onde se produz um pensamento, um discurso e um saber; e pode ser visto como um conjunto de instituições, aquelas práticas sociais reiteradas, as organizações que produzem e aplicam o próprio direito.³¹³

Quanto à organização judiciária e o processo³¹⁴, embora trouxesse a Constituição Imperial algumas diretrizes, nela não se previa, por exemplo, a figura do Ministério Público (apenas o Procurador da Coroa era referido), que foi incorporada no diploma processual, espelhando, na sua divisão, a separação que se fazia das instâncias judiciárias, centralizando-se o controle no Procurador da Coroa. Anota José Antonio Pimenta BUENO:

Nosso ministério publico, assim como quasi todas as nossas instituições, por ora é incompleto, sem centro, sem ligação, sem unidade, inspecção e harmonia. Sofre de mais a mais lacunas graves nas attribuições conferidas a seus agentes, lacunas que muito prejudicão a administração da justiça: entretanto, como a instituição está creada, ella se aperfeiçoará com o progresso crescente de nossos estudos e melhoramentos legislativos.³¹⁵

Atribuía-se à instituição “não a simples faculdade, mas sim a obrigação positiva de denunciar os crimes públicos, policiaes, e inafiançáveis, como ó prescripto pelos arts. 37, 74 e 279 do cod., e 222 do regul.; e não só de denunciar, como de prosseguir nos termos ulteriores”. Poderia deixar de submeter alguém ao processo apenas se “taes denuncias não estejam sujeitas a todas as condições dos arts. 78 e seg. do cod..³¹⁶

Criticava o comentador (e não poucas vezes), um quartil de século após a promulgação do diploma a falta de estruturação do Ministério Público e da Polícia. E justificava, como resultante dessa

³¹² BUENO, José Antonio Pimenta. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro. 2ed. Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diário, 1857, p. 2-3.

³¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. Cit., p. 8.

³¹⁴ Discorre o Ministro Rogério SCHIETTI, no voto proferido no Recurso Especial 2.022.413/PA (cujo conteúdo material será à frente esmiuçado), sobre o panorama da evolução dos sistemas processuais penais no Brasil. Especificamente quanto a esse período, pontua: “Essa falta de identidade própria de nosso modelo punitivo gerou, como já pontuei, nefasta confusão normativa e funcional dos papéis que juizes, promotores e policiais desempenhavam na persecução penal, com interferências recíprocas em atribuições e competências que deveriam possuir demarcação mais nítida. Nada a estranhar, portanto, que, em semelhante policialismo judiciário, eventualmente a juizes se desse atribuição para investigar e a policiais, para acusar e julgar.”

³¹⁵ BUENO, José Antonio Pimenta. Op. Cit., p. 50-51.

³¹⁶ Ibid, p. 84.

organização imperfeita ou incompleta do nosso ministério publico: pela falta de agentes delle assim se onera o juiz da instrucção, obrigando-o a provocar o julgamento próprio ou exofficio, contra a maxima que sine accusatore nemo condemnari protest.

A boa administração da justiça criminal exige que haja formal separação, não só entre a autoridade criminal e a policia judiciaria ou ministério publico, mas até entre este e a propria policia judiciaria.

A missão de indagar dos crimes e de seus autores, de gerar as prevenções mais ou menos exactas, de proceder nos termos da informação provisoria eu meramente preparatoria, é sem duvida muito diversa e mesmo incompatível com a missão que autorisa a examinar, apreciar e decidir do valor desses indícios ou actos preparatorios. O encargo de provocar a acção criminal e de accusador official e também incompatível com a autorização de proceder elle mesmo á actos de instrucção, embora preparatoria, ao menos em regra geral.

E' essencial combinar o que a ordem publica reclama com as garantias das liberdades individuaes. O que faz o juiz, quando procede ex-officio? Constitue-se simultaneamente julgador e parte adversado delinqüente; dá a denuncia a si próprio, escolhe es testemunhas e inquire-as perguntando o que juiga conveniente, e por fim avalia as provas que elle creou, e pronuncia, ou não, como entende! Ha nisto garantia alguma?

O juiz não deve ser sinão juiz, arbitro imparcial, e não parte. Ainda mesmo prescindindo dos abusos que essa acumulação facilita, uma tal confusão tende por si mesma a desviar o espirito do julgador. Em verdade, quando elle é obrigado a crear em seu próprio espirito as primeiras suspeitas de quem seja o autor do crime, em vez de somente apreciar as que lhe são apresentadas, essas impressões influirão depois por modo perigoso. O amor próprio de sua previdência convidará a que não aprecie bem as contradições ou razões oppostas, a que faça triumphar sua penetração: elle julgará antes de ser tempo de julgar.

Em todo o caso, a dignidade do juiz, seu prestigio, a crensa de sua imparcialidade, sobre que deve descansar a confiança publica, e que elle deve inspirar ao próprio delinqüente, soffrem ou desaparecem.³¹⁷

Como criticamente sintetiza Raúl Eugénio ZAFFARONI (et. al.),

o interesse especial que esses movimentos de descentralização e centralização de poder nos oferecem está na circunstância de terem sido exercidos principalmente com utilização de poder punitivo, manipulado menos na programação criminalizante do que na organização judiciária e policial e no processo penal. As raízes do autoritarismo policial e do vigilantismo brasileiro estão fincadas nessa conjuntura histórica, que demarca o inevitável fracasso do projeto liberal.³¹⁸

Foram, também, reacomodações de poder. Isto pode ser observado com a instauração da Primeira República e o advento da Constituição de 1891³¹⁹, seguida por textos normativos a promoverem a distribuição das competências do Poder Judiciário. Atribuiu-se ao Poder

³¹⁷ Ibid, p. 87.

³¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. Cit., p. 427-428.

³¹⁹ Anota José Afonso da SILVA que referido texto constitucional, não por coincidência instituindo os Estados Unidos do Brasil, continha a estrutura da Constituição Norte Americana, à qual se acresceram disposições extraídas das Cartas Suíça e Argentina, havendo escassa preocupação com a realidade cultural do país. Daí porque “não teve eficácia social, não regu os fatos que previra, não fora cumprida”. Op. Cit., p. 79.

Judiciário, agora com autonomia administrativa, parcela do que se reservava alhures ao Poder Moderador.³²⁰ O Ministério Público, embora ainda não referido enquanto instituição na Carta, já tivera sua organização realizada pela lei 1.030, 1890.³²¹ Adquiriram, os promotores, nesse contexto, a garantia da inamovibilidade,³²² formalizada na lei 848, de 1890.

Especial destaque merece a ampliação o escopo da Justiça Federal, agora abrangendo todo o território nacional na apreciação de determinadas matérias, a compor, junto com o Supremo Tribunal Federal, as duas instâncias do Poder Judiciário da União. Cuidava-se, nesse âmbito, de problemas de índole constitucional, levando Rui BARBOSA a definir “a Justiça Federal como defensora dos direitos e garantias individuais e como elemento fundamental no novo pacto político estabelecido com os estados”.³²³ Especificamente quanto ao Ministério Público, este ainda não recebeu um tratamento institucional, persistindo apenas menções ao procurador-geral.³²⁴

Remanesceram as Cortes Estaduais, cada qual com denominação própria, a exercer jurisdição nos Estados.³²⁵ O Supremo Tribunal Federal era então composto por 15 ministros, nomeados pelo Presidente da República.

Ao longo da Primeira República os Poderes Executivo e Judiciário não possuíam pleno alinhamento, havendo “tendências divergentes a respeito da posição autônoma do Poder Judiciário e do papel que o STF deveria ter na nova ordem”. Com o gradual ganho de força e poder político do Judiciário, tornou-se este “árbitro dos poderes e lugar por excelência de defesa dos direitos dos cidadãos”.³²⁶ Não por acaso, em 1937, Getúlio VARGAS extinguiu a Justiça Federal.³²⁷ Foi nesse mesmo contexto, também, que houve um retrocesso no desenvolvimento institucional do Ministério Público. Emerge, com o Estado Novo, um viés paternalista e autoritário. Nesse contexto,

³²⁰ RIBEIRO, Gladys Sabina. Op. Cit., p. 103.

³²¹ LOUBEH, Sílvio de Cillo Leite. Op. Cit., p.157.

³²² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *In* Pena y Estado: revista latinoamericana de política criminal. n. 2, vol. 2, 1997. p.140-141.

³²³ RIBEIRO, Gladys Sabina. Op. Cit., p. 104. Não obstante, o acesso à justiça como forma de exercer e garantir direitos, ainda era um privilégio: “Portanto, o acesso à Justiça existia e passou a ser uma forma privilegiada de resolução de conflitos e de luta por direitos naquela sociedade. A chamada sociedade civil percebia esta possibilidade de uma forma absolutamente moderna, entendendo a Lei como espaço de conflitos e como fruto desses conflitos. Ao entrar com um processo ou com um recurso junto ao Supremo Tribunal Federal, o indivíduo estava exercendo legitimamente os seus direitos individuais, civis e políticos diante de uma determina querela, que muitas das vezes podia ter sido provocada pelos próprios regulamentos do Estado.” *Ibid.*, p. 113.

³²⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 9ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 51.

³²⁵ RIBEIRO, Gladys Sabina. Op. Cit., p. 103.

³²⁶ *Ibid.*, p. 117.

³²⁷ *Ibid.*, p. 107.

o processo passou às mãos do juiz, dando ensejo ao socialismo processual, segundo o qual o julgador tinha por escopo a busca desenfreada por justiça e centralizava em suas mãos a tarefa de distribuí-la aos cidadãos. Assim, o juiz sob o Estado Social tinha duas funções primordiais, consoante ensina Dierle José Coelho Nunes: de educador, devendo instruir extraprocessualmente aos cidadãos em relação ao direito vigente; e de representante dos pobres, quando, endoprocessualmente, deveria assumir a representação do menos favorecido. Desse modo, o juiz, em nome de um senso de justiça no qual suas próprias concepções acabam prevalecendo, acaba por centralizar em sua figura a tarefa de aplicação da lei, em detrimento da participação das partes na construção do provimento.”³²⁸

Note-se que a institucionalização do Ministério Público tem seu marco na Constituição de 1934, na condição de “órgão de cooperação nas entidades governamentais”, oportunidade na qual se determinou que seus membros ingressariam mediante concurso, mas logo perdeu prestígio com o advento da Constituição de 1937³²⁹, justamente sob os auspícios da qual foi promulgado o Código de Processo Penal de 1941.

Elucidativa da mentalidade que se instalava e conducente à promulgação do CPP/41 é a exposição de motivos neste inscrita. Vale destaque a alguns excertos, inclusive com críticas ao Código Criminal de Primeira Instância de 1832, “um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”:

O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um quantum de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena.

Do que vem de ser ressaltado, e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade.

Mesmo a mudança na “designação da nova codificação não foi obra do acaso. Revela, de forma inescandível, o viés punitivista do código atual, editado à imagem e à semelhança do Código de Processo Penal italiano de 1930, o Codice Rocco, confessadamente de índole fascista.”³³⁰

³²⁸ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *In* Revista Jurídica Cesumar. V. 15. n.2. jul-dez. 2015, p. 384.

³²⁹ SILVA, José Afonso. Op. Cit., p. 597. Anota o autor que “A carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.” *Ibid.*, p. 83.

³³⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Op. Cit., p. 13.

Fazia-a-se ali nova guinada ao inquisitorialismo, percebendo-se em seu principal entusiasta, Francisco Campos, a defesa de “ser injustificável a primazia de pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum, reproduzindo o argumento presente no Manual dos Inquisidores de que o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo”³³¹.

Na Constituição de 1946 o Ministério Público ganhou um título autônomo, apesar dos promotores de justiça também atuarem enquanto defensores do Estado em Juízo, restaurando-se também a garantia da inamovibilidade e o ingresso por concurso, conferindo-se estabilidade aos promotores após dois anos de carreira.³³²

Não obstante, superado o Estado Novo e antes da Ditadura Militar, os auspícios se tornavam mais favoráveis, ao ponto de José Frederico MARQUES conceber que o processo penal, já então, se estruturava sob matiz acusatória, mesmo que aparente algumas contradições, como o prestígio à forma escrita em detrimento da oralidade, o que seria explicável pelo contexto da elaboração do Codex, muito próximas “das formas de procedimentos usadas no juízo civil, as quais, quando iniciados os trabalhos de elaboração do vigente Cód. De Proc. Penal, ainda estavam sob o influxo do sistema romano-canônico, de forma escrita, herdado do direito português”³³³.

Sem grandes alterações adveio a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946, até porque constituiu em uma mal ajambrada reprodução das disposições das Cartas de 1891 e 1934.³³⁴

O Supremo Tribunal Federal, institucionalmente, não apoiou o golpe cívico-militar de 1964. No entanto, alguns de seus ministros foram entusiastas da ditadura cívico-militar que ali se instalava. O presidente da Corte, Ribeiro da COSTA, disse: “a sobrevivência da democracia se há de fazer, nos momentos de crise, com o sacrifício transitório de alguns de seus princípios

³³¹ LOPES JUNIOR, Aury; KHALED JUNIOR, Salah H. Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal (parte 1). *In* Boletim IBCCRIM, ano 30, n 357, ago. 2022, p. 6. Continua: “O Código de Processo Penal de 1941, no escopo de desconstruir o pseudo viés liberal do CPCrim de 1832, foi desenhado com um perfil *antidemocrático, policialesco e inquisitivo*, com repercussão direta quanto ao tratamento dispensado ao acusado, que foi coisificado, a ponto de ser desconsiderada a sua condição de sujeito do processo, porquanto chamado ao feito para servir de prova a respeito do crime por ele próprio praticado, sendo prevista a prisão preventiva como regra, para além de negado o princípio da presunção de inocência, com o estabelecimento mesmo de uma *presunção de culpabilidade* para determinadas situações, ademais de o devido processo legal não ter sido encarado como garantida, diante da visão inquisitivista de que o que importa é o descobrimento da verdade, a *utópica verdade real*, de modo que os fins justificavam os meios, não possuindo as regras ou formas processuais um fim garantista”. *Ob. cit.* p. 14.

³³² LOUBEH, Sílvio de Cillo Leite. *Op. Cit.*, p.159.

³³³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 66.

³³⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 34ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 85.

e garantias constitucionais”, no que foi seguido pelos Ministros VILLA LOBOS, saudando o “vitorioso movimento anticomunista [...] de bravos soldados”, e Pedro CHAVES, recebendo o Golpe sob o eufemismo de Revolução de 31 de março e efusivamente declarando-a “como uma manifestação da providência divina em benefício da nossa Pátria. Não me mantive em atitude contemplativa. Tive a coragem de alertar a Nação, em discurso de 11 de agosto de 1962, para o desfiladeiro tenebroso a que estávamos sendo conduzidos”. Anos depois, registrou o Ministro Aliomar BALEEIRO que “em 1964, houve idílio inicial entre a Revolução e o Supremo”.³³⁵

Sobreveio o AI-2, aumentando o número de Ministros no STF de 11 para 16, bem como atribuiu à Justiça Militar competência para julgar civis em crimes contra a Segurança Nacional ou instituições militares, prevalecendo sobre quaisquer disposições em leis ordinárias. Era o Superior Tribunal Militar que julgaria previamente os Habeas Corpus interpostos por quem fosse acusado de tais delitos. Também extinguiu o foro por prerrogativa de função de governadores de estado e respectivos secretários.³³⁶

Tal ato pode ser contextualizado, na medida em que, no entretanto entre o golpe e o AI-2, o STF passou a conceder *Habeas Corpus* que questionavam a competência da justiça militar para julgar civis no caso de crimes políticos, o excesso de prazo na prisão (muito se ultrapassava o permissivo de 60 dias) e a aplicação do foro por prerrogativa de função. Fato é que, após o AI-2, o STF deixou de conceder *Habeas Corpus* que versavam sobre crimes políticos processados e julgados pela justiça militar, pois reconhecendo que o ato lhe retirara tal competência jurisdicional e, assim, não poderia apreciar a ação liberatória.

O AI-4, ainda em 1966, foi o ato que convocou o Congresso a aprovar a nova Constituição, substituindo a de 1946, sendo promulgada em 1967. Tal Carta subordinou os demais Poderes ao Executivo e o exercício das garantias fundamentais, na medida em que restringia o controle dos atos institucionais.

Apenas 3 dias antes do AI-5, o STF concedeu um *Habeas Corpus* – o último – que determinou a libertação de dezenas de estudantes presos no congresso da UNE.³³⁷

Sobreveio o AI-5, no final de 1968. Contrariava em grande parte as já restritas liberdades em tese garantidas pela recém promulgada Constituição e ia além: suspendia a garantia do *Habeas Corpus* para crimes políticos e contra as instituições militares e permitia interferência

³³⁵ MACHADO, Patricia da Costa. Justiça e Ditadura: atuação das Cortes Supremas de Brasil e Argentina durante as ditaduras de segurança nacional. *In* Revista Sul-Americana de Ciência Política, v. 5, n. 1, p. 67.

³³⁶ MACHADO, Patricia da Costa. Justiça e Ditadura: atuação das Cortes Supremas de Brasil e Argentina durante as ditaduras de segurança nacional. *In* Revista Sul-Americana de Ciência Política, v. 5, n. 1, p. 68.

³³⁷ MACHADO, Patricia da Costa. Justiça e Ditadura: atuação das Cortes Supremas de Brasil e Argentina durante as ditaduras de segurança nacional. *In* Revista Sul-Americana de Ciência Política, v. 5, n. 1, p. 73.

direta no Judiciário. Foi o que ocorreu em 1969, através de Decreto que aposentou compulsoriamente os Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal, ao que seguiu a saída voluntária do então presidente do tribunal, Antônio Gonçalves de Oliveira, bem como do ministro Antônio Carlos Lafayette de Andrada. O STF voltava a ter 11 Ministros, em composição mais favorável às diretivas da ditadura cívico-militar.

Em 1969, já não havia nenhum ministro nomeado antes da ditadura de 1964, o que contribuiu para a pacificação – ou supressão – de qualquer resistência advinda daquele âmbito.

O Ministério Público também foi atingido pela necessidade de controle das autoridades ditatoriais. E se o fez deslocando a subordinação entre os poderes constituídos. Integrou o Poder Judiciário a partir da Constituição de 1967;³³⁸ sua tutela foi transferida ao Poder Executivo pela Emenda 1/69, tornando-se órgão deste; somente voltou a ser considerado como Instituição com a edição da Lei Complementar 40/81, a Lei Orgânica do Ministério Público no âmbito nacional.³³⁹ Pouco anos antes da promulgação da Constituição Federal, em 1985, já no lento processo de transição à democracia, era sancionada a Lei de Ação Civil Pública, indicador dos novos rumos que assumiria o Ministério Público a partir da nova Carta.

A CF/1988 teve também papel de apresentar à sociedade uma resposta aos arbítrios vividos da Ditadura cívico-militar. Somou-se aos eflúvios do neoconstitucionalismo do pós-guerra que tardiamente chegavam ao Brasil³⁴⁰. Mas, como não poderia deixar de ser, a escrita de uma nova Carta foi, desde a sua elaboração pelas comissões da Assembleia Constituinte, alvo de disputa. Isto pode ser visto no relato que José Afonso da SILVA faz sobre o clima que tomou conta de Brasília pouco antes do início da Constituinte, nos dias que sucederam o falecimento de Tancredo Neves, que assumira a missão de conciliar interesses díspares a confluírem em uma nova Carta democrática:

Sua morte, antes de assumir a Presidência, comoveu o Brasil inteiro. Foi chorado. O povo sentiu que suas esperanças eram outra vez levadas para o além. Assumiu o Vice-Presidente, José Sarney, que sempre esteve ao lado das forças autoritárias e retrógradas. Contudo, deu sequência às promessas de Tancredo Neves. Nomeou, não com boa vontade, a Comissão referida [Comissão de Estudos Constitucionais], que começou seus trabalhos sob intensa crítica da esquerda. Por

³³⁸ Equiparou-se, na ocasião, os vencimentos ministeriais aos dos integrantes do Poder Judiciário. LOUBEH, Sílvio de Cillo Leite. O princípio constitucional do promotor natural. In *Justitia* nº 199. São Paulo: Ministério Público, jul/dez de 2008. p.159.

³³⁹ MAZZILI, Hugo Nigro. Inovações no Ministério Público. In *Justitia* nº 114. São Paulo: Ministério Público, jul/set de 1981. p.14. Dispunha a Lei Orgânica ser o Ministério Público “*instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis*”.

³⁴⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. O Código de processo criminal de 1832 e as raízes do CPP de 1941. In *O Código de Processo Criminal de 1832 e o Código de Processo Penal de 1941 em sua redação originária*. Walter Nunes da Silva Júnior, Olavo Hamilton (orgs.) – Natal: OWL, 2023, p. 16.

muito tempo, a Comissão foi o único foro de debates sobre os temas constituintes e constitucionais. Logo que seu anteprojeto se delinear, viu-se que era estudo sério e progressista. Era a vez da direita e de os Conservadores agredirem-na, e o fizeram com virulência.³⁴¹

A Constituição consolidou princípios fundamentais, direitos e garantias individuais, disciplinando ainda funções afeitas ao Poder Judiciário e atribuições conferidas ao Ministério Público. Tracejou poucas diretrizes sobre o sistema penal em si, mas se infere sua opção por um modelo condizente com os princípios acusatórios. Concretizou-se ali a constitucionalização do sistema jurídico³⁴². Encimava, como valores maiores, a democracia e a dignidade da pessoa humana. Projetou-se a transição do sistema inquisitório arraigado para um sistema acusatório “uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham de uma mesma base epistemológica.”³⁴³

A opção pelo processo penal acusatório fica muito bem evidenciada na CF/1988 os princípios do juiz e do promotor natural (CF, artigo 5º, XXXVII e LIII)

ao prever como princípios garantidores e inerentes ao Estado democrático de Direito as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV), do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), do pleno acesso à Justiça (CF, artigo 5º, LXXXIV), do juiz e do promotor natural (CF, artigo 5º, XXXVII e LIII), da presunção da inocência (CF, artigo 5º, LVII), do tratamento paritário e equidistante das partes (CF, artigo 5º, *caput* e I), da ampla defesa (artigo 5º, LV, LVI, LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX) e a iniciativa privativa da ação penal pelo Ministério Público (artigo 129, I). Remanescia o vetusto CPP/41.

³⁴¹ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 34ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 89.

³⁴² “os direitos fundamentais, vazados em forma de princípios, conquanto antes desempenhassem função subalterna, sendo chamados apenas para colmatar as lacunas do ordenamento jurídico, mediante o reconhecimento de sua força normativa, passaram a ocupar no sistema jurídico posição hegemônica, estruturante e interpretativa, manifestando-se como normas de hierarquia superior às regras jurídicas estampadas na legislação infraconstitucional, de modo que esta tem não apenas de ser desenhada de acordo com os parâmetros dos princípios constitucionais, como possui a sua compreensão e alcance determinados por eles”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. O Código de processo criminal de 1832 e as raízes do CPP de 1941. In O Código de Processo Criminal de 1832 e o Código de Processo Penal de 1941 em sua redação originária. Walter Nunes da Silva Júnior, Olavo Hamilton (orgs.) – Natal: OWL, 2023, p. 16. Em sentido complementar: “embora o Código de Processo Penal brasileiro seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos – conquanto existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que prestigiam o sistema acusatório –, a sua leitura deve ser feita à luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao constitucional acusatório, corrigindo os excessos inquisitivos (interpretação conforme à Constituição)” TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. Cit., p. 51.

³⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 213-214.

Mesmo com esse contexto aparentemente favorável e algumas expressas diretrizes constitucionais, não se conseguiu aprovar um novo diploma processual penal. O resultado não foi exatamente alvissareiro, conforme aponta Fauzi Hassan CHOUKR:

Acomodação dos erros e dispersão das idéias codificadoras. Uma das conseqüências mais desastrosas da pulverização legislativa através das reformas pontuais é que as incoerências sistêmicas e mesmo os erros técnicos tendem a ser tratados com benevolência ímpar pelos operadores do Direito. Esse comodismo nada desejável impedirá a correta verificação dos malefícios da reforma fragmentada, pois seria politicamente inadmissível a reforma para corrigir o erro da reforma. As sucessivas edições normativas deslegitimariam o processo parcial e, na verdade, chamariam a atenção para a necessidade da reforma total.³⁴⁴

Frente ao insucesso das tentativas, debitável a significativas disputas ideológicas, optou-se por realizar reformas de maneira parcelada, do que resultaram onze anteprojetos elaborados pela Comissão presidida pela professora Ada Pellegrini GRINOVER.³⁴⁵ Esta inclusive declarou acreditar ser impossível a reforma total:

A reforma total teria a seu favor a completa harmonia do novo sistema. Mas seria inexecutável operacionalmente. A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa de um Parlamento asoberbado por Medidas Provisórias e por Comissões Parlamentares de Inquérito, tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais inteiros, de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros.³⁴⁶

O esforço obteve êxito parcial, mas isto será abordado adiante. Antes, necessário acrescentar, ao caudal de influências que permeiam o sistema jurídico punitivo brasileiro, alguns relevantes fatores externos.

3.2. Influências contemporâneas

Os sistemas jurídicos dos mais diversos Estados se entrecruzam no curso da história. Extravagante seria se assim não fosse na idade contemporânea. Ideais alheias e o discurso da

³⁴⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do código de processo penal. *In* Boletim IBCCRIM: editorial. Set. 1997. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/156-58-Setembro-Esp-1997. Acesso em: ago. 2024.

³⁴⁵ HAMILTON, Sergio Demoro. O aditamento provocado: uma heresia. *In* Revista do Ministério Pública. n. 19. jan/jun. 2004. Rio de Janeiro. p. 281.

³⁴⁶ Esse trecho do discurso foi transcrito por Kai AMBOS e Fauzi Hassan CHOUKR. A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina. São Paulo: Método, 2001, p. 14.

mudança pela mudança são atrativos, principalmente quando sugerem soluções simples para problemas complexos³⁴⁷. E o crime e o seu enfrentamento no âmbito dos sistemas processuais penais são dotados de imensa complexidade.

Não se quer, com o alerta, promover defesa da estagnação e fechamento dos sistemas às mudanças. A clausura diz com a operação, não sua impermeabilidade. A transformação da sociedade e o desenvolvimento de novas tecnologias impõe a atualização dos modos de viver e a relação do ser humano com o mundo e a comunidade também se modifica. E também na forma de enfrentamento ao crime. O cuidado que se deve ter, nesse contexto, é sobretudo em relação ao “quê” precisa ser alterado o “como” se deve fazê-lo, sobretudo em um sistema jurídico que coloca a dignidade da pessoa humana como seu centro gravitacional.

Esse processo de metamorfose precisa ocorrer dentro do sistema e conforme a lógica do sistema, respeitando sua historicidade e sua orientação axiológica. Destaca Geraldo PRADO: “Importam-se conceitos e noções e se pretende ‘adequar’, isto é, enquadrar as instituições do sistema penal local conforme a estas noções e conceitos de fora, pouco importando a história, hábitos e costumes do grupo social visado”.³⁴⁸ É sob tal premissa que se discorre a respeito das influências que hoje circundam o processo penal brasileiro.

2.2.1 Código Tipo de Processo Penal para a América Latina

O Código Tipo de Processo Penal para a Ibero-América começou a ser gestado em 1977, durante a V Jornada Ibero-Americana, em Cartagena, tendo por objetivo, na palavra de uma das suas autoras, a professora Ada Pellegrini GRINOVER “estimular um profundo movimento de reforma em todos os países da comunidade hispano-americana, em grande parte ainda atrelados ao processo penal antigo”³⁴⁹. Em termos históricos, não se pode ignorar que diversos dos países da América Latina passaram ou ainda se encontravam sob controle autoritário, significando também a mudança legislativa a busca pela retomada de um cariz democrático.

Serie ingênuo, no entanto, ignorar a força de atores estrangeiros. No que denominou “marcha triunfal do modelo processual norte-americano sobre o mundo”, Bernd SCHÜNEMANN alertava sobre a influência, enquanto política de Estado, que os EUA

³⁴⁷ Exemplos são as políticas estado-unidenses de tolerância zero e de guerra às drogas, cujos fracassos a sociologia criminal pode constatar. → **indicar uma fonte.**

³⁴⁸ PRADO, Geraldo. Curso..., p. 111.

³⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6585/6676>. Acesso em: jan. 2025.

promoviam sobre os sistemas jurídicos das demais nações, destacando as europeias e latino-americanas.³⁵⁰ Note-se que a Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID, no acrônimo em inglês), além de bancos internacionais (com capital norte-americano) e outras agências estado-unidenses fomentaram essas transformações sob a bandeira de fortalecimento das democracias e contributo ao desenvolvimento econômico.³⁵¹ Seria ingênuo acreditar se cuidar de uma iniciativa desinteressada, projetada antes como ação do imperialismo norte-americano para evitar a ascensão de grupos comunistas na América Latina.³⁵² Após um período de letargia, a partir da década de oitenta, essa ação foi retomada, culminando na elaboração do Código Modelo.³⁵³

Isto posto, apresentava o Modelo elaborado por juristas regionais as seguintes diretrizes:

³⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico..., p. 240.

³⁵¹ LANGER, Maximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *In* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017, p. 5-6

³⁵² “No contexto da Guerra Fria, a meta geopolítica da Aliança para o Progresso e da USAID era fomentar o desenvolvimento econômico, a fim de reduzir o risco de que os grupos comunistas e de esquerda assumissem o poder nos países em desenvolvimento.156 Entre a segunda metade da década de 1960 e a primeira metade da década de 1970, a USAID tinha dois programas centrados na reforma legal na América Latina. Em meados da década de 1970, a USAID havia encerrado os dois programas. Primeiro, vários estudiosos e funcionários da Fundação Ford acusaram as reformas da educação jurídica de serem etnocêntricas e imperialistas porque impuseram modelos norte-americanos na região. Em segundo lugar, as forças de segurança e formuladores de políticas treinados através dos programas muitas vezes foram trabalhar para regimes militares autoritários, com alguns aprendizes indo tão longe ao ponto de perseguir os aliados locais da USAID e da Fundação Ford. Por fim, não ficou claro se as reformas produziram algum resultado.” LANGER, Maximo, Op. Cit. p. 28.

³⁵³ “Em 1985, a USAID criou um escritório de administração da justiça no seu bureau na América Latina e no Caribe e começou a prestar assistência a outros países da região, incluindo Bolívia, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Panamá e Peru. Essa assistência incluiu cursos de formação para juízes, promotores, outros cargos jurídicos e agentes de polícia; assistência técnica para gerenciamento de casos, bases de dados jurídicas e bibliotecas de jurídicas; e a provisão de materiais e suprimentos para o judiciário. Parte dessa capacitação e assistência técnica foi prestada por um pequeno escritório das Nações Unidas, o Instituto para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente (ILANUD), com o apoio da USAID. Assim, os programas de reforma judiciária patrocinados pelos EUA se expandiram por toda a América Latina durante a segunda metade da década de 1980. Os programas tiveram origem em El Salvador devido às políticas internas e às necessidades geopolíticas e agenda da administração Reagan. Sua disseminação para outros países, no entanto, parece ter sido o resultado de um processo diferente liderado por Michel e outros funcionários de nível médio e baixo no Departamento de Estado e na USAID. Na segunda metade da década de 1980, funcionários da USAID se reuniram com Julio Maier e Alberto Binder. Os dois advogados latino-americanos criticaram os programas da USAID por fornecerem recursos elevados aos sistemas de justiça penal latino-americanos sem alterar uma falha estrutural principal – o uso de modelos de sistemas de processos penais inquisitoriais. Antes de gastar mais recursos, os funcionários da USAID precisavam trabalhar para substituir os sistemas inquisitoriais por outros acusatórios. Os membros da USAID acharam o diagnóstico de Maier e Binder atraente por várias razões. Primeiro, a USAID estava ansiosa por ideias, uma vez que não tinha certeza se seu trabalho na América Latina estava produzindo resultados significativos. Em segundo lugar, vários membros da USAID consideraram o diagnóstico de Maier e Binder intrinsecamente persuasivo. Terceiro, Maier e Binder eram juristas latino-americanos que faziam seu próprio diagnóstico e propostas para os sistemas de justiça penal latino-americanos; assim, ninguém poderia acusar a USAID de impor o modelo norte-americano. Em quarto lugar, embora Maier e Binder não defendessem a adoção de um modelo de processo penal nos Estados Unidos (lembre-se que o Projeto de 1986 e o Código Modelo foram inspirados principalmente pelo Código de Córdoba de 1939 e pelo StPO alemão), ideias como uma clara distinção entre as funções acusatórias e judiciais, os julgamentos orais e públicos e a discricão e flexibilidade da acusação ressoavam bem com os entendimentos dos EUA sobre o procedimento criminal.” LANGER, Maximo, Op. Cit. p. 30-31.

a) adoção do modelo acusatório, com nítida separação das funções de acusar, defender e julgar; b) supressão dos juizados de instrução; c) atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com a intervenção do juiz para as medidas cautelares; d) intransponibilidade para o processo dos elementos probatórios recolhidos na investigação da *opinio delicti* do Ministério Público; e) processo público e oral em contraditório; f) procedimento ordinário com uma etapa intermédia objetivando receber a acusação; g) previsão da suspensão condicional do processo (*probation*); h) existência de procedimentos abreviados; i) supressão, em princípio, da apelação, substituída pelo recurso de cassação e pela revisão *pro reo*; j) tribunais integrados por elementos do povo; k) adoção de vários mecanismos de seleção de casos, quebrando o princípio da obrigatoriedade da ação penal; l) suspensão do processo em caso de revelia; m) preocupação com a vítima e previsão de acordos reparatórios; n) jurisdicionalização da execução; o) efetivação das garantias do devido processo legal.

³⁵⁴

Conforme se verifica, o processo penal brasileiro à época continha pouquíssimas dessas diretrizes, destacando-se de forma positiva que já se extinguiu a instituição dos juizados de instrução.³⁵⁵ Em diversos países essa era uma figura proativa, enquanto no Brasil há muito já se estrutura a atividade policial sob controle do Ministério Público, o destinatário da prova colhida, ou realizando estas averiguações diretamente. Um juiz, em tal contexto, só tem lugar quando a diligência investigatória tenha o potencial de vulnerar direitos e garantias individuais firmados na Constituição.

Já no processo da constituinte podem se observar que, confessadamente ou não, certas características enunciadas no Código Modelo foram incorporadas à Carta, visto que “a ação penal pública ficou privativa do Ministério Público e privativa do juiz ficou a função de determinar qualquer providência cautelar” e se explicitou a possibilidade de realização de transação penal.³⁵⁶

Mas algumas inovações viriam a ser recebidas pelo legislador nacional. Especificamente quanto ao procedimento, uma das novidades trazida pelo Código Tipo de Processo Penal para a Ibero-América, vale transcrever as prescrições sugeridas:

Art. 371. **Admisibilidad.** Si el Ministerio Público estimare suficiente la imposición de una pena no mayor a dos años de privación de libertad, o de una pena

³⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6585/6676>. Acesso em: jan. 2025.

³⁵⁵ Por tal particularidade, Ada Pellegrini GRINOVER defendia já se cuidar de um modelo acusatório, conquanto permeado de resquícios inquisitórios.

³⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6585/6676>. Acesso em: jan. 2025. Acrescenta: “foi a constituição que assinalou para o processo penal a marca indefectível do modelo acusatório. E, como observa o relator brasileiro [Antonio Scarance FERNANDES], embora não se possa dizer que o texto do Código Modelo, contemporâneo à Constituição, tenha influenciado sobre esta, é negável que seu ideário permeou a Lei Maior, até pela identidade de alguns juristas que colaboraram na produção de ambos”.

no privativa de libertad, aun en forma conjunta, podrá solicitar que se proceda según este título, concretando su requerimiento ante el tribunal del procedimiento intermedio.

Para ello, el Ministerio Público deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, que se extenderá a la admisión del hecho descrito en la acusación y su participación en él, y la vía propuesta. La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de esta regla a alguno de ellos.

Art. 372. Trámite posterior. El tribunal oír al imputado y dictará la resolución que corresponda, sin más trámite. El tribunal podrá absolver o condenar, según corresponda, fundando su resolución en el hecho descrito en la acusación, admitido por el imputado; pero la condena nunca podrá superar la pena requerida por el ministerio público. Rigen, en lo pertinente, las reglas de la sentencia.

Si el tribunal no admitiere la vía solicitada y estimare conveniente el procedimiento común, para un mejor conocimiento de los hechos o ante la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida, rechazará el requerimiento y emplazará al ministerio público para que concluya la investigación y requiera lo que corresponda. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al ministerio público durante el debate.

Art. 373. Efectos. Contra la sentencia será sólo admisible el recurso de casación, interpuesto por el Ministerio Público o por el imputado y su defensor. El querellante, o quien sin éxito, pero con derecho, haya pretendido serlo durante el procedimiento preparatorio, tendrá las facultades previstos en los arts. 339 y 340; no podrá, sin embargo, agraviarse por la vía elegida o pretender la imposición de una pena superior a la requerida por el ministerio público.

La acción civil no será decidida y se podrá deducir nuevamente ante el tribunal competente. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de casación, con las limitaciones del art. 332 y sólo en la medida en que la sentencia influya sobre el resultado de una reclamación civil posterior.

Essa diretriz, de maneira muito particular na Lei dos Juizados Especiais. O que poucas vezes se recorda é que tal iniciativa não surgiu espontânea do legislador ordinário: a própria CF/1988 determinara a instituição de tais juízos abreviados, prevendo-o no artigo 98, inciso I:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Vale dizer, ultrapassados hoje algumas décadas, que o ritmo das mudanças foi inferior e o alcance menor ao verificado na América Latina e também em países europeus que influenciam a cultura jurídica nacional, como Itália, Portugal Espanha e Alemanha³⁵⁷.

³⁵⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan, Modelos processuais penais : apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. In DIDIER JUNIOR, Fredie [org. et. al.]. Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador : JusPodivm, 2013. p.188.

Especificamente quanto ao Ministério Público, os auspícios do Código Modelo reforçaram sua posição institucional, incorporando “uma ingerência mais direta nas investigações policiais, por intermédio de suas leis orgânicas, que fixaram forma de controle e lhe permitiram maior atuação nessa fase da persecução”³⁵⁸ a partir da diretiva constitucional e, mais tarde, a consolidação de poderes investigatório próprios.

Importante fixar que, conforme se observa no próprio Brasil e respectiva opção pelas reformas pontuais, a absorção das diretrizes do Código de Processo Penal Tipo para a América Latina não se deu de maneira homogênea.³⁵⁹ Alfredo Araya VEGA relaciona inúmeros países que passaram a incorporar as normas processuais daquele esquema processual cuja elaboração foi capitaneada por Julio MAIER: Guatemala (1991), Costa Rica (1996), El Salvador (1998), Venezuela (1999), Chile (2000), Paraguay (2000), Bolívia (2001), Ecuador (2001), Nicarágua (2001), Honduras (2002), Peru (2004), República Dominicana (2004), Colômbia (2005), Panamá (2008 e 2014) e México (2016)³⁶⁰. Houve ainda reformas em Cuba, no México (2008 e 2011) e no Uruguai (2017), além do próprio Brasil.³⁶¹

Embora não caiba, aqui, estudo pormenorizado do sistema criado em cada um dos Estados Nacionais, vale destacar o caso do México, por alguma simetria com o Brasil. Optou o legislador local, nas sucessivas reformas para implementação do que se denominou “novo sistema processual”, por explicitar na própria Carta Magna a adoção do sistema acusatório e oral, orientado pelos princípios da publicidade, contraditório, concentração, continuidade e imediatidade, estabelecendo a finalidade à qual se direcionam referidos princípios: esclarecer os fatos, proteger os inocentes, garantir que os culpados não fiquem impunes e que haja reparação pelos danos advindos do ilícito penal.³⁶² Apartando-se da incontornável influência norte-americana, fica evidente a mudança de paradigma, como se aponta em publicação do Instituto Nacional de Ciencias Penales:

³⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6585/6676>. Acesso em: jan. 2025.

³⁵⁹ AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina. São Paulo: Método, 2001, p. 225.

³⁶⁰ VEGA, Alfredo Araya. Sistema procesal mexicano: ¿Acusatorio garantista o Adversarial?. In *Influencia del modelo adversarial en nuestros sistemas procesales*. Revista Inmexius. n. 10, out. 2017. p.11.

³⁶¹ Segundo Maximo LANGER, entre 1991 e 2006 houve significativas reformas nos códigos de processo penal de ao menos 14 países latinoamericanos. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017, p. 5

³⁶² “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación. A. De los principios generales: I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; (...)” Disponível em: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2020-06/CPEUM-020.pdf>. Acesso em: fev. 2024.

La entrada en vigor del nuevo Sistema Procesal Penal en México representa, en muchos sentidos, un cambio de paradigma. El modelo anterior, pese a lo que aducen defensores, ya estaba rebasado por las necesidades sociales: se privilegiaba el proceso legal, por encima de la exigencia de los ciudadanos para que se resolvieran sus problemas y del reclamo de las víctimas para que se les reparara el daño.³⁶³

A iniciativa da elaboração de um Código Modelo foi salutar e, certamente, em muito contribuiu. Mas não conseguiu atingir outros aspectos, como a prática judiciária. Nos idos de 1995, Eugenio Raúl ZAFFARONI externava a preocupação de que

“nas Constituições latino-americanas têm-se dado acentuada atenção à consagração de direitos e garantias, mas pouca às instituições que devem torná-los efetivos e, em particular, ao Poder Judiciário. Em alguns casos parece esquecer-se de que uma Constituição pode inclusive carecer da ‘parte dogmática’ e nem por isso deixar de ser uma Constituição, mas jamais poderá carecer da parte institucional, porque esta diz respeito à sua essência.”³⁶⁴

Essa lacuna observada pelo jurista argentino permitiu que práticas inquisitórias continuassem a vicejar, na linha da constatação feita por Kai AMBOS e Fauzi Hassan CHOUKR: “a cultura acusatória não se cria com uma mera disposição legal”.³⁶⁵

Esforços persistem no sentido em relegar ao passado os traços inquisitoriais remanescentes, ao mesmo tempo que passam a conviver com uma nova ameaça: a pressão pela importação de institutos estranhos à tradição jurídico-cultural brasileira.

2.2.2 A tradução do sistema adversarial: americanização do processo penal?

Já se verificou que os sistemas jurídicos não são estanques. Modificam-se conforme novos elementos são incorporados. Tampouco são impermeáveis; entretanto, demanda sua modificação que o processo de ingresso de novos valores ou institutos (que deverão ter por finalidade a proteção de valores), observem regras de acoplamento e, sobretudo, se revelem

³⁶³ INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES. Todo lo que usted quería saber sobre el Nuevo Proceso Penal. 1ed. Mexico, 2017. p.9

³⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.17.

³⁶⁵ AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina. São Paulo: Método, 2001, p. 15. Continuam: “Sequer se cogita no ambiente brasileiro reformador de alguma coisa próxima à capacitação profissional, como se os operadores do direito calejados de inquisição, no período de *vacatio legis* [...], fizessem sua conversão espiritual ao modo de ser político, ético, filosófico, enfim, cultural, dos primados acusatórios.” Em sentido análogo, Nilo BATISTA pontua: “muitas vezes a vigência objetiva, a outorga da lei, não produz qualquer efeito sobre as práticas do sistema penal as do sistema penal”. Matrizes... p. 21.

consentâneos com o arcabouço principiológico, principalmente com a norma hipotético-fundamental. É o que se denomina filtragem constitucional, em um primeiro nível, e compatibilidade sistêmica, em um segundo nível.³⁶⁶

Essa interpenetração de características e/ou predicados, embora ocorra há séculos, voltou a receber maiores atenções a partir de claros movimentos de influência na modificação de sistemas jurídicos realizados por Estados sobre outros. O epicentro irradiador desse projeto político-jurídico de transformação das estruturas jurídicas alheias pode ser encontrado nos Estados Unidos da América. Conforme se verificou na elaboração do Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, houve a adoção de diversos institutos típicos do sistema acusatório adversarial. Dentre eles despontam os mecanismos de consenso. O mesmo fenômeno pode ser observado na Europa.³⁶⁷

Sob tal contexto, denominou-se o fenômeno inicialmente enquanto transplante, justamente com a significação da inserção de um corpo estranho (instituto jurídico) em um organismo (sistema jurídico) diferente do original.

Viu-se que houve fomento material e intelectual às reformas processuais penais na América Latina³⁶⁸. E os mecanismos de implementação do consenso processual receberam algum destaque. Respeitando-se entendimentos contrários sobre a americanização do processo penal,³⁶⁹ esse intercâmbio entre culturas pode se apresentar salutar, conquanto jamais deva ser recebido de forma acrítica.

³⁶⁶ Não se pode olvidar que os diplomas internacionais aos quais o Brasil presta aderência podem conter características estranhas ao sistema processual penal brasileiro. Precisam, sim, ser traduzidos no sentido sistêmico, acomodando-se com as prescrições já existentes.

³⁶⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 183

³⁶⁸ “O fato é que o transplante, ou a tradução, não se faz só com porretes ou tanques, mas também com sedutores discursos e incentivos financeiros, seja do ponto de vista explícito, seja do ponto de vista da própria formação intelectual – e curricular – da elite jurídica de cada país. As nuances de uma ou outra constatação, as asas críticas de cada autor na abordagem disso, fazem com que as influências possam ser vistas como mais ou menos determinantes. Por isso, não importam só as metáforas, mas em que elas se embasam (por que afinal, há transplantes jurídicos, ou ao menos, nos tempos que importam para um estudo de alteração no processo penal brasileiro, transplantes jurídicos recentes?), e a que elas se prestam (o que se faz depois dos transplantes, nos países que têm seus sistemas ou suas regras jurídicas alteradas a partir do modelo estrangeiro?” VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado *In*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 767-806, mai.-ago. 2018, pp. 777-778.

³⁶⁹ “É a ‘americanização do Direito’, que se estende, também, aos campos do Direito Penal e do Processual Penal, sobretudo com a adoção da mediação e da compensação penal, como meio de solução para uma justiça de massa e como fórmula para estancar a maré montante de processos”. REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. A justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime. *In* Boletim IBCCRIM, n. 318 – Especial Pacote Anticrime. Mai. 2019

O primeiro ponto a ser identificado é se o sistema processual penal permite esse acolhimento. A indicação do artigo 98 CF/1988 indica haver espaço para a transação.³⁷⁰

Não havendo impedimento ao transplante, passa-se a um juízo de compatibilidade. É aqui que se deve trabalhar com a ideia sucessiva de tradução como forma de realizar a compatibilização de um instituto que não seja nativo do sistema.

Segundo Vilém FLUSSER,³⁷¹ uma tradução implica primeiro na verificação da existência de alguma coincidência entre as linguagens, a qual denomina “traduzibilidade entre tais sistemas”, bem como identificar os pontos divergências (do contrário, seria inútil traduzir, havendo “intraduzibilidade”). Nesse ponto, pode-se identificar convergência na previsão constitucional da transação em matéria criminal e pela ausência de definição dos confins no texto legal; e também divergência, visto que não há previsão legal específica disciplinando a hipótese.

A criação de um texto legal, oriundo ou inspirado na tradição afeita a um sistema jurídico estrangeiro, deve receber sua tradução no âmbito do sistema receptor, à luz da cultura e dos valores imanentes. O resultado desse processo de compatibilização pode apresentar um produto essencialmente diferente da fonte. Longe de ser um problema, isto denota não se cuidar de acrítico transplante, mas de efetiva tradução,³⁷² incorporando-se um instituto estranho àquele sistema e compatibilizando-o com os demais elementos. A partir daí, traduzido, será possível falar na existência de comunicação e pertinência (pertencimento).

A tradução demanda, pois, incursão no arcabouço principiológico constitucional e no ordenamento de regência do subsistema do processo penal.³⁷³ Se a tradução de um subsistema

³⁷⁰ Quando se emprega, no texto constitucional, o vocábulo transação, deve-se interpretá-lo em uma acepção ampla enquanto gênero, não no sentido estrito empregado pela lei 9.099, de 1995.

³⁷¹ “1.2 De fato há traduções, portanto elas são possíveis e necessárias. 1.3 São possíveis, porque alguns sistemas coincidem de alguma maneira (Essa coincidência é a traduzibilidade entre tais sistemas). 1.4 São necessárias, porque alguns sistemas não coincidem de alguma maneira (Essa divergência é a intraduzibilidade entre tais sistemas). 1.5 Sistemas são elementos ordenados por regras. (A soma das regras é a estrutura, a soma dos elementos é o repertório dos sistemas). 1.51 Alguns sistemas têm repertórios compostos de símbolos. Tais sistemas são chamados ‘línguas’. 1.52 Há dois tipos de símbolos: denotativos e conotativos. Símbolos significam algo. Símbolos denotativos têm relação unívoca com seus significados, símbolos conotativos têm relação equívoca com seus significados. O repertório da maioria das línguas é composto de símbolos de ambos tipos. 1.6 Traduções entre línguas têm a ver com coincidência e divergência de repertórios, de estruturas, e de relações significativas.” FLUSSER, Vilém. Para uma teoria da tradução. *In* Revista Brasileira de Filosofia. N.º. 19. jan./mar. 1969, p. 16.

³⁷² “A metáfora da tradução mantém a dimensão comparativa que fez a metáfora do transplante tão poderosa e que falta à metáfora da irritação jurídica. No que se refere aos sistemas jurídicos, a metáfora da tradução distingue a linguagem fonte ou sistema jurídico –de onde a ideia ou instituição jurídica vem – da receptora – para a qual a ideia ou instituição jurídica é traduzida. A metáfora da tradução também permite uma distinção entre o “texto” original – a ideia ou instituição jurídica como desenvolvida no sistema jurídico fonte – e o texto traduzido.” LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017, p. 69.

³⁷³ “Como o processo penal tem como uma de suas funções a de dar aplicação ao Direito penal, por sua vez, o Direito penal tem como finalidade ‘[...]’ proteção dos bens fundamentais de uma comunidade [...]’, desta

para outro já demanda tal atividade, com maior razão a tradução de qualquer instituto alienígena demanda filtragem. No caso brasileiro, não se pode prescindir do vetor da dignidade da pessoa humana. Este o motivo, por exemplo, porque absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico processual penal provas corporais invasivas ou a mitigação do *nemo tenetur se detegere*. Tais alternativas probatórias ofendem direitos individuais indisponíveis e sua imposição viola o mínimo ético resguardado pela dignidade da pessoa humana. Daí porque, sob uma lógica probatória, a negativa à inspeção corporal ou à autoincriminação não podem ser interpretadas em desfavor do arguido, da mesma forma que pode este, *sponte propria*, produzir as provas às quais não pode ser compelido a fazer.

Isto mostra que há direitos disponíveis, sim, mas cuja disponibilidade não pode advir de um ato de império.

A colocação é consentânea ao se considerar as finalidades do processo penal no sistema da *common law*, servindo antes à resolução de conflitos³⁷⁴ e não à descoberta da verdade.³⁷⁵ A opção é relevante sob uma perspectiva de justiça negocial, sendo que nos Estados Unidos da América, por exemplo, mais de 95% dos casos são solucionados desta forma, mediante acordos realizados entre as partes, o que é coerente com o sistema adversarial, o qual,

mais do que uma concepção restrita ao mundo jurídico, é de fato uma concepção ideológica que se sustenta na competição entre os advogados, com a instauração de um individualismo competitivo, de forma que [...] “não vence quem tem razão” e sim “tem razão quem vence”, o que é ainda mais agravado pela preponderância da igualdade formal sobre a igualdade material, sem que seja concedida maior relevância à veracidade ou não da questão fática.³⁷⁶

forma, das modelagens de consenso no processo penal devem constar a observância da eficácia penal, sob pena de não se verificar aqueles motivos de ordem de política criminal pelo qual são definidas as condutas típicas penais”. GUINALZ, Ricardo Donizete. Consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 47.

³⁷⁴ “Ao se conceber o processo essencialmente como um instrumento de resolução de conflitos que assuma a forma de controvérsia jurídica entre as partes, a finalidade da descoberta da verdade torna-se desnecessária.” BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 62.

³⁷⁵ “A palavra ‘verdade’ também possui um significado diferente em cada estrutura processual de interpretação e significado. No sistema adversarial, mesmo que a disputa seja sobre a ‘verdade’, a acusação tenta provar que certos eventos ocorreram e que o réu participou deles, enquanto que a defesa tenta questionar ou frustrar esta tentativa. O conceito adversarial de verdade é mais consensual e relativo: se as partes chegam a um acordo sobre os fatos do caso, através de *plea agréments* ou *stipulations*, é menos importante determinar como os eventos se sucederam. Na estrutura inquisitorial de interpretação e significado, a “verdade” é concebida em termos mais absolutos: o oficial do Estado – tradicionalmente o juiz – é encarregado de determinar, através de uma investigação, o que realmente aconteceu, independentemente de acordos ou desacordos que a acusação e a defesa possam ter acerca do evento.” LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017, p. 35.

³⁷⁶ AMISY NETO, Abrão. Verdade, verifobia e processo penal. In OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaína Roland; REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marcos Félix; RAMOS, Vitor de Paula [orgs]. Direito probatório. Londrina: Thoth, 2023. p. 88.

O ponto é importante. Um sistema jurídico, antes de se estruturar sobre práticas policiais e judiciais, funda-se em valores, residindo na respectiva proteção sua razão de existir. O sistema do *civil law* e o sistema do *common law* representam duas culturas diferentes³⁷⁷, evoluindo separadamente a partir do século XIII e apresentando algum grau de convergência, por mútua influência, somente a partir do século XIX, com o sistema reformado continental. Ademais, perseguem, pelo processo, finalidades diversas:

enquanto o sistema adversarial concebe o processo penal como uma disputa entre duas partes (acusação e defesa) perante um julgador passivo (juiz e/ou júri), o sistema inquisitorial concebe o processo penal como uma investigação oficial, realizada por um ou mais agentes oficiais do Estado, a fim de determinar a verdade.³⁷⁸

O sistema do *common law* tem lastro em uma ideologia utilitarista extremada. Nesta, a concepção da “pena como um meio, em vez de como fim ou valor”³⁷⁹ é fundamental para compreender a finalidade de pacificação do conflito. No *civil law* com inclinações acusatórias a pena, a despeito das variegadas teorias que a cercam, não se coloca com meio, mas consequência do processo de determinação da verdade processual.³⁸⁰ Daí porque muito mais simples a adoção de institutos como o *plea bargaining*³⁸¹ sob o modelo adversarial de

³⁷⁷ LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017, p. 27.

³⁷⁸ LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017, p. 25-26. Complementa Mirjan DAMASKA: ““Uma vez que o processo é, essencialmente, uma disputa, mecanismos como negociação da admissão de culpa e acordos entre as partes não apenas são aceitáveis, como também essenciais, por estabelecerem a existência de uma competição e delinearem seus contornos.” DAMASKA, Mirjan. Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In GLEOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas processuais penais*. 2ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 349.

³⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 208.

³⁸⁰ Nenhum problema filosófico havia na conciliação da filosofia utilitarista com um processo de matriz inquisitória, no qual “tudo se resolve de maneira extremamente pragmática e utilitarista: ao considerar que há indícios suficientes de um fato punível, o juiz procede de ofício e recolhe por si mesmo o material, a fim de obter o convencimento da existência do delito. Outras pessoas não são tidas em conta a não ser como meios de informação. Isso vale tanto para a vítima, que será admitida somente como testemunha, como também para o acusado. Como o acusado é naturalmente a melhor fonte de informação, lhe é exigido que declare conforme a verdade, dando força a essa exigência por meio de coação.” KHALED JR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 82.

³⁸¹ “*plea bargaining* pode ser definido em um sentido estrito e amplo. Em uma visão estrita, é o procedimento preliminar pelo qual o indivíduo, formalmente acusado de cometer um delito (contravenção ou crime), negocia com a acusação uma confissão (autoincriminação) em troca de algum benefício que pode tanto o decote como a remodulação da acusação (*charge bargaining*), a recomendação de uma sentença mais branda (*sentencing bargaining*) ou ambos.³⁴² Além disso, um conceito mais amplo *plea bargaining* inclui a fase de confissão de culpa em que o réu, em audiência pública, declara voluntariamente e com conhecimento de todas as causas do acordo e das consequências da confissão de que foi o autor dos crimes, ou não opta por não contestar a acusação (*nolo contendere*) na expectativa de receber algum benefício da acusação (decote de tipos penais), do juiz (por exemplo, uma sentença branda) ou de ambas as autoridades.” SOUSA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu*. SOUSA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu*. 1Ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 101-102.

confrontação, até porque “o utilitarismo é centrado para assegurar a eficiência de uma vida agradável na sociedade, promovendo punições urgentes aos malfeitores e extraindo pessoas com comportamento desviante da sociedade.”³⁸².

Não obstante, apesar da atratividade do *plea bargaining* e da inafastável influência desse modelo de justiça negociada, Maximo LANGER advoga não ter ocorrido a americanização do processo, ao menos nos países pesquisados (Alemanha, Argentina, Itália e França),

“seja porque estas reformas ameaçaram seus poderes tradicionais no sistema inquisitorial em vigor, seja devido às diferenças na cultura jurídica. Esta desconfiança e resistência jogaram um papel decisivo na neutralização do potencial para a americanização inerente a algumas destas reformas no processo penal.”³⁸³

A assertiva deve ser vista com ressalva. Renato Stanziola VIEIRA traz preocupação análoga:

De qualquer forma, como menos importa a carga autoral do que a verificação da pretensão normativa dos transplantes, não há como se fechar os olhos seja para a desterritorialização da “origem” das normas jurídicas, seja (o mais importante) para a pretensão uniformizadora, vinda dos Estados Unidos, em direção aos países da América Latina, inclusive o Brasil.

Se isso significa uma “americanização” do direito processual penal ou, na linguagem de Elisabetta Grande (em outra metáfora de biologia), uma “inoculação” contra a expansão do modelo norteamericano de processo penal, além de motivar outra discussão, para este texto cabe bem na medida em que se está outra vez questionando o que vem depois dos transplantes jurídicos.³⁸⁴

Respondendo à indagação do tópico, há sim uma americanização do processo penal e, em sentido complementar, um abraqueiramento de tais institutos estrangeiros para que possam ter o necessário rendimento sistêmico, sem sacrifício dos princípios constitucionais e consentâneo com o valor da dignidade da pessoa humana.

O diagnóstico quanto à qualidade da mudança é, pois, fundamental. E se deve fazer uma apreciação crítica, sob uma perspectiva decolonial.³⁸⁵ Aqui, no entanto, o enfoque é outro. A

³⁸² Ibid., p. 101.

³⁸³ LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017, p. 25.

³⁸⁴ “Acontece que, justamente por se tratar de alteração sistemática, o cuidado mínimo que se deve ter é com a alteração como um todo, e não em pontos cirúrgicos, deixando as indelévels marcas de sistema jurídico incompatível vigente com as alterações propostas. Em ainda nova metáfora: uma coisa é o transplante, outra é a introjeção de órgão estranho, incompatível, algo que se aproxima de um irresponsável enxerto, num pedaço do corpo, que passará a não funcionar bem como o enxerto não pensado para todo o organismo. O transplante pode ter razões para funcionar ou não, a depender de como se reage às modificações legislativas; mas com o corpo estranho não se tem método algum na introjeção das novas normas e nem o mínimo cálculo do que pode advir da operação.” VIEIRA, Renato Stanziola. *Op. Cit.*, p. 785.

³⁸⁵ “a perspectiva decolonial está comprometida com premissas que contestam, denunciam, resistem e visam transformar padrões enraizados de exercício autoritário de poder, cujas trajetórias e efeitos permanecem em

tradução provocou uma alteração no sistema.³⁸⁶ O rearranjo foi, quiçá, mais amplo do que se poderia supor, redimensionando o papel, os poderes e atribuições de dois dos personagens da tríade processual: o acusador e o julgador.

2.3. Das minirreformas ao Pacote Anticrime

Retomando-se o passado recente, apesar do insucesso na aprovação de um novo Código de Processo Penal, a estratégia da professora Ada Pellegrini GRINOVER de parcelar a reforma obteve êxito parcial.

Aprovou-se já em 1995 a Lei 9.099, (Lei dos Juizados Especiais), criando-se o procedimento abreviado, que continham a previsão (não adstrita àquele ao rito sumaríssimo) da suspensão condicional do processo, além de outros institutos despenalizadores. Ainda na década de noventa, mais precisamente pela Lei 9.271, de 1996, merece destaque a suspensão do processo quando da revelia do acusado, desde que não houvesse constituído advogado.

No início do primeiro milênio as reformas cuidaram de conferir um maior prestígio ao contraditório, a exemplo da implementação do exame cruzado da prova e do deslocamento do interrogatório para o último ato do processo. São elas: Lei 10.792, de 2003, que alterou sensivelmente o interrogatório, inclusive estabelecendo o direito ao silêncio sem implicações prejudiciais ao acusado; Lei 11.689, de 2008, modificativa do procedimento afeito ao júri; Lei 11.690, também de 2008, atualizando o regime de prova de maneira a deixá-lo mais consentâneo com a CF/1988; Lei 11.719, ainda de 2008, estatuinto a reserva ao Ministério Público tocante à promoção privativa da ação penal (reproduzindo o comando constitucional), reformando a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli* sob uma perspectiva acusatória e estabelecendo transformações nos ritos judiciais; a Lei 12.403, de 2011, conferindo uma nova roupagem às medidas cautelares em prestígio à intervenção mínima na esfera de liberdade do imputado; a Lei 12.850, de 2013, dispondo sobre organização criminosas e que, sobretudo no que aqui interessa, instituiu a colaboração processual e regramento correlato; a Lei 13.964, de 2019, a qual, na ótica processual, explicitou a adoção a estrutura acusatória do processo, definiu a criação dos juízos das garantias, definiu um novo mecanismo de consenso no processo penal

curso na atual quadra histórica” LOPES JUNIOR, Aury; KHALED JUNIOR, Salah H. Op. Cit., p. 5. Complementares as considerações de Renato VIEIRA: “Por isso mesmo é que a preocupação é (ou deveria ser) com o que vem depois dos transplantes jurídicos. Mais de uma vez se afirmou no texto: o problema não é, em si mesmo, a ideia de transplante jurídico (a crítica que pode ser feita a isso é a de neocolonialismo, emulação por espírito de subserviência cultural, dependência econômica etc.), e sim, de ‘qual’ transplante se trata, de ‘qual extensão’ de determinado sistema se propõe alterar.” Op. Cit., p. 800.

³⁸⁶ VIEIRA, Renato Stanzola. Op. Cit., p. 796.

denominado Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e sistematizou a cadeia de custódia da prova.

Dentre todas essas mudanças, houve outras tantas sugestões que não foram objeto de lei aprovada ou, conquanto aprovadas, tiveram pouca aceitação na práxis forense (como a oralidade, com destaque para as alegações finais). Há ainda o caso de pontos, como os juízos das garantias (a exemplo da mitigação da intransponibilidade dos elementos probatórios hauridos na investigação) e o controle de legalidade do arquivamento do inquérito policial, que acabaram sensivelmente modificadas na interpretação dos tribunais. Este último ponto, dizendo essencialmente com o denominado Pacote Anticrime aprovado em 2019, será retomado.

A seletiva substituição de trechos da desgastada redação original, mantendo-se intocados outros tantos, fez com que o *codex* encerrasse muitos dispositivos contraditórios entre si, o que torna mais difícil a conciliação da vigente norma com proposições sobreviventes de tempos idos.

Exemplo outro dessa miscelânea ou baralhamento de disposições pertinentes a sistemas diversos pode ser observado no artigo 156 CPP/41, que atribuiu a gestão da prova às partes, mas, subsidiariamente (ou nem tão subsidiariamente assim), seguiu permitindo atuação do magistrado na produção probatória.

No meio dessas idas e vindas, outras iniciativas ficaram pelo caminho, pelo esvaziamento de seu conteúdo ou pela ausência de vontade política para sua implementação. Mesmo aquelas definitivamente incorporadas ao Código de Processo Penal foram sujeitadas a sensíveis mutações em relação ao seu conteúdo original: pelo Poder Legislativo, durante a atividade legiferante; pelo Poder Executivo, na oposição de vetos a projetos de lei; ou ainda pelo Poder Judiciário, notadamente quando da realização de controle de constitucionalidade dos textos pelo Supremo Tribunal Federal.

O cenário atual, após as reformas pontuais visando adequação de um *codex* oitocentenário às inspirações democráticas do Estado Brasileiro e da sociedade contemporânea, converteu-se em “uma colcha de retalhos, um verdadeiro *frankenstein* jurídico, uma codificação eivada de dicotomias e conflitos internos.”³⁸⁷. A seletiva atualização do diploma se mostrou insuficiente. O “discurso de modernidade, apresentando-se a acusatoriedade como uma ‘grife’ e não como

³⁸⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; Novo Código de Processo Penal é necessário, mas não qualquer um. *In* Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/limite-penal-codigo-processo-penal-necessario-nao-qualquer/>. Acesso em: ago. 2024, s/n.

fruto de um processo de construção dos valores e princípios constitucionalmente estabelecidos como democráticos.”³⁸⁸

Assim, o velho artigo 385 CPP/41 e o (nem tão) novo texto do artigo 403 CPP/41 (na redação de 2008), imbuídos ambos de comandos normativos, precisam hoje ser interpretados conforme a diretriz do novíssimo artigo 3º-A, em consonância com as características de um sistema processual penal: orientam-se hoje por uma ótica acusatória, não mais inquisitória. Os vocábulos e prescrições do pretérito, isoladamente, pouco significam. Há de se recontextualizá-los no sistema. Afinal, “as normas não são como mônadas isoladas, porquanto integram um conjunto normativo, cumprindo examiná-las nas relações existentes entre elas e o próprio conjunto a que pertencem, pois é desta análise que se poderá defluir o seu significado.”³⁸⁹

Daí porque o CPP/41, mesmo em uma leitura contemporânea, consideradas as plúrimas mudanças, ainda apresenta severas inconsistências. Salah H. KHALED JUNIOR anota que “a vertente inquisitória ainda se sustenta, baseada em larga margem no artifício discursivo da verdade correspondente e na aptidão do juiz para buscá-la.”³⁹⁰

Isto pode ser observado na leitura do próprio artigo 3º-A do CPP/41, aferindo as condições nas quais se expressa a adoção do sistema acusatório. Colocam-se ali dois pontos como *conditio sine qua non*: a) vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação; e b) vedação à substituição à acusação na atuação probatória em juízo.

A primeira questão é facilmente enfrentada, na medida em que o artigo 3º-C, em seu § 3º, disciplina

“Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.”

Nessa medida, não haveria nem a transmigração da prova produzida – ressalvada a irrepetível – nem a manutenção do juiz, o que implica em um processo efetivamente ter início sem carregar eventuais vícios. Em outros termos, definiu o legislador que o inquérito policial

³⁸⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan, Modelos processuais penais : apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. In DIDIER JUNIOR, Fredie [org. et. al.]. Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador : JusPodivm, 2013. p.192.

³⁸⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal: parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.88.

³⁹⁰ KHALED JR, Salah H. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

ou qualquer outro procedimento de natureza investigativa³⁹¹ não seria levado a conhecimento do julgador, uma vez inaugurada a instância penal. Submetida a questão ao Supremo Tribunal Federal, a interpretação foi diversa.³⁹²

Já o segundo elemento prescrito no artigo 3º-A CPP/41, a proibição à iniciativa probatória do Magistrado, comporta ressalvas interpretativas. “Substituição”, vocábulo eleito pelo legislador, dentre vários significados, indica “colocação de uma pessoa ou coisa em lugar de outra” **Colocar alguma referência de dicionário**. A situação fica muito clara quando ausente o representante do Ministério Público em uma audiência e o juiz avoca para si as perguntas que seriam por aquele feitas.³⁹³

Insista-se. As sucessivas reformas processuais, por mais que visassem um avanço, analisadas em conjunto, carecem de coesão sistêmica. Se no aspecto teórico já provocam intensos debates, a problemática reside, sobretudo, na *praxis*. Subsistem, como adverte Alexandre Morais da ROSA, “múltiplas e inconciliáveis compreensões sobre as expectativas de comportamento decisórios dos agentes processuais (principalmente os estatais)”.³⁹⁴

Esse amorfismo do processo penal brasileiro, que não é recente, conquanto crescente, fez parte da doutrina nacional conceber o sistema pátrio enquanto misto, pois possuindo uma primeira fase tipicamente inquisitorial (inquérito policial) e outra predominantemente acusatória (processo judicial):

“A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais. Alguns alegam que a existência do inquérito policial na fase pré-processual já seria, por si só, indicativa de um sistema misto; outros, com mais propriedade, apontam determinados poderes atribuídos aos juízes no Código de Processo Penal como a justificativa da conceituação antes mencionada” (PACELLI, 2013, p. 13)

No mesmo sentido:

“É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.” (LIMA, 2016, p. 41)

³⁹¹ Como os Procedimentos Investigatórios Criminais do Ministério Público ou as “diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais”.

³⁹² Colocar o trecho da decisão do STF sobre essa parte do pacote anticrime.

³⁹³ **Ressalve-se que a jurisprudência das Cortes Superiores é em sentido contrário ao aqui afirmado. Veja-se exemplificativamente:**

³⁹⁴ ROSA, Alexandre de Morais da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2021, p. 35.

A busca por uma terceira via, espécie de obsessão nacional, recebeu diversas críticas. Alexandre Morais da ROSA, anota que o resultado da junção de elementos de ambos os modelos resultou em incoerência e inconsistência e, no caso brasileiro, confluíram para “um *mix* desprovido de organicidade, com dispositivos conflitantes e muita divergência interpretativa. O resultado é a ampliação de comportamentos oportunistas e da ausência de previsibilidade do comportamento dos agentes processuais.”³⁹⁵ Isto ocorre porque, diferentemente dos sistemas acusatórios ou inquisitórios, o misto não possui um princípio unificador³⁹⁶.

Para Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, “a existência do inquérito policial não descaracteriza o sistema acusatório, pois se trata e uma fase pré-processual, que visa dar embasamento à formação da *opinio delicti* pelo titular da ação penal, onde não há partes, contraditório ou ampla defesa”³⁹⁷.

A resposta para o debate doutrinário pode ser encontrada em um olhar mais acurado dos elementos fundantes e dos elementos fundamentais do sistema processual penal brasileiro.

³⁹⁵ ROSA, Alexandre de Morais da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. 1. ed. Florianópolis: Emals, 2021, p. 108.

³⁹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução..., p. 167.

³⁹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. Cit., p. 50.

3 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

A incursão histórica e a análise das variegadas influências na construção do sistema processual penal nacional não se constituem em mero relato apto à satisfação da curiosidade. Traz aspectos relevantíssimos que permitem entender ou, ao menos, formular hipóteses coerentes para apreciar o atual estágio em que se encontra a persecução criminal brasileira. Isto porque,

“embora o Código de Processo Penal brasileiro seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos – conquanto existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que prestigiam o sistema acusatório –, a sua leitura deve ser feita à luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao **constitucional acusatório**, corrigindo os excessos inquisitivos (interpretação conforme à Constituição)”³⁹⁸

Afirmou-se alhures que a simples leitura dos textos legais não seria suficiente à compreensão da realidade cultural e política a formatarem o objeto que hoje se estuda. É um pouco como o visitante que, ao observar as rochas do Parque das Sete Cidades, no Piauí, desconhece as enormes forças da natureza que esculpiram os monumentos, a ação da água, do vento e do calor. Conhecer os agentes de pressão e de transformação permite uma melhor compreensão dos caminhos do futuro. No fim das contas, até mesmo metaforicamente, tem também relação com as expectativas normativas a que aludiu Niklas LUHMANN.

No âmbito do processo penal, não se pode ignorar a herança colonial e os processos de dominação e autoritarismo pelos quais o Brasil passou. Os dois únicos códigos de processo penal, enquanto pretensão de organização sistemática das formas e ritos para a determinação da suficiência de provas quanto à culpabilidade de alguém, foram gerados em contextos autoritários. Daí não se poder ignorar que

As epistemológicas processuais contemporâneas alicerçadas na razão moderna ainda estão impregnadas de colonialidade. Tais teorias propõem um afastamento completo das vividas realidades de risco, incerteza e conceito que são constitutivas da experiência concreta do Processo Penal, propondo sistemas abstratos e simplificadores que não conseguem se desvencilhar de sua gênese violenta. Ao reproduzir premissas que estiveram à serviço do colonialismo e, portanto, a propósitos de domínio, elas ainda conformam um repertório de veias abertas para práticas punitivas autoritárias.³⁹⁹

³⁹⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso Processo Penal e Execução Penal. 19ed. Salvador: Jus Podivm, 2024, p. 51.

³⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury; KHALED JUNIOR, Salah H. Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal (parte 1). *In* Boletim IBCCRIM, ano 30, n 357, ago. 2022, p. 5.

Aceitar que os textos legais são permeados de pressões políticas e que o processo legiferante é permeado de ideologias e disputa constitui um passo fundamental para todo e qualquer estudo sério. O processo penal não existe sem razão. É ele um instrumento político poderosíssimo. E, finalisticamente, atende a diversos objetivos. Esse ponto também merece análise pormenorizada.

3.1. Finalidades do processo

O processo não existe por si. Ele assume relevância (ou valor) em vistas à finalidade à qual se destina. Realça Miguel REALE que

“A nosso ver, a noção de fim é decorrência da de valor. O fim é valor enquanto racionalmente pode ser captado e reconhecido como motivo do agir. [...] O que declaramos fim não é senão um momento de valor abrangido por nossa racionalidade limitada, implicando um problema de meio adequado à sua realização.

O nexa ou relação de meio a fim é, e não pode deixar de ser, de natureza racional; mas a referibilidade ou imantação a um valor pode ser ditada por motivos que a razão não explica. A história humana é um processo dramático de conversão de valores em fins, e de crises culturais resultantes da perda de força axiológica verificada em fins que uma nova geração se recusa a ‘reconhecer’”⁴⁰⁰

A função precípua do subsistema processual penal, à moda de todos os subsistemas jurídicos, é a realização dos valores imanentes ao sistema constitucional de um Estado e à preservação do referencial emanado da norma hipotética fundamental sob o qual se erige; no caso brasileiro, a observância à dignidade da pessoa humana é incontornável.

Um sistema jurídico serve à proteção dos valores eleitos como relevantes por determinada sociedade. E realiza seu desiderato indicando, de um lado, a necessidade de protegê-los, conferindo a determinados valores maior peso e reprimindo condutas que contra estes atentem. É neste último contexto que advém o sistema processual penal, justamente visando determinar a responsabilidade de quem viola os mais caros valores sociais.

Surge, em tais situações, um conflito entre o titular de um valor, tradicionalmente definido enquanto bem jurídico penal⁴⁰¹, e o suspeito de afetá-lo. O ofendido pode exigir do ofensor a satisfação, disso surgindo uma pretensão⁴⁰². Não satisfeita a ofensa ou em se cuidando

⁴⁰⁰ REALE, Miguel. Filosofia do direito. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 333-334.

⁴⁰¹ Definir bem jurídico penal

⁴⁰² Importante não confundir com o conceito de pretensão do direito processual civil. Consoante explicam Claus ROXIN e SCHÜNEMANN: “un paralelismo con el *proceso civil* tiene que fracasar, ya que no se puede comparar la ‘pretensión penal’ del Estado con la pretensión del accionante em el proceso civil, sino que ella solo

de bem indisponível, essa pretensão no mundo fenomênico se convola em uma pretensão jurídica a ser satisfeita através do processo⁴⁰³. É o que Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO chama de “caso penal”⁴⁰⁴. É justamente a solução desse caso penal, mediante pronunciamento judicial, a finalidade do processo ou, como Gustavo BADARÓ, “Numa resposta direta, para uma pergunta ambiciosa, [...] o processo tem por função a legitimação do exercício do poder de punir estatal.”⁴⁰⁵ Claus ROXIN e Bernd SCHÜNEMANN ponderam:

“Es cierto que el proceso [penal] en primer lugar sirve a la imposición del Derecho material (del mantenimiento de la ‘validez de la sanción’ de la norma material). No obstante, el proceso concreto (de modo diferente a la norma jurídico penal abstracta) tiene desde un punto de vista empírico, la falta de certeza sobre el suceso real y, tiene desde un punto de vista normativo, como base a la presunción de inocencia, que solucionar una abundancia de conflictos de Derecho e intereses y configurar para este fin un ordenamiento autónomo.”⁴⁰⁶

Assim, em uma resposta inicial, possui o processo penal caráter instrumental, necessário à aplicação da sanção penal contra quem se imputa a transgressão a um relevante valor que encontra guardada no ordenamento jurídico penal:

A *strumentalitat* do processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem por conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem por destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*). Essa particularidade do processo penal demonstra que seu caráter instrumental é mais destacado que o do processo civil.⁴⁰⁷

Essa concepção instrumental, no entanto, não afasta a autonomia do processo penal em relação ao direito material⁴⁰⁸, havendo antes uma relação de sintonia “entre o modelo de Direito

representa uma reformulación conceptual de la facultad de intervención estatal”. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal. Traducción de la 29ª edición. 1ed. Buenos Aires, Didot, 2019, p.63.

⁴⁰³ “Essa pretensão material, anterior e extraprocessual, irá ingressar no processo, sendo a razão ou motivo dele. No processo, porém, o que existe é a pretensão processual, embora esta apresente como parte de seu fundamento os elementos que compunham a pretensão material”. BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença. 5ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 78.

⁴⁰⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá. 1989, p. 149.

⁴⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia..., p.18.

⁴⁰⁶ ROXIN, Claus. SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal. Traducción de la 29ª edición. 1ed. Buenos Aires, Didot, 2019, p. 63-64.

⁴⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 31-32.

⁴⁰⁸ “Relativamente a dita instrumentalidade do Direito Processual sobre o Direito Penal substancial, evidenciá-la é útil ao fim de afirmar uma função que se pode definir fisiologicamente própria do processo penal:

Penal material e o respectivo model processual como forma de maximizar o ganho de coerência e conseqüente eficácia da Justiça Penal”.⁴⁰⁹ Sob a ótica da teoria dos sistemas, os subsistemas do direito penal e do processo penal, ambos autopoieticos, se interpenetram. Contudo, adverte Fernando FERNANDES,

a mesma acção, igualmente pertinente a ambos os sistemas pode, contudo, ser objecto de referências sistémicas diferenciadas e assimétricas, não se descartando que o desempenho autoreferente de um dos sistemas, v.g., a teleologia garantística própria do processo penal, possa contrariar a selecção operada pelo outro, v.g., a teleologia funcional do Sistema Jurídico Penal, induzindo à frustração das suas expectativas e impondo uma solução do conflito estabelecido.⁴¹⁰

De outro lado, ao realizar a determinação da medida da culpabilidade de um sujeito, o processo não pode ignorar outra vertente que lhe é ínsita. Deve antepor à aplicação da reprimenda o imperativo de garantir a efetivação dos direitos e garantias do imputado.⁴¹¹ Assim, além de guiar o direito punitivo do Estado, o processo penal serve também ao acusado, na medida em que limita a intromissão daquele na sua esfera de liberdade, no que conceituou Aduino SUANNES como uma característica bifronte.⁴¹²

É desse confronto, buscando o Estado salvaguardar os valores que lhe são caros ao mesmo tempo que deve garantir ao imputado pela transgressão seus direitos constitucionais que se erige o processo penal. Afinal, é preciso dar uma resposta ao delito que afetou um valor sem que isso signifique atentar contra outro(s) valor(es) na busca pela resposta satisfativa.

de fato, o processo seria somente um dispositivo continuamente imóvel, privado de voz se não fosse destinado a dar concreta aplicação às regras sobre delitos e penas. Ao contrário, é indispensável precisar que o Direito Penal material adquire concreta aplicação e atuação não somente quando se aplica uma sanção penal, abstratamente imposta, a um ou mais sujeitos contra um ou mais crimes legalmente investigados, mas também quando em face a accertamentos de fato, ou de interpretações de normas, emerge que, em relação a um determinado fato, não deve incidir alguma sanção contra o réu, no que diz respeito ao fato contestado.” CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu José. A “teoria do processo penal” e as suas relações entre continentes. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 913-920, set./dez. 2018, p. 915.

⁴⁰⁹ FERNANDES, Fernando. Op. Cit., p. 37.

⁴¹⁰ FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 39-40. O autor constrói seu argumento na consideração que o sistema do processo penal, a despeito da autorreferência, opera no âmbito do Sistema Jurídico-Penal, sendo que a Política Criminal “realizará a coordenação entre os demais *sub-sistemas*, em especial aquele processual”. *Idem, ibidem*.

⁴¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. _____.

⁴¹² SUANNES, Aduino. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134. Escreve adiante o autor: “Exatamente por ser isso tudo incompatível com algo que se possa chamar de busca da verdade real, há que se reconhecer que a finalidade do processo penal é, antes e acima de tudo, assegurar ao acusado a preservação de sua liberdade e a manutenção do seu estado de inocência até o momento em que o Estado demonstre, pelo órgão incumbido disso, a necessidade de cercar-se aquela liberdade, seja pela ocorrência de fato grave ensejador de provimento cautelar a ser solicitado ao juiz, que o apreciará, seja em vista da comprovação cabal dos fatos e sua autoria.” *Ob. cit.* p. 144.

Para determinar se a intensidade da resposta (sanção) que o grau de afetação do valor (delito) demanda, realiza-se o processo. Como registra Camilin Marcie POLI, “no processo se busca, antes de tudo, o conhecimento daquilo que não se conhece (o fato), [constituindo o processo penal] instrumento de produção do conhecimento, pois para decidir (sentenciar) é preciso se ter o conhecimento (ainda que não real, mas possível)”.⁴¹³ Esse conhecimento do fato, a dita verdade, ainda assim, é meio; fim será a resposta penal.

Mas não basta a sentença declarando a verdade e, constituindo esta a constatação da vulneração de um bem jurídico, a consequência. É preciso que essa decisão, também impregnada de uma carga axiológica, seja justa ou, na terminologia de Michele TARUFFO, relevante é a “qualidade da decisão”⁴¹⁴ E qualitativamente justa é a decisão proferida no bojo de um processo no qual se observaram os direitos e garantias do acusado, motivada em escorreita produção probatória, independentemente de condenar ou absolver.⁴¹⁵

Pontue-se que a realização dos valores constitucionais não se faz de maneira uniforme. Há uma seleção de importância, de prioridades político-culturais, de forma que se possa racionalizar os esforços das agências estatais e adequá-los sob uma perspectiva de efetividade da persecução penal. O grau de importância, inclusive, determina se receberá guarida pelo direito civil, administrativo e/ou penal. Nesse contexto exsurge a política criminal como força legítima axiológica capaz de modelar o sistema processual penal, se e quando em consonância com o arcabouço principiológico emanado da Carta Maior.

À política criminal caberá a definição se, abstratamente, à solução de determinada espécie de pretensão haverá de se instalar o confronto processual, ou se admissível o consenso; se o rito a ser aplicado prescinde ou não de maiores formalidades⁴¹⁶; se as peculiaridades da função do agente atraem uma competência diferenciada.

Sob todos esses aspectos, o processo penal também tem por finalidade garantir a intangibilidade dos direitos do acusado ante a atuação do Estado que, orientado por uma política criminal com fundamento constitucional, veicula a pretensão acusatória pelo Ministério

⁴¹³ POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 33-34.

⁴¹⁴ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In Revista de Processo, vol. 151. São Paulo: RT, 2007, p. 233.

⁴¹⁵ “Uma das finalidades do processo é a recomposição da paz jurídica, com a estrita observância do princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado de Direito. Esta recomposição se dá também com a absolvição do acusado, pois a turbção da paz jurídica se dá não só com o fato criminoso, mas também com o processo. Este transtorno envolve a vítima e o acusado de formas diversas, mas perturba o cotidiano normal de ambos, bem como da sociedade em seu entorno”. GUINALZ, Ricardo Donizete. Consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 50.

⁴¹⁶ FERNANDES, Fernando. Op. Cit., p. 50.

Público, reclamando ao Poder Judiciário o exercício da jurisdição, concretizada na decisão do caso penal.

Há nessa tarefa, no entanto, um limite negativo à atividade jurisdicional: a pretensão acusatória, pois se “os direitos do acusado se colocam como limite à função jurisdicional, de outro lado é o próprio processo penal que se constitui em instrumento de tutela da liberdade jurídica do réu.”⁴¹⁷. O julgador não pode deixar de decidir; deve condenar ou absolver, ou ainda declarar um óbice material à prolação da decisão em vistas da extinção da punibilidade⁴¹⁸.

No entremeio de tudo isso pode ter passado despercebido um elemento de fundamental importância: a verdade. É preciso tracejar algumas linhas a respeito desse controvertido ponto.

3.1.1. Processo e verdade

O processo penal, isto ficou claro, não existe por si. À constatação de possível vulneração a um bem jurídico (materialidade) e que tal afetação advenha de uma ação intencional e potencialmente consciente perpetrada por um determinado indivíduo (autoria) exsurge a convocação de uma resposta repressiva. No sistema de direito processual penal de origem continental, a verificação, por meio de provas, da correção dessa imputação consistente no binômio materialidade e autoria consiste naquilo aceito no processo penal como determinação da verdade do enunciado, ou seja, a delimitação do objeto do processo deduzida na denúncia e reafirmada ou modificada nas alegações finais.

Superou-se, no âmbito do processo penal, a ideia de verdade real,⁴¹⁹ embora ainda seja conceito bastante presente nos Tribunais, inclusive superiores.⁴²⁰ No entanto, a verdade é algo inatingível; a onisciência não é predicado reservado aos seres humanos, conhecendo-se sempre

⁴¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 15.

⁴¹⁸ Melhor seria dizer superveniência do (re)conhecimento quanto à existência de uma causa extintiva do direito de punir.

⁴¹⁹ José Frederico MARQUES, no contexto do início do período ditatorial, concebia a verdade real como “*causa finalis* da instrução e, portanto, do próprio processo. Tendo em vista os graves interesses que estão em conflito, na instância penal, é absolutamente imprescindível que fique elucidado o *thema probandum* a fim de que se dê solução justa e exata ao pedido que se contém na acusação. E isto só se consegue quando emergem da instrução de maneira fiel e real os acontecimentos que motivaram a acusação”. MARQUES, José Frederico. *Elementos...* Vol. II, Op. Cit., p. 279. Contemporaneamente, este entendimento foi superado: “Não há verdade real, pelo menos se a aceitarmos como expressão absoluta dos fatos que devem ser demonstrados no processo. Trata-se de um ideal não alcançável, que cede espaço a uma verdade não definitiva mas contingente, não absoluta mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências contemporâneos e que, ao certo, corresponde provavelmente ao que a parte quis demonstrar pelo poder de explicação das evidências ajuizadas.” PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório...* Op. Cit., p. 35.

⁴²⁰ CASARA, Rubens R. R. Op. Cit., p. 169-170.

uma parcela, mas jamais o todo.⁴²¹ As interpretações, vieses e percepções impedem a reconformação exata de um evento pretérito, dificuldade incrementada pela fustigante ação do tempo sobre os registros materiais e as reminiscências da memória daqueles que testemunharam o evento.

No entanto, a vulneração de um bem jurídico se coloca como um fato juridicamente relevante, conclamando uma resposta estatal. À despeito da impossibilidade da reconstituição exata do fato pretérito, deve-se iniciar a empreitada almejando a maior aproximação possível para se trazer, àquele incumbido do dever de julgar, a mais próxima adequação à realidade de antanho. É nesse sentido que se apresenta, ao julgador, uma versão, ou em termos comunicacionais, um enunciado como verdadeiro.⁴²²

Como registra Luigi FERRAJOLI, “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”.⁴²³ Para o autor, vale a verdade processual, decomposta em “verdade fática”⁴²⁴ (existência do fato) e “verdade jurídica”⁴²⁵ (subsunção do fato à norma); considera-a, pois, enquanto predicado metalinguístico do enunciado fático,⁴²⁶ ou seja, o processo não estabelecerá a verdade absoluta, mas sim se aquele enunciado fático é ou não verdadeiro.⁴²⁷ Nesse dimensão, situa-se em um plano ideal mas não deixa de ser “um dos valores da jurisdição; aliás, um saber-poder, que combina conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*).⁴²⁸

⁴²¹ “Assim, se no processo penal se chega sempre a uma (ou mais) versão (versões) sobre o(s) fato(s), se o juiz deve escolher entre uma dessas versões, que são apenas parte e não o todo, e se a verdade está no todo, é óbvio que no processo está alguma coisa que não é a verdade. Ou seja, no processo não se trata da coisa (objeto) em si, mas do que se diz (ou se pode dizer) sobre ela (ou ele). O conhecimento que chega, portanto, é sempre parcial: é de uma parcialidade que se trata.” POLI, Camilin Marcie de. Op. Cit., p. 37.

⁴²² “ao contrário do que habitualmente registrado na doutrina, o juízo de veracidade recai sobre o enunciado fático (isto é, sobre a afirmação a respeito do fato) e não exatamente sobre o fato, pois este ingressa no processo por intermédio daquele e não em sua realidade empírica”. AMISY NETO, Abrão. Verdade, verifobia e processo penal. In OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janáina Roland; REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marcos Félix; RAMOS, Vitor de Paula [orgs]. Direito probatório. Londrina: Thoth, 2023. p. 85.

⁴²³ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 38.

⁴²⁴ “A verdade processual fática é, na realidade, um tipo particular de verdade *histórica*, relativa a proposição que falam de fatos passados, não diretamente acessíveis como tais à experiência [...] é o resultado de uma ilação dos fatos ‘comprovados’ do passado com os fatos ‘probatórios’ do presente”. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 43 e 44.

⁴²⁵ “a verdade processual jurídica é uma verdade que podemos chamar de *classificatória*, ao referir-se à classificação ou qualificação dos fatos históricos comprovados conforme as categorias subministradas pelo léxico jurídico e elaboradas mediante a interpretação da linguagem legal”. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 43.

⁴²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 40-41.

⁴²⁷ “Uma vez estabelecido que o termo ‘verdadeiro’ pode ser empregado sem implicações metafísicas no sentido de ‘correspondência’, é na realidade possível falar da investigação judicial como a busca da verdade em torno dos fatos e das normas mencionadas no processo, e usar os termos ‘verdadeiro’ e ‘falso’ para designar a conformidade ou a desconformidade das proposições jurisdicionais a respeito deles.” FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

⁴²⁸ CASARA, Rubens R. R. Op. Cit., p. 176.

Cuida-se, dentre às diversas teorias sobre a verdade, da adoção da verdade enquanto correspondência, a “adequação entre o objeto e a representação que dele se faz”,⁴²⁹ consoante explica Gustavo BADARÓ:

o fato de uma verdade não poder ser conhecida com certeza ‘absoluta’, não deve levar à conclusão de que o conceito de verdade deve ser relativizado, ou que inexistiriam verdades absolutas no sentido de que um enunciado fático corresponda aos fatos objetivos, isto é, empiricamente ocorridos. A premissa epistemológica [...] aceita um conceito de verdade como correspondência, mas com plena consciência de que o conhecimento total e completo dessa identidade é inatingível.⁴³⁰

Pode-se, esclarecido o ponto, trabalhar com a verdade processual como um modelo de correspondência, afigurando-se como pressuposto para legitimar uma decisão justa ao estabelecer “uma hipótese de *probabilidade* na ordem da conexão causal entre o fato aceito como provado e o conjunto dos fatos adotados como probatórios”⁴³¹

Para que a verdade seja processualmente legitimada, inclusive em vistas de se constituir sua determinação uma finalidade do processo penal, impõe-se o devido processo legal. Registra Geraldo PRADO:

“A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas, com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento.”⁴³²

Daí ser correto afirmar que “As garantias legais e processuais, além de *garantias de liberdade*, são também *garantias de verdade*.”⁴³³ A partir do momento em que se afasta do dogma de verdade real, não pode o juiz avocar a si uma superioridade em relação às partes, como se fora o único sujeito capaz de desvelar as entranhas daquele fato pretérito (re)construído em juízo. É nesse contexto e atendida a característica bifronte de Aduino SUANES que se verifica que a verdade, no sistema processual penal brasileiro, é um valor a ser tutelado.⁴³⁴

⁴²⁹ AMISY NETO, Abrão. Op. Cit., p. 87.

⁴³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia... Op. Cit., p. 122.

⁴³¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 44.

⁴³² PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório... Op. Cit., p.35.

⁴³³ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 39.

⁴³⁴ AMISY NETO, Abrão. Op. Cit., p. 93.

Bernd SCHÜNEMANN traz importante ponderação que eventual dificuldade em se adotar uma ou outra teoria da verdade, ou mesmo a ausência de uma adequada teoria da verdade, não invalida o até agora discorrido; antes, reforça:

Assim, a aptidão para a descoberta da verdade material ainda constitui o ponto arqui-médico para todo e qualquer instituto do processo penal, ao passo que os demais fins são deduzidos deste fim maior ou entram em cena de forma complementar apenas como medida preventiva de efeitos colaterais danosos.⁴³⁵

Tal posicionamento é absolutamente coerente, notadamente ao se desviar o olhar do processo penal para o direito penal material, no âmbito do qual desponta o princípio da *ultima ratio*.⁴³⁶ Em assim sendo, é preciso que exista a violação a um bem jurídico penalmente relevante e que essa violação seja dotado de um mínimo de ofensividade, o que acaba funcionando como critério para aferição da justa causa para a instauração de uma persecução criminal.

Pensando na tradução de mecanismos de consenso para o sistema processual penal brasileiro, que tem como uma de suas finalidades a determinação da verdade de um enunciado jurídico, há de se observar um limite estranho ao sistema adversarial: é condição de validade de um acordo, de qualquer espécie, que o magistrado realize um juízo de legalidade quanto à pretensão acusatória, inclusive verificando a existência de justa causa.⁴³⁷

Antes de avançar, imperioso identificar quais são os princípios que vão legitimar a decisão penal a ser proferida.

3.1.2. A criação de espaços de consenso

Não negando a influência que as iniciativas patrocinadas por agentes estrangeiros às reformas processuais na América Latina operaram também sobre o Brasil, é fato que a CF/1988 determinou a criação de espaços de consenso em relação aos crimes de menor potencial ofensivo. A definição dos critérios para identificar em que consistiriam as tais infrações de

⁴³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico..., p. 244-245.

⁴³⁶ Ibid., p. 244.

⁴³⁷ “Outrossim, se verdade processual é verossimilhança, em havendo base fática (justa causa) sobre os fatos confessados pelo acusado, estará configurada a verdade processual do caso concreto. Somente demonstrações em contrário tornarão esta solução processual, calcada na verossimilhança, rescindível. Ou seja, a plausibilidade deve ser considerada para a validade de um consenso, mas também implica em que as partes podem acordar em certo âmbito sobre aquilo que compõe a verdade do processo, optando por aquilo que trarão aos autos por meio o exercício do direito à prova. Esta definição de prova como aproximação reforçaria a legitimidade do acordo na solução do caso penal.” GUINALZ, Ricardo Donizete. Op. Cit., p. 62-63.

menor potencial ofensivo e as condições para oferta de transação foram delegadas ao legislador ordinário. Trata-se de uma alternativa diversa, por exemplo, da que traceja diretrizes de imprescritibilidade e inafiançabilidade a determinados crimes.

A adoção de institutos consensuais “busca de um maior *eficientismo*, do mesmo modo imprescindível se mostra o cotejo desses modelos com o ordenamento constitucional respectivo e com os princípios que lhe são imanentes”⁴³⁸

A opção do constituinte não é inovadora. Como assinala Hélio TORNAGHI, “o homem, muito cedo, recorreu a uma forma de *solução transacional*”. O que se viu foi uma diretriz, o estabelecimento da criação de um mínimo espaço de consenso no sistema processual penal brasileiro. A prescrição, nesse sentido, pode ser comparada à competência mínima que se estabeleceu ao julgamento, pelo júri, dos crimes dolosos contra a vida,⁴³⁹ não se cogitando aprioristicamente do impedimento de se ampliar o rol de alternativas.

Vista a questão de outro modo, caso não fosse criada a lei dos Juizados Especiais Criminais e disciplinada a transação penal, haveria omissão legislativa do Congresso Nacional em atender aos ditames constitucionais.⁴⁴⁰

O advento da Lei 9.099 em 1995 conformou o ordenamento jurídico à prescrição constitucional ao disciplinar a transação penal. E inseriu no sistema processual penal uma maneira concorrente de desfecho do processo penal. Foi, aliás, além do mínimo previsto na Carta no que concerne às possibilidades de antepor meios a uma solução condenatória, por certo estigmatizante e nem sempre necessária ou aderente aos ideais de justiça aplicados ao caso concreto: criou a possibilidade de suspensão condicional do processo, extensível inclusive a fatos que, pelo escopo da lei, não se enquadram no conceito de menor potencial ofensivo. Tratava-se da justiça consensuada de primeira dimensão.⁴⁴¹ Caracterizou-se, sobretudo, pelo afastamento da privação do horizonte do imputado. Previa em sua concepção a realização de um prévio juízo de justa causa para a ação penal, pois não haveria coerência em submeter um indivíduo a sanção antecipada, ainda que de menor interferência, sem um preliminar juízo de

⁴³⁸ FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13.

⁴³⁹ CF/1988, artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;”

⁴⁴⁰ “as decisões valorativas político-criminais devem penetrar no sistema de Direito Penal, onde sua fundamentação legal, sua legitimação e clareza, em uma combinação livre de contradições, não fiquem submetidas apenas às contribuições de um sistema positivista formal, mas desencadeiem um arbítrio judicial que seja preenchido com uma valoração jurídica individual, sem se dirigir a uma ordenação sistemática e racional de controle de critérios, mesmo que motivados político-criminalmente”. PEREIRA, Cláudio José. Princípio da oportunidade e justiça penal negociada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, pp. 31-32.

⁴⁴¹ REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Op. Cit.

potencial culpabilidade. A prática judiciária acabou esvaziando e contrariando a intenção do legislador⁴⁴², o que, por si só, não invalida a prescrição legal.⁴⁴³

A segunda dimensão adveio com a colaboração premiada,⁴⁴⁴ instituída pela Lei 12850, de 2013, e até hoje alvo de justas e contundentes críticas. Sintetizou-as Vinicius Gomes de VASCONCELOS:

1) a lógica inerente à justiça criminal negocial impõe pressões e coerções ao acusado para aceitar o acordo e aderir à acusação, saindo de sua posição de resistência, o que acarreta exponencial aumento da chance de condenação de inocentes; 2) os acordos para obtenção de confissões em troca de reduções de pena justificam-se por aderir aos interesses dos atores que detêm o poder no campo jurídico-penal (acusação e julgador), a partir de sistemática que oculta questionamentos de base, como a necessidade de crítica à expansão do direito penal; 3) a relação entre advogado e acusado resta totalmente distorcida em um cenário de negociações no processo penal, de modo que a pretensa legitimidade dos acordos como benefício ao imputado mostra-se ilusória; e 4) os mecanismos negociais esvaziam a presunção de inocência como regra probatória, que impõe a carga da prova integralmente à acusação, visto que deslocam a responsabilidade pela formação do lastro incriminatório ao próprio imputado, o que distorce a estruturação do processo penal de partes de um modelo acusatório.⁴⁴⁵

Miguel REALE JÚNIOR e Alexandre WUNDERLICH endossam a crítica:

A colaboração premiada rompeu com dois princípios fundamentais, um do Direito Penal e outro do Direito Instrumental. Desfez-se o princípio da legalidade ao impor novas espécies de penas criminais, desde que justamente acordadas e, posteriormente, homologadas por um juiz. Além disto, findou a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, mitigado desde a Lei 9.099/95, fazendo prevalecer a análise da conveniência, em face da colaboração com a Justiça, de se propor a ação penal.⁴⁴⁶

⁴⁴² “Ressalvadas as exceções, o tratamento dos espaços de consenso no âmbito das infrações de menor potencial não tem garantido o direito de defesa e, para além de não haver uma sensível desburocratização judicial, há seletividade e, até, um contínuo despreparo dos agentes públicos e privados na mediação dos conflitos, um verdadeiro apego ao processo contencioso e à cultura punitiva. Há notícias sobre realização de audiências sem a presença do representante do Ministério Público e de partes sem assistência jurídica, o que talvez explique as enormes dificuldades de arquivamentos dos termos circunstanciados e as imposições de transações penais, ainda quando existe ausência de critério razoável para o oferecimento das propostas. É bem verdade que a evolução tem sido constante, mas muito ainda há de ser ajustado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.” Id. Ibid. Ainda Rubens R. R. CASARA: “O caráter mitológico do consenso penal aparece com clareza quando se verifica que não há propriamente composição entre as partes na formulação do acordo, pois o poder de coerção do Estado-Administração desequilibra a relação processual e compromete a livre manifestação de vontade do réu. Excluída, diante da estrutura do consenso penal, a possibilidade de verdadeiro acordo de vontades, o que assume relevância no ‘consenso’ para a imposição imediata de pena é a renúncia aos mecanismos de cognição”. CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193

⁴⁴³ Houve inúmeras e respeitáveis críticas. Por todas, Geraldo PRADO, assinalando que o grande problema residia na incompatibilidade com a exigência do devido processo legal, visto que nesse instituto negocial “ele não existe e que a transação penal consiste exatamente em o imputado ‘abrir mão’ do devido processo legal”. PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 224.

⁴⁴⁴ REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Op. Cit.

⁴⁴⁵ VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 5ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 51.

⁴⁴⁶ REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Op. Cit.

Em coerência com o quanto disposto ao longo desse estudo e inclusive revendo posição própria, entende-se que, aprioristicamente, se realizada a tradução do instituto transplantado e houver abertura constitucional para sua admissão no sistema jurídico penal, não há uma vedação. Será preciso, em empreitada nada simplória, realizar a filtragem e expurgar do sistema os preceitos e as formas, isto sim, que ofendam a dignidade da pessoa humana. Daí os imperativos prévia previsão legal dos institutos consensuais; filtragem constitucional dos textos que o regulamentam; existência, no caso concreto, de justa causa, tal qual a apta à deflagração da ação penal; homologação de qualquer negócio perante um juiz, a quem incumbirá um juízo de legalidade do acordo, mas jamais um juízo de conveniência e oportunidade.⁴⁴⁷

O mais recente meio consensual é o Acordo de Não Persecução Penal, advindo na reforma de 2019 e que pressupõe a confissão do imputado. Em juízo crítico do instituto, Vinicius Gomes de VASCONCELOS estabeleceu os critérios mínimos para se lhe conferir valia:

1. o fortalecimento do exercício do direito de defesa, especialmente por meio de efetiva assistência por defensor/a técnico/a, acesso integral aos autos e eventual consolidação de mecanismos de investigação defensiva, tendo em vista que a resposta estatal ao caso se dará essencialmente a partir daquilo produzido na fase pré-processual;
2. a limitação à discricionariedade do órgão acusador nas negociações (em relação ao cabimento e às condições), por meio de critérios previstos na legislação e em normativas do próprio Ministério Público, além do fortalecimento do controle interno ministerial para revisão e uniformização;
3. o respeito à estrita legalidade na definição das cláusulas pactuadas, ou seja, somente devem ser admitidas se autorizadas em lei e em conformidade com os ditames constitucionais e convencionais;
4. a consolidação do controle judicial efetivo na fase de homologação do acordo, especialmente em relação à base fático-probatória necessária e a eventuais cláusulas abusivas;
5. a proteção ao direito à não autoincriminação para definição dos limites à utilização da confissão em caso de rescisão ou em compartilhamento a outros processos;
6. a vedação da utilização do ANPP como uma colaboração premiada disfarçada para incriminação de terceiros, sob pena de desvirtuamento de seu regime;
7. a atenção ao devido processo, ao contraditório e à publicidade na consolidação do procedimento negocial em todas as suas fases, tanto nas negociações como em eventual rescisão.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ “De uma maneira ampla, tocante ao consenso, “Os requisitos são: i) previsão legal; ii) voluntariedade; iii) desconto da pena aplicável; iv) justa causa da ação penal e v) controle jurisdicional”. GUINALZ, Ricardo Donizete. Op. Cit., p. 126.

⁴⁴⁸ VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Acordo de Não Persecução Penal. 2ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 48.

Não há pretensão em se analisar cada um dos institutos de maneira pormenorizada, pois isto foge ao escopo da tese. O importante, no contexto, é identificar que eles provocaram uma redistribuição nos poderes dos participantes do sistema processual penal.

Miguel REALE, sem qualquer correlação com a justiça consensuada, apresenta importante reflexão:

“o conteúdo de um modelo jurídico não resulta apenas de novas formas de compreensão, por assim dizer interna corporis. É que o advento de outros modelos jurídicos, sem que tal fato seja sequer previsto, incide sobre os modelos jurídicos em vigor, alternando-lhes a significação. E que o ordenamento jurídico, não obstante as lacunas e a vaguidade de suas disposições, põe-se necessariamente como uma ordenação per summa capita coerente. Como veremos, um dos problemas mais delicados é esse da consciência interna ou unidade semântica do ordenamento jurídico.”⁴⁴⁹

Sob tal perspectiva, ou ainda do fato consumado ou redução de danos, como prefere Vinicius Gomes de VASCONCELOS⁴⁵⁰, os espaços de consenso foram criados no Brasil e inseridos no âmbito do sistema processual penal.

A objeção teórica concernente à justiça negociada ou consensuada, sobretudo quando envolta por convicções jurídico-filosóficas, não impede que sobre ela se debruce o hermenêuta⁴⁵¹, sobretudo sob um viés sistêmico. Se determinado instituto adentrou o sistema (*input*) e não foi expurgado pelas vias ordinárias (*output*), ele compõe o cosmo. Mas com a sua inserção, no acomodamento, acaba por ocupar um espaço. E assim o fazendo, pode ocorrer que, para se manter a coerência do sistema, outra disposição acabe superada.

Nesse compasso, a justiça consensuada, ao lado das reformas empreendidas no ordenamento jurídico brasileiro em geral (partindo da Constituição, mas contemplando também a adesão e incorporação de tratados de direitos humanos, além de dispositivos de outras normas nacionais) e no Código de Processo Penal em especial (com destaque ao Pacote Anticrime), coloca-se como elemento que, a despeito de criada no bojo do *adversarial system* anglo-saxão,⁴⁵² reforça a índole acusatória do sistema brasileiro. Isto porque tais dispositivos

⁴⁴⁹ REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 34-35.

⁴⁵⁰ VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Acordo de Não Persecução Penal. 2ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 48.

⁴⁵¹ ROSA, Alexandre de Moraes da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. 1ed. Florianópolis: Ematis, 2021. p. 35

⁴⁵² “Por tanto el Sistema Acusatorio en países latinoamericanos no debe de ser una imitación del sistema de países anglosajones, sino ser un proceso tendiente a responder a la realidad y el contexto de la sociedad para la cual fue creado, donde se garantice la protección de los Derechos Humanos como la base del Estado de Derecho que debe imperar, sobre la cual cualquier persona pueda en igualdad de circunstancias acceder a la Justicia y em donde las Instituciones o autoridades obren de manera imparcial, objetiva y apegadas a los principios rectores de los Derechos Humanos.” ANTONIO, Alejandro Magno González. Op. Cit., p.31.

despenalizadores ou tendentes à redução da reprimenda com sacrifício ao direito à ampla defesa são incompatíveis com o sistema inquisitório.⁴⁵³

Lado outro, não se pode concebê-los como mera importação dos institutos anglófonos, visto que a realidade sob a qual se erigem as Constituições latino-americanas é culturalmente diversa. Nos Estados Unidos, firmado na ética protestante e no utilitarismo de Bentham,⁴⁵⁴ a liberdade individual se coloca como um dos maiores valores da nação,⁴⁵⁵ o que explica a anteposição do embate nos júris como um confronto entre o “povo”, representado pelo *persecutor office*, contra o acusado, e não a figura do representante estatal contra o indivíduo, como aqui. A América Latina como um todo e o Brasil em particular possuem um histórico de lutas que congregam não somente tal direito fundamental à liberdade individual, mas um forte componente de proteção congregando a dignidade da pessoa humana a encimar a pirâmide kelseniana, e com os direitos sociais assumindo um importante protagonismo na orientação das políticas públicas e deitando sua influência sobre o sistema jurídico, sem exceção do processo penal.

Em outro paralelo, o sistema adversarial, no qual os júris são muito mais comuns, entrega a decisão sobre o destino do sujeito submetido à persecução penal aos cidadãos, responsabilizando-se o Estado para, em nome do povo, acusar pelo *persecutor office* e, respeitada a resolução quando à culpa pelo fato pronunciada pelos *members of a jury*, incumbir ao *judge* a aplicação da reprimenda. No sistema acusatório, regra geral a acusação é feita pelo Ministério Público enquanto órgão administrativo do Estado a tanto incumbido⁴⁵⁶ e julgada por

⁴⁵³ ROSA, Alexandre de Moraes da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A. 1ed. Florianópolis: Emals, 2021. p. 107.

⁴⁵⁴ Explica Michel J. SANDEL que “o argumento de Bentham para o princípio de que devemos maximizar a utilidade assume a forma de uma audaciosa afirmação: não existe a menor possibilidade de rejeitá-lo. Todo argumento moral, diz ele, deve implicitamente inspirar-se na ideia de maximizar a felicidade. As pessoas podem dizer que acreditam em alguns deveres ou direitos absolutos e categóricos. Mas não teria base para defender esses deveres ou direitos a menos que acreditassem que respeitá-los poderia maximizar a felicidade humana, pelo menos no longo prazo” SANDEL, Michel J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 48-49.

⁴⁵⁵ Michele TARUFFO, em palestra proferida durante conferência no Instituto Mexicano de Derecho, afirmou que o direito norteamericano “no es sólo un concepto jurídico, no es solo un concepto procesal, es algo que tiene raíces muy profundas en la ética social norteamericana. Y una ética social no se cambia ni de manera rápida ni de manera fácil. Ellos tienen en su ‘ADN cultural’ esta idea básica que dice que el proceso es la pelea individual entre las partes. (...) El Juez debe estar afuera, como árbitro y no como participante. No como protagonista. (...) Si es verdad que esta manera de pensar el proceso está tan estrictamente conectada a la ética social, que viene de la historia, de las raíces profundas, ¿como se puede exportar todo esto em um ambiente social y político completamente diferente, que no tiene esta historia, que no tiene esta ética social?”. *In* Influencia del modelo adversarial em nuestros sistemas procesales. Revista Inmexius. n. 10, out. 2017. p.47

⁴⁵⁶ “Embora, sob o aspecto puramente conceitual, seja propositado considerar o Ministério Público como um órgão administrativo, está evidente que, numa verdadeira democracia, o Ministério Público não se destina a servir a Administração, nem o governo nem os governantes, e sim a promover com autonomia e independência a correta aplicação da lei, o que significa até mesmo poder contrariar, se for o caso, os interesses da Administração ou dos governantes. Desta forma, apesar de sua natureza funcional administrativa, em todos os momentos de maior

membro(s) de um dos poderes instituídos. A diferença pode parecer sutil mas, bem sopesada, evidencia a assunção axiológica de uma posição, visto que o veredicto na vertente anglo-saxã advém de leigos enquanto na tradição romano-germânica predomina a proclamação técnico-jurídica.

É de se recordar que nos Estados Unidos da América o órgão equivalente ao Ministério Público no Brasil ou à Fiscalía latino-americana possui membros eleitos, sobretudo o Procurador Geral. Torna-se assim o ungido, efetivamente, um representante do povo, pois alçado ao cargo pela vontade popular e por ela exerce seu mister. O professor Juan Luis Gómez COLOMER coloca tal distinção em precisa perspectiva:

“el pueblo Norteamericano ha querido que el representante público que defiende a la sociedad siga los intereses de la política criminal de un gobierno elegido democráticamente con los límites que la Constitución fija entendiéndose por tales límites los derechos del ciudadano que es acusado. Los norteamericanos no han ido con tonterías, ni han engañado a la gente diciendo que el Fiscal General es independiente, objetivo e imparcial. Es el pueblo norteamericano el que ha querido que el fiscal sea parcial y subjetivo, y que ante todo persiga la condena de quién tiene enfrente. El Pueblo está tranquilo porque aunque se trate del Gobierno la ley concede un contrapeso que es el jurado y por esto a situación se torna equilibrada.”⁴⁵⁷

Essa circunstância também influi na esfera da política criminal, havendo um maior espectro de definição de seus rumos pelo Ministério Público sob controle direto da população, que chancelará ou refutará as opções criminais nas urnas. No Brasil, o óbice fundamental à realização de acordos é a dignidade da pessoa humana.

“a dignidade humana da qual é dotado todo o cidadão num Ordenamento Jurídico inspirado no Estado de Direito é uma barreira intransponível que os ritos alternativos não podem ultrapassar, principalmente aqueles de natureza consensual, face ao risco de se transformar a liberdade individual numa mera mercadoria a ser comercializada no mercado dos tribunais”⁴⁵⁸

Sendo ou não consensuada (ou negociada) a justiça, há de se submeter ao devido processo. E para resolver esse dilema, Luiz Flávio GOMES e Valerio de Oliveira MAZZUOLI propõe que se observe a questão sob outro prisma, concebendo duas categorias: o “devido

abertura democrática, coerentemente o Ministério Público brasileiro sempre acabou sendo inserido nas nossas Constituições em posição de independência em face dos chamados Poderes de Estado, ficando ora situado dentre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais (Constituição de 1934), ora em título ou capítulo à parte (Constituições de 1946 e 1988).” MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza das funções do Ministério Público e sua posição processual. *In* Revista dos Tribunais. São Paulo, nº 805. nov. 2002. p. 466.

⁴⁵⁷ COLOMER, Juan Luis Gómez. Los principios del nuevo código procesal mexicano. *In ¿Acusatorio o adversarial*. Revista Inmexius. n. 2, fev. 2017. p.5-6.

⁴⁵⁸ FERNANDES, Fernando. Op. Cit., p. 268.

processos penal” e o “devido processo consensual”.⁴⁵⁹ A independência do processo consensuado ante o processo sancionatório se coaduna, por exemplo, com a previsão, na Lei 12.850, de 2013, de vedação à utilização das provas autoincriminatórias obtidas com a colaboração processual no caso desta não se concretizar.⁴⁶⁰

Observando-se o que diz a CF/1988, o princípio ali estampado assenta o “devido processo legal”. Não fala, percebe-se, em “devido processo judicial”, “devido processo sancionatório” ou qualquer outra expressão. Coloca-se como predicado do “devido processo” sua previsão em lei. Certamente, por ser uma orientação axiológica, dessa disposição se podem retirar diversas regras e mesmo alguns subprincípios. Mas, essencialmente, não se coloca como um óbice à existência de um devido processo consensual. Haverá, sim, que se tracejar critérios para que não exsurja uma assincronia intransponível quanto aos poderes de cada qual.

“Nos moldes do processo de consenso, pressupõe-se uma relação horizontal entre os sujeitos processuais, que devem agir sempre vinculados à lei, de modo a evitar que uma das partes imponha os seus interesses às demais, fato este que, se ocorrer, não só desvirtua o conceito de consenso por representar a vontade de uma só parte, como também prejudica a realização da justiça, seja por uma punição exacerbada do ofensor ou pela violação das suas garantias fundamentais, seja pela aplicação de uma sanção que não atenda à culpa e às necessidades de prevenção do caso concreto.”⁴⁶¹

Sob essa ótica, a realização dos acordos não se constitui em mero negócio jurídico, mas sim em um consenso processual, legalmente regulado, que deve se orientar por princípios gerais afeitos à seara penal e outros específicos da atividade consensual.

3.2. Valores supraconstitucionais

Um sistema jurídico, conforme já discorrido, encerra sua harmonia em uma norma hipotético fundamental, sob a qual estão, em um primeiro nível constitucional, “os ‘valores jurídicos mais elevados’ que devem inspirar todo o sistema para assim se atingir a solução ou

⁴⁵⁹ “no que se relaciona às garantias (substanciais e procedimentais) que disciplinam especificamente as relações entre o indivíduo e o Estado no estrito âmbito jurisdicional de aplicação de uma sanção estatal como resposta a uma infração penal, nada obsta, aliás, tudo aconselha, que se reconheça a existência de um devido processo criminal que, em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, ainda admite uma ulterior subdivisão em devido processo penal e devido processo consensual.” GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89. Talvez “devido processo penal” não seja a melhor definição, mas certamente a proposta de se separar, como entidades autônomas, as duas espécies de processo, permite um ponto de partida mais assertivo.

⁴⁶⁰ Art. 4º (...) § 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

⁴⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Serra. Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema penal. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 76

tentativa de solução dos problemas sectoriais.”⁴⁶² A CF/88, na função de orientadora do sistema jurídico, é “a normatização da normatização de normatização, (...) imprescindível à positividade como autodeterminação do direito”⁴⁶³, ou seja, um limite sistêmico às atividades administrativa, legiferante e decisória.

Ao se identificar um único princípio reitor, um metaprincípio, a estruturação do ordenamento ganha um norte muito claro. Isso será de fundamental importância ao processo penal. Embora se discorra com maior profundidade adiante, vale realçar que um sistema, pela forma de seu funcionamento, não apresenta apenas um caminho, mas tantas quantas possibilidades a comunicação entre seus objetos e a criatividade do intérprete possam conceber. São quase ilimitadas as soluções possíveis. Mas, “contrariamente a lo que ocorre con la Parte especial del Derecho penal, esa combinatoria no tiene lugar uniendo meramente soluciones, sino en una relación de permanente interdependencia.”⁴⁶⁴

Valor, enquanto dado metafísico, não é, mas vale. Daí não poder ser objetivado, conquanto se irradie no sistema. Princípios são valores ou confirmação de valores. Nessa dimensão, tomadas as respectivas características de valor enunciadas por Paulo de Barros CARVALHO, tem-se que no âmbito do processo penal as principais seriam a preferibilidade e, sobretudo, a graduação hierárquica. Isto porque a Constituição Federal, à luz de um sistema ordenado escalonadamente, prevalece sobre as demais normas gerais e abstratas. E nela, unidos como cláusulas pétreas, se encontram os direitos individuais⁴⁶⁵. Dessa forma, os valores conducentes à consagração dos princípios e regras do artigo 5º da Magna Carta, despontando a liberdade, devem ser tomados como referenciais para a interpretação das demais normas jurídicas.

Não se pretende abordar todos os princípios com assento constitucional e infraconstitucional, mas somente aqueles indispensáveis ao funcionamento e coerência do sistema processual penal. Afinal, com esteio em Franco CORDERO, substituindo “código de processo penal” por “sistema processual penal”, pode-se entendê-lo como “un meccanismo di precisione. Nel costruirlo conviene tenere conto delle condizioni d’ambiente: inoltre, è saggio proporsi il massimo risultato con il minimo dispendio di mezzi: la moltiplicazione superflua

⁴⁶² FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 21.

⁴⁶³ NEVES, Marcelo. Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 68.

⁴⁶⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La reforma del proceso penal. Madrid: Dykinson, 2005, p. 14.

⁴⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: linguagem e método. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 177-179.

degli enti è un difetto così in logica come nella tecnica.”⁴⁶⁶ Um estudo pormenorizado, conquanto sintético, permite o estabelecimento dessas bases valorativas mínimas a conduzirem a interpretação do sistema.

3.1.1 Dignidade da Pessoa Humana

Já se pontuou que, na opção brasileira, coloca-se a dignidade da pessoa humana como razão de ser e vetor interpretativo do ordenamento jurídico, cujo asseguramento aos cidadãos é a finalidade última do sistema jurídico nacional.

Guilherme de Souza NUCCI compreende a dignidade da pessoa humana como conglobando todos os direitos fundamentais, individuais ou de fundo econômico e social, constituindo-se “um princípio de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional”.⁴⁶⁷

Há, em vistas de tal importância, quem afirme que a dignidade da pessoa humana pertence a uma categoria superior à das normas jurídicas, notadamente da espécie princípios, pois “se princípios são normas, há ocasiões em que não serão aplicados”⁴⁶⁸, pois, quando da colisão, um acaba cedendo⁴⁶⁹.

3.1.2 Democracia

Ao proclamar que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, o constituinte dispôs sobre o regime político adotado a partir de 1988.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ Em tradução livre, “um mecanismo de precisão. Ao construí-lo é aconselhável levar em consideração as condições ambientais: além disso, é aconselhável propor o resultado máximo com o gasto mínimo de meios: a multiplicação do supérfluo de entidades é uma falha tanto na lógica quanto na técnica.” CORDERO, Franco. *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*. Milão: Giuffrè Editore, 1964. p.73

⁴⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 32.

⁴⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Biografia não autorizada do direito*. 1ed. São Paulo: Martins Fontes, 2021, p. 175. No caso, o autor define a dignidade humana como um imperativo. *Ob. cit.* p. 176.

⁴⁶⁹ “A Dignidade da Pessoa Humana (CR, art. 1º, III), princípio que tem especial superioridade por seu valor ético-político, exerce influência sobre os direitos e garantias individuais e integra a proteção da intimidade e da vida privada.” SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing Expedition e o encontro fortuito na busca e apreensão: um dilema oculto no processo penal*. 2ed. Florianópolis, Emais, 2022. p.42

⁴⁷⁰ “Naturalmente, todo este discurso apenas vale se nos atemos àquela que chamei de definição mínima de democracia, segundo a qual por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.” BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 12.

Enquanto regime político, a democracia indica um padrão de comportamento para todas as instituições. Contrapõe-se a práticas autoritárias e influência a atuação de todos os poderes constituídos. E isto de imediato gerou uma situação de dicotomia⁴⁷¹ (ou antinomia) no sistema jurídico, pois herdada uma legislação pretérita forjada, em grande parte, sob ideário autoritário.

A ideia de democracia também ressignifica os papéis das instituições e de seus agentes. Não se está mais a serviço de um Estado, mas de um ideal, um ideal democrático. No específico campo do processo penal, a realização de suas finalidades

“não se satisfaz mais nem com o protagonismo judicial (Estado Social) e nem mais com o protagonismo das partes (Estado Liberal). O processo penal democrático deve ser o palco do diálogo entre todos seus sujeitos, cada um exercendo seu papel, mas todos igualmente responsáveis pela construção do provimento final”⁴⁷²

Em complemento, Aury LOPES JÚNIOR indica que a Constituição acaba por espelhar as práticas processuais, correspondendo uma Carta autoritária a um processo penal autoritário e utilitarista; uma democrática a um processo penal democrático e garantista.⁴⁷³ Especificamente quanto ao Ministério Público, a possibilidade de poder postular uma absolvição ou mesmo a legitimidade para interposição de um *Habeas Corpus*⁴⁷⁴ são características que lhe conferem feições democráticas.⁴⁷⁵

Vê-se que a indicação e distribuição de competências, atribuições ou direitos aos participantes passa a exibir um novo filtro: o valor democrático.

3.2. Princípios constitucionais informadores do sistema processual penal

Que princípios são uma espécie de normas, isto já foi cuidado. Também já se discorreu serem alguns expressos, dir-se-ia explícitos, identificáveis de plano nos textos da CF/88 e legislação ordinária, enquanto outros remanesceriam implícitos, demandando do intérprete sua identificação. Entre uns e outros, no entanto, não há hierarquia, afinal são normas com o mesmo

⁴⁷¹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *In* Revista Jurídica Cesumar. V. 15. n.2. jul-dez. 2015, p. 383.

⁴⁷² MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *In* Revista Jurídica Cesumar. V. 15. n.2. jul-dez. 2015, p. 394.

⁴⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

⁴⁷⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime..., p.72.

⁴⁷⁵ “O Ministério Público é filho da Democracia clássica e do Estado de Direito! Vê-se por aí, quão grandes são as afinidades do Ministério Público com expressivas figuras do Estado de Direito: as garantias individuais; a proteção jurisdicional dos direitos do cidadão; a instrução contraditória e a plenitude de defesa, dentre outros.” FRONTINI, Paulo Salvador. *Apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime..., pp.45-46.

peso a situadas no mesmo patamar no ordenamento jurídico. Há ao lado, com as características que lhe são peculiares, uma gama de regras, muitas vezes vertidas em garantias. Nem sempre há coincidência no elenco dessa miríade de normas constitucionais, ou mesmo na identificação de sua natureza. O Ministério Público é filho da Democracia clássica e do Estado de Direito! Vê-se por aí, quão grandes são as afinidades do Ministério Público com expressivas figuras do Estado de Direito: as garantias individuais; a proteção jurisdicional dos direitos do cidadão; a instrução contraditória e a plenitude de defesa, dentre outros

De outro lado, não existe aprioristicamente uma hierarquia entre os princípios constitucionais e, no nível infralegal, entre aqueles outros estampados na legislação ordinária.⁴⁷⁶ No entanto, haverá aqueles que, em determinados subsistemas, receberão maior peso. Em tais circunstâncias, realizada a ponderação e considerada a finalidade subjacente ao subsistema, irão se sobrepor a outros. São, vale reiterar, a condensação de valores.

Cada autor delimita quais são aqueles que compõe o sistema processual penal.⁴⁷⁷ A opção pela adesão à proposta de Mauro Fonseca de ANDRADE permite se apartar de tal

⁴⁷⁶ “Os princípios constitucionais explícitos merecem primazia sobre os princípios infraconstitucionais. Afinal, são os vetores do Estado Democrático de Direito. Os princípios constitucionais implícitos, igualmente, devem predominar sobre os infraconstitucionais. Os princípios constitucionais explícitos precisam harmonizar-se com os implícitos, pois constituem a estrutura do mesmo Texto Fundamental. Os princípios infraconstitucionais devem prevalecer sobre normas específicas ou regras simples” NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.30.

⁴⁷⁷ Citando apenas alguns autores: Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA, nos idos de 1973, identificava o contraditório e, deste derivando, o direito de defesa, hoje compreendido na acepção de ampla defesa, ressaltando, o que é condizente com o período histórico, “o caráter auxiliar e acessório dessa contrariedade, puramente formal, concluindo por assentar que ela deve ter, no procedimento-crime, expressões peculiares, capazes de garantir à justiça o rendimento da ação das ‘partes’ na descoberta da infração, sem sacrifício, porém, da realidade criminal.” ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 75. Antonio Scarance FERNANDES elencou alguns, dos quais despontam o devido processo penal (enquanto categoria da legalidade), a proporcionalidade, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, o promotor natural e a motivação das decisões judiciais, estratificando-os enquanto ligados a “cinco institutos fundamentais do processo penal brasileiro: processo (incluindo procedimento), jurisdição (abrangendo competência), ação penal (englobando a investigação criminal), defesa e medidas cautelares”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18-19. Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, sem um necessário lastro na CF/88, anota como princípios gerais do processo penal a imparcialidade, o juiz natural, indeclinabilidade e inércia da jurisdição, que se comunicam com os princípios relativos à ação, quais sejam, oficialidade e obrigatoriedade (legalidade), e atinentes ao processo, contraditório, verdade material e livre convencimento. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução...*, p. 163-198. Guilherme de Souza NUCCI, de seu turno, destaca como regentes a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal e, em rol mais extenso, traz alguns princípios expressos relevantes, quais sejam: a) presunção de inocência, ampla defesa e plenitude de defesa (este no que respeita ao tribunal do júri), concernentes ao indivíduo; b) contraditório, correspondendo à relação processual; e c) juiz natural, publicidade, vedação às provas ilícitas, economia processual e princípios típicos do tribunal do júri, tocante à atuação do Estado. A eles se somam os princípios implícitos do duplo grau de jurisdição, promotor natural e vedação do duplo processo pelo mesmo fato. À guisa de conclusão, exprime: “Deve-se conceder à Constituição Federal, em seu amplo feixe de princípios, direitos e garantias fundamentais, a prevalência sobre toda e qualquer disposição ordinária, fora do Texto Magno, para que se ergam as bases sólidas de um Estado Democrático de Direito”, vinculando-se a sistemática processual penal, sobretudo, à preservação da dignidade da pessoa humana. NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Por fim, Aury LOPES JÚNIOR assinala como princípios constitucionais fundamentais a jurisdicionalidade (*nulla poena, nulla*

discussão. Ainda assim, imprescindível destacar alguns desses princípios, pois dizem respeito à atuação e limites de ingerência de dois participantes do sistema: acusador e julgador.

3.2.1. Separação das funções de acusar e julgar

Embora a CF/1988 não tenha naquela explicitado a opção, traz em seu corpo, por exemplo, a rígida separação entre as atribuições do Ministério Público e os atos reservados ao Juiz, sobretudo no âmbito do processo penal,⁴⁷⁸, o que é característica intrínseca ao sistema acusatório. Embora implícita a orientação, é igualmente impositiva.

Isto pode ser identificado na leitura conjugada de alguns dispositivos, importando aqui, sobretudo, o artigo 129, inciso I, CF/1988. Conforme anota Fauzi Hassan CHOUKR,

Um artigo de grande importância e lamentavelmente mal inserido topograficamente na Constituição merece ser destacado: a titularidade da ação penal pública para o Ministério Público, com o que se separa definitivamente as funções de promover a ação penal e julgá-la, que é uma das bases do chamado sistema acusatório.

Sua posição dá ao tema um indesejável sabor corporativo, com se tratasse de mera conquista de mercado pelo Ministério Público. Fica mais sem sentido ainda quando se observa a disciplina da ação penal privada subsidiária da pública inserida no art. 5º que, por sinal, é cláusula pétrea a teor da disciplina do art. 60, IV. O desatino do legislador fez com que a norma principal pudesse ser objeto de alteração por via de emenda, enquanto que a subsidiária não...⁴⁷⁹

A observação é pertinente, notadamente à luz da escolha de palavras do legislador. Se a CF/1988 escolheu no artigo 5º, inciso LIII a expressão “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, ao estabelecer a competência dos segmentos do Poder Judiciário também se valeu de frase assemelhada “processar e julgar”. Já no que concerne ao Ministério Público, no artigo 129, a locução foi “promover, privativamente, a ação penal, na forma da lei”.

O processar penalmente, na leitura constitucional, constitui-se em um ato complexo, mas que não compreende o sentenciamento (assim o fosse e não seria necessário usar

culpa sine iudicio), o princípio acusatório (separação entre funções e imparcialidade do julgador), presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, além de motivação das decisões judiciais. Defende, encontrando ressonância no presente estudo, “ser imprescindível que o processo penal passe por uma constitucionalização, sofra uma profunda filtragem constitucional, estabelecendo-se um (inafastável) sistema de garantias mínimas.” LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

⁴⁷⁸ ARAS, Vladimir. Op. Cit..

⁴⁷⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do código de processo penal. *In* Boletim IBCCRIM: editorial. Set. 1997. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/156-58-Setembro-Esp-1997. Acesso em: 05 ago. 2024.

declinações do verbo “sentenciar” e “julgar”). Há, pois, uma separação entre as atividades de promover a ação penal, processar (ou conduzir o processo) e julgar. Isto será retomado à frente.

Já se referiu ao processo penal como sismógrafo da Constituição. Reduzindo o universo de observação, a definição dos poderes e atribuições do Ministério Público também funciona como um sismógrafo do nível de acusatoriedade sob o qual opera um sistema processual penal. Quanto menos autonomia possui a instituição, mais poderes se reservará ao julgador e, conseqüentemente, assomará matiz inquisitória. Consoante Hugo Nigro MAZZILI, “investido de uma parcela da soberania estatal e comunga de sua estrutura, o Ministério Público é órgão do Estado. Por isso, a estrutura e funcionamento do Ministério Público espelham, com bastante correspondência e realismo, a fisionomia do Estado do qual é integrante”.⁴⁸⁰

Importante na consolidação da separação é a compreensão de acusação e defesa como partes, o que pressupõe um sistema acusatório.

“Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de *parte* – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado. Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial de *distanciamento* do juiz em relação às partes em causa que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto dos *ônus da contestação e da prova* atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo”⁴⁸¹

É justamente a separação das funções que irá garantir a imparcialidade do julgador, evitando a incidência da dissonância cognitiva,⁴⁸² que pode ser identificada em quatro efeitos: o efeito perseverança, o efeito redundância, o efeito atenção e o efeito aliança. A separação das funções de acusar e julgar, especificamente, enfrenta apenas os dois primeiros, no sentido que,

⁴⁸⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *In* *Justitia* nº 179/180. São Paulo: Ministério Público, jul/dez de 1997, p.143-156.

⁴⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 455.

⁴⁸² “No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições: disso decorrem, principalmente, dois efeitos: por um lado, segundo o chamado efeito inércia ou perseverança (mecanismo de auto-confirmação de hipóteses, as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas. Por outro lado, segundo o princípio da busca seletiva de informações, procuram-se, predominantemente, informações que conforma a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (‘acolhida pelo ego’), tratem-se elas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente conformador.” SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. *In* *In* SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

pela ausência de participação na formação do acervo probatório, o magistrado não tenha um apego aos elementos ali hauridos (aqui, há uma intersecção direta com a gestão da prova); da redundância, pois não se o obriga a reafirmar uma posição que, no início, poderia sequer passar de uma hipótese.

3.2.2. Princípio do devido processo legal

Concebendo a garantia ao devido processo como uma “garantia inominada”, Antonio Scarance FERNANDES explica que tal opção, inclusive eleita no artigo 5º, inciso LIV da CF/88, “serve para que, por meio de construções doutrinárias e jurisprudenciais, se dê assento constitucional a garantias não expressas”⁴⁸³. Por tal razão haveria de se falar em um “devido processo penal”, permeado pelo mesmo rol de garantias mínimas asseguradas a todos os subsistemas que pertencem à classe dos processos, com os tons de diferenciação constitutivos do subsistema (subclasse) do processo penal.

Tal princípio, sob um modelo inquisitorial, não apresentaria problemas, afinal prescreve este a “flexibilização da forma processual, ora permitindo uma aplicação rigorosa dos requisitos dos atos processuais, ora criando exceções aos mesmos requisitos”⁴⁸⁴. Já sob a ótica de um processo penal democrático, de índole acusatória, conforme orienta a Constituição Federal e taxativamente impõe o Código de Processo Penal, acaba por gerar disfuncionalidade e incoerência. Determinadas soluções ou consequências são atribuídas a uma ação ou fato processual mas não há outro, que se poderia definir como equivalente em vistas de sua natureza ou forma. Isto geraria um sistema amorfo, conduzindo à perda de identidade e, pela ausência de forma certa, impossível se torna diferenciá-lo do entorno; consecutório lógico, a identidade que o une e o conforma desaparece, derruindo o sistema em si.

No devido processo penal há uma imbricação entre devido processo legal e ampla defesa, com as formas não se constituindo como uma liberalidade, mas uma condição de existência e validade do processo.⁴⁸⁵ É este um elemento fundante de um sistema processual penal constitucional: a forma, que (con)forma a identidade do sistema. Conforme Paulo de

⁴⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

⁴⁸⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.22.

⁴⁸⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p.36.

Barros CARVALHO, “não há forma sem conteúdo e a recíproca é inteiramente verdadeira”⁴⁸⁶.

Ademais, devido processo legal não é somente um indicador:

“A base principiológica do processo penal no Estado Democrático de Direito deve ser pautada no devido processo penal. Entendendo-se, desde já, que não se trata de mera bússola indicativa da direção a se seguir, mas sim, de linha férrea, cuja perda de direção acarreta o descarrilamento de toda estrutura normativa que decorre da Constituição. O comportamento deve se orientar pelas regras de garantia.”⁴⁸⁷

Nesse ponto, diferencia-se substancialmente o alcance do princípio do devido processo legal no âmbito penal em comparação com o civil:

“Por que se fala em devido processo? Simplesmente porque as cláusulas que o caracterizam devem ser obrigatoriamente observadas, não pelo réu, mas pelo Estado, na pessoa de quem o apresenta no processo, para que o julgamento do réu seja um fair trial. Enquanto no processo civil a previsão legal das precauções impede que a parte (autor ou réu) atue a destempo, no campo criminal nem sempre isso poderá ocorrer, exatamente em face da natureza tão diversa dos bens que são objeto de um e outro desses dois tipos de processo.”⁴⁸⁸

É o devido processo legal condição mínima de um processo conduzido em um Estado de Direito. Mas não é suficiente, por si.⁴⁸⁹

3.2.3. Gestão da Prova

Para alguns doutrinadores, a diferença reside na gestão da prova, a cargo do juiz no sistema inquisitório, ou sob incumbência das partes, no sistema acusatório⁴⁹⁰. Filia-se a esse

⁴⁸⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p.11. No mesmo sentido, Vicente Greco Filho: “*não se cultua a forma por ela mesma, mas é impossível a estruturação do processo adequado, que assegure a correta aplicação da lei e as garantias das partes, se a lei processual não fizer a previsão de um modelo ao qual os sujeitos do processo devem submeter-se, porque, se a forma limita a atividade de um, tem razão de ser, porque preserva o espaço do outro. A atividade processual é de direito público e, portanto, regrada, devendo as partes obedecer à forma legal, entendida esta não só como a exteriorização do ato, mas também como os requisitos ou elementos que ele deve conter*”. *Manual de processo penal*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.308.

⁴⁸⁷ SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing Expedition e o encontro fortuito na busca e apreensão: um dilema oculto no processo penal*. 2ed. Florianópolis, Emais, 2022. p.45

⁴⁸⁸ SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 147-148.

⁴⁸⁹ “A ‘legalidade’, por si só, não é garantia contra o abuso de poder, que em geral decorre de um ‘acúmulo não controlado do poder’”. PRADO, Geraldo. *Curso...*, p. 99.

⁴⁹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 183, ano 46. jul./set. 2009. p.109; ROSA, Alexandre de Moraes da. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. 1ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 108;

entendimento, sem desmerecer as considerações quando se discorreu sobre os tipos ideais e sobre os resultados exibidos pela pesquisa de Bernd SCHÜNEMANN.

Sob uma lógica de um sistema acusatório, o julgador tem o dever de busca da verdade processual. Em outros termos e em uma acepção quase literal, seu campo de busca é o processo.⁴⁹¹ Sua atividade cognitiva não permite ir além daquilo que lhe é apresentado diretamente pelas partes ou a requerimento destas, sobretudo para evitar a ocorrência do já descrito efeito perseverança. E se começa a perseverar para desvelar um ponto, há comprometimento psíquico com a empreitada,⁴⁹² assomando de forma inversamente proporcional à perda de sua imparcialidade: “quem investiga antecipa mentalmente a hipótese a investigar. E a colheita das fontes de prova poderão gerar resultados que confirme ou refutem a hipótese eleita. Logo, haverá perda da imparcialidade em um sistema em que o investigador também será o julgador.”⁴⁹³

A discussão persiste frente à permanência de disposições a admitirem certo grau de liberdade do julgador na busca por provas. O CPP/1941, indiscutivelmente, foi forjado em um contexto inquisitorial, contexto em que se lhe conferia

a possibilidade de sua produção sem necessidade de provocação das partes, conferindo-lhe poderes como os de iniciar ação penal através do procedimento denominado judicialiforme (sem observar o princípio *ne procedat iudex ex officio*), de controlar a função investigatória mediante a fiscalização do arquivamento do inquérito policial e de modificar não só a capitulação dada ao fato imputado pelo Ministério Público (*emendatio libelli*), mas também o de tomar a iniciativa para dar novo enquadramento jurídico ao fato narrado, provocando o órgão acusatório a aditar a inicial (*mutatio libelli*).⁴⁹⁴

⁴⁹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan, Modelos processuais penais : apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. In DIDIER JUNIOR, Fredie [org. et. al.]. Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador : JusPodivm, 2013. p.196.

⁴⁹² “A psicologia e a experiência prático-profissional ensinam que quem investiga determinados fatos precisa previamente formular determinada hipótese acerca desses fatos, que a subsequente investigação confirmará ou não. Ocorre que tal hipótese tende a condicionar o próprio desfecho das investigações, tornando o investigador (de forma consciente ou não) receptivo àqueles elementos informativos que corroboram sua própria hipótese inicial, e hostil com relação aos demais (que a desmentem). Assim sendo, não é correto considerar as investigações policiais ou ministeriais são perfeitamente aptas a obter quaisquer elementos informativos favoráveis ao acusado.” MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 96. São Paulo: Ed. RT, p. 279-309, maio-jun. p.298

⁴⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia..., p. 30. Desenvolve o autor: “Portanto, o juiz pode ter *poderes instrutórios* que lhe permitam determinar a produção de meios de prova, mas não *poderes investigatórios* de realizar atos de investigação em busca de fontes de prova. Além disso, para exercê-lo, é necessário que haja a delimitação do objeto do processo, com a formulação da imputação pelo acusador. Nesse caso, os poderes instrutórios do juiz poderão ser utilizados somente para determinar a produção de meios de provas correspondentes a fontes de provas já existentes nos autos”. Ibid., p. 31.

⁴⁹⁴ A intromissão do juiz na construção do acervo probatório não é estimulada nem justificada nessa estrutura processual a título de proteção da pessoa acusada, mesmo porque dessa tutela ela não necessita vez que acobertada pela presunção de sua inocência e, muito menos, a título de complementação da atividade probatória

O juiz se colocava acima das partes, centralizando-se nele a gestão da prova. A reforma de 2019 não foi tão assertiva quanto poderia na solução dessa inconsistência, apenas vedando “a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. No entanto, e há aqui a relação fundamental entre a gestão da prova e o contraditório, pois o contraditório ocorre na formação da prova,⁴⁹⁵ não pode o juiz inovar em tal acervo, tarefa reservada às partes. Registra Fernando da Costa TOURINHO FILHO que “o juiz que desce do seu pedestal de órgão superpartes e destas equidistante, para proceder à pesquisa e colheita do material probatório, compromete, em muito, a sua imparcialidade e ‘no se comporta funcionalmente como autêntico órgão jurisdicional’”.⁴⁹⁶

Nessa dimensão, a gestão da prova e o contraditório sobre ela incumbe às partes, competindo ao julgador a apreciação dos impedimentos legais a tal produção e sancionamento sobretudo dos meios de obtenção de prova que não cumpriram as prescrições legais.

Não se negue que tal opção implica em uma aproximação ao modelo acusatório adversarial. Mas é, antes de tudo, uma decorrência lógica da separação das funções de acusar (e manejar os elementos de prova com os quais se pretende provar a imputação) da de julgar.

do acusador, esta vedada *in totum* diante da estrutura do sistema.” TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso Processo Penal e Execução Penal. 19ed. Salvador: Jus Podivm, 2024, p. 49-50.

⁴⁹⁵ Ou, sendo pré-constituída, difere-se o contraditório para o processo, passando ele a incidir também sobre a verificação das condições em que houve a formação da prova.

⁴⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. vol. III. 31.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

4. OS PARTICIPANTES DO SISTEMA

Não foi sem razão que se dedicou relevante trecho deste estudo à fixação de conceitos e definições. Consoante Geraldo PRADO, “a chave de interpretação dos ‘sistemas’, pelo ângulo da ‘organização dos conjuntos’ orientados à adjudicação da responsabilidade penal, está em perceber ‘que conjuntos são esses’ (abordagem descritiva). Somente assim é possível ‘conceber os controles’ abordagem prescritiva.”⁴⁹⁷ E, como consequência, entender os limites de atuação de cada qual sob a ótica das expectativas,⁴⁹⁸ controles e ocupação dos espaços previamente designados.

Os participantes do sistema são os sujeitos processuais⁴⁹⁹ aos quais cabe cada uma das funções do processo: acusar, defender e julgar, atuando no ambiente do sistema jurídico em consonância com o seu papel, naquele construindo as relações dialéticas probatórias que conduzirão a uma sentença pautada nas finalidades subjacentes à operação comunicativa: busca da verdade processual com respeito aos direitos e garantias individuais.⁵⁰⁰ A relação entre os participantes do sistema há de ser sincronizada e equilibrada, havendo inclusive atividades de controle de possível e contingente oposição aos demais. Anota Antonio Scarance FERNANDES:

“É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperada, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma das atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as outras. O excessivo realce à predominância da jurisdição sobre as partes é reflexo do exagerado intervencionismo estatal. Prestigiar a ação é ressaltar a atividade do autor em detrimento da atuação do Estado e da defesa. Colocar a defesa como razão do processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra. O processo é ponto de convergência e de irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É através do processo que o

⁴⁹⁷ PRADO, Geraldo. Curso..., p. 422.

⁴⁹⁸ De se notar, como observa Francesco CARNELUTTI, que “Um traço em comum, entre outros, à representação e ao processo é que cada um deles tem suas leis, mas se o público que assiste a uma ou ao outro, não as conhece, não entende nada” CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Tradução: Antônio Roberto Hildebrandi. 3ed. Leme: EDIJUR, 2020, p. 9

⁴⁹⁹ Os sujeitos processuais, nas considerações de Aroldo Plínio Gonçalves, são todos aqueles que, por ação, intervêm na tramitação procedimental com o fim de atingir a sentença, segundo o que é estabelecido na norma processual. São os sujeitos processuais, nessa toada, os agentes incumbidos de realizar os atos procedimentais, que, da petição inicial (denúncia) até a sentença, formarão o procedimento e a decisão que lhes afetará.” SOARES, Igor Alves Norberto; ACHTISCHIN, Isabella Miguez. Limites à decisão no processo penal: a inconstitucionalidade da sentença condenatória diante do pedido absolutório formulado pelo ministério público. *In* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. Set-dez 2021, p. 488.

⁵⁰⁰ “o sistema processual que há de ser prestigiado por conta da função-garantia do direito e, naturalmente, da própria estrutura processual como realidade normativa, será aquele que venha a preservar a tripartição das principais atividades processuais — acusar, defender e julgar — sincronizadas.” PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório... p. 48.

juiz, como órgão soberano do Estado, exerce a sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa” 501

Há discrepâncias na distribuição de poderes e responsabilidades no comparativo entre os sistemas inquisitório e acusatório,⁵⁰² bem como nos modelos adversarial e não adversarial deste, sendo que a diferença a ser aqui observada se centra nos dois representantes do Estado: o Ministério Público e o Juiz.

4.1. Ministério Público⁵⁰³

O Ministério Público brasileiro ostenta características bem peculiares, sendo tormentosa sua comparação com seus equivalentes em sistemas jurídicos estrangeiros. Cada país erigiu o órgão sob determinada lógica e historicamente lhe conferiu certa gama de atribuições responsabilidades. No Brasil, pode-se observar algumas particularidades no artigo 127 da CF/1988: “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”.

Estão entre suas múltiplas funções a proteção de interesses que extrapolem os cidadãos solitariamente considerados, assumindo papel ativo de defesa da cidadania, do meio ambiente e outros bens difusos e coletivos. Diferentemente do passado, não é a Instituição defensora dos interesses do Estado, papel hodiernamente deferido à Advocacia-Geral da União no plano nacional.

A CF/1988 reservou ao Ministério Público “um perfil inteiramente novo, sem paralelo no direito comparado”.⁵⁰⁴ Isto é consequência da cultura jurídica construída sobretudo ao longo

⁵⁰¹ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

⁵⁰² “Finalmente, os sistemas adversarial e inquisitorial se diferem entre si em outro nível que eu chamo de ‘dimensão dos poderes processuais’. Os principais atores no processo penal-juizes, promotores, advogados de defesa, acusados, policiais, etc – possuem diferentes frações de poderes processuais e responsabilidades em cada sistema. Por exemplo, desde esta perspectiva, o julgador no sistema inquisitorial, como um investigador ativo, possui mais poderes processuais –e.g. para agir *sua sponte* – que o julgador no sistema adversarial. Isto também significa que tanto a acusação quanto a defesa no sistema inquisitorial são comparativamente menos poderosos do que no sistema adversarial.” LANGER, Maximo. Dos transplantes..., p. 39.

⁵⁰³ Sobre um perfil um pouco mais detalhado do Ministério Público, aqui sintetizado, confira-se como fonte em parte reproduzida estudo anterior do autor, resultando no trabalho final de pós-graduação. VEIGA, Lucas Andreucci da. Promotor natural: garantia a um acusador imparcial no direito brasileiro. 2015. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em direito penal e processual penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

⁵⁰⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico ..., p. 60

dos dois últimos séculos.⁵⁰⁵ Sua comparação com instituições análogos de outros países e/ou sistemas é ainda mais complexa frente ao seu status diferenciado, ainda que não seja, como alerta José Afonso da SILVA, “um quarto poder do Estado, porque suas atribuições, mesmo ampliadas aos níveis acima apontados, são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo”.⁵⁰⁶

Hoje, o Ministério Público não se subordina a qualquer dos Poderes, embora exibindo vínculo administrativo com o Poder Executivo. O Ministério Público, hoje, não tem subordinação a qualquer Poder. Embora vinculado ao Executivo, “não se destina a servir a Administração, nem o governo nem os governantes, e sim a promover com autonomia e independência a correta aplicação da lei, o que significa até mesmo poder contrariar, se for o caso, os interesses da Administração ou dos governantes”⁵⁰⁷. Não era essa realidade quando da promulgação do Código de Processo Penal, em 1941.

Hoje, frente à autonomia do Ministério Público o, é seguro afirmar que a instituição e seus membros, além de formal e materialmente apartados das pressões externas e mesmo internas (seus princípios informadores servem a tal proteção), no espectro do processo penal, “tem interesse na condenação do culpado e não do imputado e, se o entende inocente, pode até ter – ou tem – interesse em sua absolvição que, em verdade, não sacrificaria o seu interesse (do Estado acusador, portanto), mas aparece acasalado com ele”⁵⁰⁸

A ampliação do espectro da atuação institucional do Ministério Público realizado pela CF/1988 modificou sua forma de se relacionar com os poderes constituídos, fomentando debates doutrinários, destacando-se a definição de sua posição na relação processual penal. Isto porque, fiando-se na teoria geral do processo, concebiam-se os sujeitos da relação processual enquanto demandante e demandado, cujos interesses são colocados em oposição,⁵⁰⁹ além do

⁵⁰⁵ “a interrelação de múltiplas variáveis considera o papel que a Polícia e o Poder Judiciário brasileiro exerceram nos últimos dois séculos para definir para o Ministério Público funções que proporcionem o exercício equilibrado do poder punitivo”. PRADO, Geraldo. Curso..., p. 422

⁵⁰⁶ SILVA, José Afonso. Op. Cit., p. 597-598.

⁵⁰⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza ..., p. 466.

⁵⁰⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá. 1989, p. 57. Complementa Hugo Nigro MAZZILLI: “É ideia comum dos leigos que o Ministério Público constitua apenas ou basicamente o órgão de acusação do Estado. A afirmação, porém, não é exata; primeiro, porque somente em parte é verdadeira; segundo, porque, mesmo na parte em que é correta, é preciso bem compreender em que consiste a acusação penal, já que, para formulá-la, não só o Ministério Público tem total liberdade e independência funcionais (não é obrigado *a priori* a acusar), como ainda pode e deve buscar a absolvição de quem lhe pareça inocente: não é um acusador cego, gratuito ou implacável.” MAZZILLI, Hugo Nigri. Regime..., p. 38. Daí ser também o órgão responsável pela “tutela dos interesses privados indisponíveis.” MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal, vol. II. 1 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1961. p.35-36

⁵⁰⁹ Eis o conceito carneltittiano de “lide” como “conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida”.

Estado, representado na figura do Juiz.⁵¹⁰ A construção, embora não seja pacífica, serve perfeitamente ao processo civil. No entanto, tocante à seara penal, haverá complicações.

Tecnicamente analisando, o Ministério Público também é, da mesma forma que a Magistratura, o Estado. Inclusive possui garantias funcionais dos juízes expressamente estendidas a seus membros.⁵¹¹

Fernando da Costa TOURINHO FILHO sintetiza as implicações, tangenciando uma conclusão: “Temos para nós que o Ministério Público possui a estrutura de julgador, muito embora, processualmente, mantenha à vista dos atos que pratica, certas afinidades com as partes”.⁵¹²

A solução para o impasse verificada na doutrina dominante foi atribuir ao Ministério Público a qualidade de “parte instrumental”⁵¹³. Daí não se diria ser precípua a atuação do *Parquet* em defesa do Estado. Tal opção é relevantíssima, pois não há ação penal – e, em consequência, processo – quando inexistente antagonismo⁵¹⁴. Assim, embora formalmente integre o Estado, figura o Ministério Público na relação jurídico-penal como parte, o que é fundamental a um efetivo contraditório do qual se pretenda extrair a verdade processual, aferível justamente a partir da contraposição.

Necessário, aqui, aduzir alguns conceitos. Desponta, assim, a diferença entre “Estado-Juiz” e “Estado-Promotor” referida por Rogério Lauria TUCCI, em remissão a Hélio TORNAGHI: o Ministério Público seria apenas “parte processual”, não figurando na relação

⁵¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24.ed. rev., e atual. – São Paulo: Malheiros, 2009. p.306-307.

⁵¹¹ “Embora seja conhecido como *magistratura em pé* e tenha prerrogativas semelhantes e uma carreira estruturada à índole da Magistratura, o Ministério Público brasileiro ser com esta confundido nem abrir mão de sua identidade para propositadamente confundir-se com a Magistratura, como na Itália. Em substância, as respectivas carreiras são distintas, em especial quanto à natureza de suas funções e sobretudo quanto ao aspecto psicológico que deve nortear a atuação de seus membros. Embora o dinamismo e a iniciativa não sejam apanágio pessoal ou exclusivo dos promotores de Justiça ou Procuradores da República, na verdade, visto em si mesmo, é mais acentuado o dinamismo de uma instituição, pois a ela compete denunciar, provar, convencer, postular e combater, enquanto à outra cabe receber ou recusar, ponderar e resolver. Pode-se falar até mesmo num perfil psicológico correspondente a cada uma das funções, havendo conseqüentemente desvios, quando, nas respectivas áreas de atuação, o promotor quer ser juiz e o juiz se comporta como promotor.” MAZZILLI, Hugó Nigro. Regime..., pp.76-77

⁵¹² *Processo Penal, volume 2*. 35ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p.430. É lembrar que os Promotores de Justiça ingressam na carreira mediante exame de provas e títulos, possuem vencimentos advindos do Estado, carreira hierarquizada segundo regras similares de entrância às aplicáveis aos Magistrados, Lei Orgânica e diversas outras características a aproximá-los dos membros do Poder Judiciário.

⁵¹³ Outros, como Edilson Mougnot BONFIM, preferem o termo “*parte imparcial*’ do processo, porquanto na defesa dos interesses públicos ocupa o polo ativo da ação penal, podendo, não obstante, quando assim justificar, postular a absolvição do acusado” *Código de processo penal anotado*. – São Paulo: Saraiva, 2007. p.417.

⁵¹⁴ Diriam com maior propriedade ainda os penalistas clássicos ou discípulos de Claus ROXIN que inexistiria interesse do Estado sem prévia violação ou colocação em perigo – risco – de um bem juridicamente relevante.

enquanto representante do Estado, qualidade esta que caberá com exclusividade ao magistrado⁵¹⁵. O promotor de justiça, como anota Sílvio de Cillo Leite LOUBEH (fundado em Paulo Cezar Pinheiro Carneiro), “presenta”, e não “representa”⁵¹⁶. Parte processual, parte instrumental, ou, em síntese, parte formal. É esta a posição do *Parquet* no processo penal e também quando defende direitos difusos e coletivos; não é titular do direito violado, funcionando mais como representante dos interesses do corpo social na perseguição ao turbador ou violador da paz e estabilidade comunitárias.

As já referidas reformas que introduziram mecanismos de justiça consensualizada acresceram ao Ministério Público uma nova atribuição: oferecer as medidas despenalizadoras ao imputado, ou com este definir os elementos de um acordo de colaboração premiada. Assim, ao lado da promoção privativa da ação penal, do que decorre o processo penal sancionatório, incumbiu-o de promover também o processo penal consensualizado. Aumentou seu poder quanto ao destino do caso penal.⁵¹⁷ Em lugar de uma imputação, um acordo.⁵¹⁸ Evidencia Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO tal nova posição:

Da sua parte, o Ministério Público também vai ganhar o lugar que a Constituição lhe assegura, muito mais relevante que aquele do Sistema Inquisitório, algumas vezes secundário, outras de coadjuvante, mas também em constante conflito com a CR/88.

A noção do dominus litis agora poderá, enfim, calhar-lhe como devido. Afinal, é para ele que se produzem as provas na investigação preliminar e, por isso, ser-lhe primário o controle externo dela. Ganha, por outro lado, uma mitigação o princípio da obrigatoriedade da ação e, por isso, em muitos casos poderá optar, entre outras coisas, por uma forma peculiar de bargaining.⁵¹⁹

Apesar desses avanços, importante deixar fixado que o Ministério Público não é parte imparcial. É como anota José Frederico MARQUES,

⁵¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.137-138.

⁵¹⁶ LOUBEH, Sílvio de Cillo Leite. Op. Cit., p.163.

⁵¹⁷ “Os entes históricos são assim: num ponto do tempo repousam todos os pontos antecedentes, que se fazem presentes sem perderem seu modo de ser pretéritos. Confluem todos para o presente, que se converte em ponto de intersecção do que já se foi com o que está por vir. Com isso, o tecido histórico vai se constituindo ponto por ponto, tornando-se cada vez mais espesso, mais resistente, mais denso. E aquilo que a princípio era infixo, precário pela consistência, podendo ser feito e desfeito por normas de direito que o acaso e infixidez mesma das circunstâncias ditaram, vai adquirindo a compacta resistência dos corpos institucionais”. VILANOVA, Lourival. O poder de julgar e a norma. In Escritos Jurídicos e Filosóficos. Vol. I. São Paulo: AXIS MVNDI / IBET, 2003, p.354.

⁵¹⁸ “A dimensão dos poderes processuais também possui uma relação de influência mútua com as estruturas de significado e de disposições pessoais. Por exemplo, uma estrutura de interpretação e de significado inquisitorial concede ao juiz amplos poderes de investigação enquanto que concede poderes mais limitados para a acusação e para a defesa. Ao mesmo tempo, contudo, qualquer tentativa de mudar esta estrutura de interpretação e significado geralmente acarretará uma reação dos juízes que protestarão contra a perda de poder através de uma nova estrutura processual de significados” LANGER, Maximo. Dos transplantes..., p. 40

⁵¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório..., p.115.

“não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado”⁵²⁰.

Concorda-se com a assertiva quanto à parcialidade da Instituição⁵²¹, acrescentando-se outra perspectiva: o Ministério Público é, sim, parcial, na medida em que defende, acima de tudo, os interesses da sociedade, e, apenas por via reflexa, os do Estado. Isso não significa que seja inimigo do réu, mas tão somente que tem um dever institucional de zelar pela coletividade durante o exercício de seu *munus*, nisso compreendida a ação penal. Mas, se a imparcialidade não é um requisito, sua independência permite a busca por soluções alternativas, como as vias consensuais.

Necessário, aqui, aduzir alguns conceitos. Desponta, assim, a diferença entre “Estado-Juiz” e “Estado-Promotor” referida por Rogério Lauria TUCCI, em remissão a Hélio TORNAGHI: o Ministério Público seria apenas “parte processual”, não figurando na relação enquanto representante do Estado, qualidade esta que caberá com exclusividade ao magistrado⁵²². O promotor de justiça, como anota Sílvio de Cillo Leite LOUBEH (fundado em Paulo Cezar Pinheiro Carneiro), “presenta”, e não “representa”⁵²³. Parte processual, parte instrumental, ou, em síntese, parte formal. É esta a posição do *Parquet* no processo penal e também quando defende direitos difusos e coletivos; não é titular do direito violado, funcionando mais como representante dos interesses do corpo social na perseguição ao turbador ou violador da paz e estabilidade comunitárias.

⁵²⁰ *Tratado de Direito Processual Penal*, vol. II. – São Paulo: Saraiva, 1980. p.272-273. Registre-se discordância, no entanto, quanto à colocação subsequente do eminente jurista e de Antonio Magalhães GOMES FILHO, de que o *Parquet* seria titular de direitos próprios em relação ao conteúdo do processo e, nesse diapasão, parte formal e material da relação processual (*Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. In Pena y Estado: revista latinoamericana de política criminal. n. 2, vol. 2, 1997. p.150*). Tem o Ministério Público, antes, um dever funcional: tutelar direitos alheios, sejam eles do Estado, (*jus puniendi*), sejam eles da coletividade ou difusos (meio ambiente, por exemplo).

⁵²¹ “Contudo, a concepção do Ministério Público como parte imparcial é incompatível com o processo penal acusatório, que exige um processo no qual haja uma dualidade de parte, em igualdade de condições, e com interesses distintos. Definido o sistema, os sujeitos que nele atuam devem ter a sua função determinada coerentemente com os ditames do modelo processual escolhido. Em um processo penal verdadeiramente acusatório, é necessário rever a posição do Ministério Público como parte imparcial. (...) Conceber o Ministério Público com parte imparcial significa inviabilizar a dialética de partes ou, ao menos, tornar a composição entre tese e antítese algo artificial ou meramente formal. No processo acusatório, em que se acentua a relação dialética entre as partes, o Ministério Público deve ser uma parte verdadeira, isto é, uma parte parcial.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...*, pp. 289 e 290)

⁵²² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos...*, pp.137-138.

⁵²³ LOUBEH, Sílvio de Cillo Leite. *O princípio...* p.163.

4.1.1 Princípios da atuação do Ministério Público

Antes de adentrar à atuação dos promotores no processo penal em si, fundamental destacar que o Ministério Público se estrutura sob três princípios institucionais: unidade ⁵²⁴ resulta logicamente na indivisibilidade, isso implicando que os membros da Instituição a atuarem em determinado caso não o farão em nome próprio (pessoa física), tampouco figurarão formalmente na relação jurídica (será o Ministério Público, sim, parte instrumental) ⁵²⁵.

O promotor a quem atribuída determinada ação deverá agir institucionalmente e orientado por postulados constitucionais, pois a “função absorve a personalidade de cada um” dos membros do *Parquet* ⁵²⁶, embora guiado por sua consciência e visando a justiça e defesa da democracia. A unidade abrange o todo, conforme explica José Frederico MARQUES, motivo pelo qual constituem “todos os funcionários da instituição, disseminados por comarcas e juizados, um só órgão sob uma só direção; e os titulares de seus diversos cargos podem ser substituídos uns pelos outros, indistintamente” ⁵²⁷.

A independência funcional, de seu turno, possui dois prismas: de outro lado, se reflete em um caráter mais individual dos membros do Ministério Público ⁵²⁸, inexistindo subordinação ou hierarquia jurídica entre os promotores de justiça e não estando os integrantes da Instituição vinculados às opiniões ou manifestações de seus colegas (nestes incluído o Procurador-Geral de Justiça), ou de terceiros quaisquer, devendo respeito apenas a sua consciência, às leis, ao Direito e à busca pela Justiça ⁵²⁹; de outra parte, considerando o *Parquet* como um todo, tem este independência em relação aos Poderes do Estado de Direito (Executivo, Legislativo e Judiciário), possuindo inclusive capacidade orçamentária e administrativa próprias ⁵³⁰.

⁵²⁴ José Afonso da SILVA fala em “unidade institucional”, na medida em que “Ministério Público é uma instituição que abrange o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados”. No entanto, faz o autor a ressalva de que, nos dias de hoje, pode-se dizer que a unidade se dá nos Ministérios Públicos de cada Estado, bem como no *Parquet* Federal. Op. Cit., p. 598-601. Com tal posição concorda José Frederico MARQUES. Tratado de Direito Processual Penal, vol. II. – São Paulo: Saraiva, 1980. p.269.

⁵²⁵ Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, conceituam: “Ser una e indivisível a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de um só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam (quem está na relação processual é o Ministério Público, não a pessoa física de um promotor ou curador)”. Op. Cit. p. 231.

⁵²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo... Op. Cit. p.432.

⁵²⁷ MARQUES, José Frederico. Tratado... vol. II., p.268.

⁵²⁸ Anota com precisão Paulo RANGEL: “É cediço que a Constituição da República, quando assegura ao Ministério Público a garantia da independência funcional e o princípio do Promotor Natural, o faz em nome da sociedade e não, da pessoa física do membro do Ministério Público”. O ato do príncipe. In Revista da EMERJ, vol. 5, nº 17. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura, 2002. p.247.

⁵²⁹ LOUBEH, Sílvio de Cillo Leite. Op. Cit., p.167.

⁵³⁰ Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, esclarecem: “Ser independente significa, em primeiro lugar, que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao direito, sem ingerência do Poder Executivo, nem

A independência funcional, é bom que se o diga, é quase absoluta, embora remanescendo aquilo que denominou José Frederico MARQUES como “controle hierárquico sobre a oportunidade da ação penal”⁵³¹. É a previsão do antigo artigo 28 do Código de Processo Penal, hoje parcialmente modificado, estabelecendo a possibilidade de duplo grau de verificação da promoção de arquivamento, inclusive pela vítima.

Passe-se, agora, ao elenco dos princípios correspondentes à atuação do Ministério Público no processo penal.

4.1.1.2 Obrigatoriedade

Por muito tempo não se questionou tal princípio. Era, antes, tratado como se fora um dogma. Por todos, tome-se a posição de José Frederico MARQUES: “Assim, entende-se que, presentes as condições da ação, deve exercitá-la, ainda que não exista previsão expressa na lei (...), embora seja certo ser uma decorrência do princípio constitucional da isonomia.”⁵³².

A colocação é importante porque o princípio vem sendo reproduzido de forma acrítica ao longo de décadas. Até por isso recebeu assertiva observação de Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO e Bruno Cunha SOUZA: “Salvo no art. 30, do Código de Processo Penal Militar. Mesmo assim, a doutrina brasileira faz um grande esforço para afirmar a obrigatoriedade da ação penal no país, identificando as mais variadas fontes legislativas como fundamento”⁵³³.

A posição taxativa há de ser vista com cautela. Considerando as diferenças entre processo penal e processo civil, tem-se no primeiro a indisponibilidade e a indivisibilidade da ação penal pública “de modo que o MP está obrigado (arts. 24 e 42) a oferecer a denúncia quando o fato narrado na notícia-crime revista uma verossimilitude mínima de tipicidade, ilicitude e culpabilidade”⁵³⁴. Hoje já se concebem alternativas à persecução penal, desde que, à luz do princípio da legalidade, estejam previstas em lei e sejam adequadas ao caso concreto.

dos juízes e nem mesmo dos órgãos superiores do próprio Ministério Público (v. lei n. 8.625, de 12.2.93, art 1º, par. ún.). Por outro lado, a independência do Ministério Público como um todo identifica-se na sua competência para ‘propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e títulos’ (Const., art. 127, § 2º) e para elaborar ‘sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias’ (art. 127, § 3º)”. Op. Cit. p. 231). Tal acepção de independência, circunscrita ao relacionamento com os Poderes estruturantes do Estado, é também observada em José Frederico MARQUES. Tratado... vol. II., p.270.

⁵³¹ MARQUES, José Frederico. Tratado... vol. II., p.279.

⁵³² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução..., p. 183.

⁵³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. SOUZA, Bruno Cunha. O processo penal acusatório entre o Brasil e a Itália (parte 1). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-nov-22/o-processo-penal-acusatorio-entre-o-brasil-e-a-italia-1a-parte/>. Acesso em: dez. 2024.

⁵³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos..., p. 310.

Daí porque, embora persistente no ordenamento jurídico, o princípio da obrigatoriedade não exibe caráter absoluto, vale dizer que, da mesma forma que nenhuma lesão a direito pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, o Ministério Público não pode se omitir quanto a empreender uma análise do caso penal. Sua atuação é, nesse sentido, obrigatória e, não se enquadrando o fato nas hipóteses que admitem o processo penal consensuado, deve tomar uma posição.⁵³⁵

Derrui o mais frequente óbice anteposto à ideia de justiça consensuada.⁵³⁶ Será a política criminal a indicar o caminho adequado para o tratamento do fato. Nesse sentido, presentes as condições para a ação penal (*justa causa*) e ausentes alternativas consensuais, está o Ministério Público obrigado a distribuí-la.

4.1.1.3. Oportunidade

A dicotomia obrigatoriedade/oportunidade não existe. Trata-se antes de uma opção pelo meio adequado para solução do caso. Como registra Cláudio José PEREIRA, “na hipótese dos princípios da obrigatoriedade e da oportunidade, a mitigação de um em função de uma adequação social no momento da aplicação do outro, induz ao reconhecimento do princípio da proporcionalidade”⁵³⁷ Trata-se, nas palavras do autor, da oportunidade regrada.

Este ponto precisa ser mais bem explorado com as lentes do presente.⁵³⁸ Conforme se discorreu, não se sustenta a incompatibilidade entre a justiça consensuada e o sistema processual penal brasileiro.

⁵³⁵ “Assim, a atuação do Ministério Público é obrigatória, vigorando o princípio da legalidade ou obrigatoriedade em nosso ordenamento, não podendo este usar ou não do direito de persecução, com total liberdade, salvo nas hipóteses de oportunidade regrada por lei.” PEREIRA, Cláudio José. Op. Cit. p. 30.

⁵³⁶ “Veja-se o caso da suspensão condicional do processo, ou da aplicação imediata da pena no ordenamento jurídico nacional, nem todos se tratando de casos de consenso como o aqui tratado, mas expressão de consensualidade em sentido amplo. Em ambos os casos a ação penal foi manejada, portanto, não há que se falar em ausência de respeito ao princípio da legalidade ou da obrigatoriedade. Portanto, em princípio, não há incompatibilidade entre o consenso processual penal e o princípio da obrigatoriedade e legalidade se o acordo se restringir ao modo de procedimento, ou em relação à quantidade de pena, uma vez que a ação penal propriamente dita será interposta. O princípio da oportunidade, ou a discricionariedade da ação penal por parte da acusação, só ocorrerá nos modelos em que a solução implicar na possibilidade de não interposição da ação penal”. GUINALZ, Ricardo Donizete. *Consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 115-116.

⁵³⁷ PEREIRA, Cláudio José. Op. Cit., p. 29.

⁵³⁸ “Todo o conhecimento é datado, ou seja, é produto de um conjunto de interesses fortemente localizados e historicamente situados, inclusive politicamente, motivo pelo qual é necessário um escrutínio constante sobre os efeitos resultantes da adoção e reprodução de premissas potencialmente violentas, particularmente em uma área tão sensível quanto o Direito Processual Penal. Poucas áreas do saber têm uma capacidade tão grande para produzir um discurso que, inadvertidamente ou não, legítima práticas autoritárias de imposição de dor e sofrimento.” LOPES JUNIOR, Aury; KHALED JUNIOR, Salah H. *Pelo abandono ...*, p. 4.

4.1.1.4 Indisponibilidade

Inicialmente, fundamental não confundir obrigatoriedade com indisponibilidade. O primeiro diz com a distribuição da pretensão acusatória, ao passo que o último concerne à atuação do promotor de justiça no curso da ação penal em si. Terá que conduzi-la até pronunciamento judicial final, podendo inclusive influir no conteúdo deste. Como ressalva Aury LOPES JÚNIOR, “não se confunde com a indisponibilidade (e tampouco a viola) o fato do Ministério Público pedir a absolvição do réu em plenário (no júri) ou no debate oral do rito ordinário e sumário.”⁵³⁹

Um juiz não pode deixar de decidir. Seja para condenar, absolver, anular ou reconhecer a extinção da punibilidade, há de proferir uma sentença. Explica Luigi FERRAJOLI:

Diferentemente de outros tipos de investigação, a comprovação jurisdicional, sem dúvida, é obrigatória e deve ser concluída em algum momento: assim, pois, se o dilema não é resolúvel, prevalece a hipótese mais favorável ao acusado, graças a uma regra jurídica sobre as condições de aceitabilidade da verdade processual; ademais, cada uma das hipóteses fáticas formuladas no processo pode ser desmentida por uma prova ulterior incompatível com aquelas, só até que, conforme outra regra jurídica, não intervenha a presunção legal da verdade da ‘coisa julgada’⁵⁴⁰

4.2. Juiz

A instituição de um sistema acusatório modifica não só a estrutura do Ministério Público, mas implica na acomodação dos papéis e desígnios também do julgador. Há crescente preocupação que se apresente para julgar o processo com o maior afastamento possível, com vistas à preservação da imparcialidade. A importância dessa equidistância⁵⁴¹ é às vezes subestimada pelos próprios juízes.

Note-se que antes mesmo da CF/1988, já se extinguiu o procedimento judicialiforme originário do CPP/1941, que podia ser iniciado *ex officio* por quem iria, depois, julgar.⁵⁴² A

⁵³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Processo..., p. 386.

⁵⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 45

⁵⁴¹ “A questão, portanto, não é de distância, mas de equidistância. A equidistância, ao mesmo tempo em que garante a imparcialidade do juiz frente às partes, é o que permite a necessária aproximação às demandas trazidas aos autos.” GARCIA, Rafael de Deus. Verdade real e a impossibilidade de condenação após manifestação do Ministério Público por absolvição. *In Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1043-1070, set.-dez. 2017. p.1050.

⁵⁴² “Tal mecanismo feria de morte a parcialidade e equidistância do juiz. A referida possibilidade era expressamente prevista no Código de Processo Penal, em seus revogados artigos 26 e 531. Desde a Constituição

imparcialidade é algo intransponível ao se falar de prestação jurisdicional. Fundamental pontuar que imparcialidade não se confunde com impessoalidade. Nesse sentido, Alberto BINDER registra

“o apego ao escrito e uma linguagem padrão ajudam esse processo de despersonalização, já que se fala de um lugar ‘não pessoal’: um escrito sem sangue e osso, antigo e maquinal. Essa tradição do juiz impessoal, tanto aprisionado quanto escondido, alimentado e alimentante de uma organização que se impõe às pessoas, é um dos eixos fundamentais – quiçá hoje o fundamental – da tradição inquisitorial”⁵⁴³

A imparcialidade dos membros da Corte (e de todos os integrantes do Poder Judiciário), é garantida não por integrarem um corpo, mas justamente pelo “pluralismo, e este só é possível dentro de um modelo democrático de magistratura que permita os agrupamentos democráticos e espontâneos, e o controle recíproco dentro da sua estrutura.”⁵⁴⁴ E isso não significa juízes neutros, pressupondo-se, no entanto, adesão à ideologia emanada da CF/1988, conforme sua singular interpretação.

Há muito o Poder Judiciário já funciona de forma independente, apartado da influência direta dos outros Poderes.⁵⁴⁵ A própria opção cultural brasileira em criar uma carreira e prestigiar o conhecimento técnico indica a opção por afastar o julgador de interesses e ter que eventualmente fazer concessões, como no caso dos agentes políticos eleitos.⁵⁴⁶ Outrossim, “O juiz do processo penal (que queremos), inserido no Estado Democrático de Direito, tem na sua atuação, não uma visão politizada, mas voltada para o acordo constitucional.”⁵⁴⁷

Federal de 1988, há consenso jurisprudencial” NOGUEIRA, Lucas Gabriel Corrêa; NOGUEIRA, Rafael Fecury. A “des” vinculação do magistrado ao pedido de absolvição do réu pugnado pelo Ministério Público em ação penal pública. *In* Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará. v. 10, n. 1. 2018. pp.156-157

⁵⁴³ BINDER, Alberto. A rede inquisitorial: história e tradições na configuração da justiça penal. *In* p. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). Sistemas processuais penal. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 138.

⁵⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.93

⁵⁴⁵ “a independência plena do juiz implica sua autonomia externa: sua relação com os Poderes Executivo e Legislativo; e sua autonomia interna: sua relação com os outros juízes da mesma ou superior instância.” AGUIAR, Tiago Antunes de. Do mito da neutralidade à concepção do juiz politizado e independente como modelo de gestor judicial. *In* Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5. Região, Recife, n. 18, p. 107-126, dez. 2008. p.112.

⁵⁴⁶ “A independência do Poder Judiciário é um salto civilizatório por assegurar maior imparcialidade e impessoalidade no tratamento dos conflitos de interesse em relação às etapas anteriores. Mais que isso. Enquanto os Poderes Executivo e Legislativo, constituídos por eleições periódicas, tendem a representar os anseios e interesses da maioria, o Poder Judiciário pode dar voz às minorias.” COELHO, Fábio Ulhoa. Biografia não autorizada do direito. 1ed. São Paulo: Martins Fontes, 2021, p. 165.

⁵⁴⁷ CARRAZONI JUNIOR, José. “Sobre a impossibilidade de o juiz condenar quando o Ministério Público opina pela absolvição: mais uma do embate, positivismo versus constitucionalismo”. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/artigo/8555-Artigo-Sobre-a-impossibilidade-de-o-juiz-condenar-quando-o-Ministerio-Publico-opina-pela-absolvicao-mais-uma-do-embate-positivismo-versus-constitucionalismo>. Acesso em 06/06/2024.

Ao juiz se reserva a mais importante função do processo penal: decidir. Como registra Lourival VILANOVA, “O juiz não quer conhecer por conhecer, mas conhecer juridicamente os fatos para recompor a ordem exterior do mundo da conduta humana, aqui e ali alterada pelo privilégio do homem em ser livre, cumprindo ou descumprindo o direito”.⁵⁴⁸ A função precípua do juiz, portanto, é exercer a jurisdição. É preciso, pois, melhor entendê-la.

4.2.1. Princípio fundamental da atuação do juiz: o exercício da jurisdição

Assentou-se na CF/1988 o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Não se pode, pois, impedir a busca por uma prestação judicial. Sob a perspectiva do processo penal, toda e qualquer disposição sobre o caso penal deve receber a chancela judicial.⁵⁴⁹

Para se iniciar o processo é necessário que o incumbente, seja o Ministério Público ou o particular (este nas ações de iniciativa privada), exerça o direito (poder-dever) de ação⁵⁵⁰, pelo qual provoca a jurisdição a sair da condição de inércia e decidir, ao final da instrução, pelo cabimento ou não do pedido de aplicação da sanção veiculado na pretensão acusatória, pois pertence ao Estado, corporificado na figura do julgador, o monopólio do poder de punir. Assim, no exercício do direito de ação, a parte autora deduz a pretensão acusatória na forma de denúncia ou queixa, formulando as razões de fato e de direito que justificariam o pedido de imposição de uma pena ao arguido. Trata-se de “uma pretensão processual que possui, como parte de seu fundamento, os elementos que compunham a pretensão material”⁵⁵¹, esta que Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO chama de “caso penal”.⁵⁵²

A questão é importante, uma vez que o fato naturalístico, potencialmente punível por corresponder a possível transgressão a um interdito penal tipificado, “não é o objeto do processo, mas um elemento integrante da pretensão. [...] Não basta a existência de um fato delituoso, é imprescindível o exercício de uma pretensão acusatória por meio da declaração

⁵⁴⁸ VILANOVA, Lourival. O poder de julgar e a norma. *In* Escritos Jurídicos e Filosóficos. Vol. I. São Paulo: AXIS MVNDI / IBET, 2003, p. 361.

⁵⁴⁹ “Demonstrando esta perspectiva do processo para fazer valer os novos direitos fundamentais, compreendidos como ‘princípios jurídicos-positivos’, se pode indicar o dispositivo constitucional estabelecendo a garantia de todos os cidadãos à jurisdição (art. 5º, incisos XXXIV, alínea ‘a’ e XXXV da Constituição Federal)” GUINALZ, Ricardo Donizete. Consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 46.

⁵⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

⁵⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença. 5ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 78

⁵⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá. 1989

petitória.”⁵⁵³. A ocorrência do fato no mundo fenomênico não conduz à automática instauração de um processo, só possível com o exercício do direito de ação.

A pretensão acusatória veiculada pelo exercício do direito de ação receberá ou não o aval da opção, mediante análise da justificativa em si contida. Acolhida esta, estará instaurado o processo. Nesse sentido, “o que se torna indispensável à existência do processo é a pretensão do autor manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação.”⁵⁵⁴

Mas não se esgota ali o direito de ação. “Na verdade, se onde existe *ação*, há também *processo e jurisdição*, a primeira deve ser compreendida, em realidade, como uma espécie de conjunto, ou *feixe* que reúne todas e cada uma das faculdades processuais do autor: propor a demanda, peticionar, produzir prova e recorrer, entre outras.”⁵⁵⁵

O processo, instrumento da jurisdição para poder aplicar o direito, se desenvolve na dialética promovida pelas partes, conforme provocação delas. Daí o conceito de André NICOLITT, do qual se comunga, para quem jurisdição “é a função através da qual o Estado-Juiz dá resposta às pretensões que lhe são apresentadas, dizendo o direito e dando significado concreto e aplicação aos valores constitucionais.”⁵⁵⁶ Note-se que não pode o julgador decidir sem que haja uma pretensão estranha, pois abandonaria sua condução de inércia, característica da jurisdição. Tal postura não se limita a vedar ao juiz avocar a iniciativa de instauração do processo, mas também no que se refere à substituição da atividade das partes, probatória e postulatória. O juiz, hoje, não é tão somente

“sujeito passivo das relações de conhecimento. Como todos os outros seres humanos, também é construtor da realidade em que vivemos, e não mero aplicador de normas, exercendo atividade simplesmente recognitiva. Além do mais, como parece sintomático, ele, ao aplicar a lei, atua sobre a realidade, pelo menos, de duas maneiras: 1º, buscando reconstruir a verdade dos fatos no processo e, 2º, interpretando as regras jurídicas que serão aplicadas a esse fato ou, em outras palavras acertando o caso que lhe é posto a resolver”⁵⁵⁷

De outro lado, não se está falando de juízes à maneira do sistema acusatório adversarial. Elenca Mirjan DAMASKA as diferenças essenciais:

⁵⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos....

⁵⁵⁴ JARDIM, Afrânio Silva. Reflexão teórica sobre o processo penal. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/reflexao-teorica-sobre-o-processo-penal>. Acesso em: jun. 2024.

⁵⁵⁵ DUCLERC, Elmir. Introdução aos fundamentos do direito processual penal. Florianópolis: Empório do direito, 2016, p. 108-108.

⁵⁵⁶ NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 11. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023.

⁵⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba. nº 30. 1998. p. 171-172.

“A primeira observação é relativa aos problemas dos estilos probatórios. Os estilos probatórios distintos nos sistemas *common law* e *civil law* existem de fato ou são meramente uma invenção de doutrinadores? Na minha ótica, eles existem e emergem da confluência de três fatores principais. O primeiro é a oposição, a que já fizemos alusão, entre processos adversariais e não-adversariais. Ela produz, *inter alia*, contrastes tão importantes como a produção da prova apenas pelas partes e não pelo juiz. O segundo fator deriva da diferença da estrutura dos corpos decisórios. Enquanto na órbita anglo-americana as regras probatórias foram sensíveis às demandas de julgamentos por jurados, as regras continentais foram adaptadas para satisfazer às necessidades de um tribunal misto. Obviamente, problemas probatórios desiguais surgem em um sistema onde a culpa é determinada por um corpo de leigos e em um sistema onde a culpa é determinada por um tribunal no qual leigos e juízes togados decidem conjuntamente. O terceiro e final fator contributivo para a emergência de estilos probatórios distintos se reduz à circunstância de se o julgamento é ou não precedido de uma investigação alegadamente imparcial, com os seus resultados à disposição dos juízes”⁵⁵⁸

Pode-se dizer, à guisa de fechamento, que jurisdição é poder, mas também é limite. E o limite é dado pelas partes.

⁵⁵⁸ DAMASKA, MIRJAN. Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In GLEOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). Sistemas processuais penais. 2ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 289-290.

5. O PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O DISSENSO JUDICIAL

Observando os antecedentes legislativos brasileiros, registra a doutrina que, antes do Código de Processo Penal de 1941, não existia explícita autorização normativa a que os julgadores, discordando da pretensão final exculpatória deduzida pelo Ministério, proferissem um édito condenatório.⁵⁵⁹ Este não era um ponto relevante mas se tornou com a ascensão de um regime que promoveu diversas mudanças no Poder Judiciário e instituiu uma lei de segurança nacional. Tal fator histórico-político não pode ser ignorado, embora não se possa ir além sem outros dados. Aliás, pertinente observação quase profética feita por Alípio da SILVEIRA nesse mesmo ano:

Em geral, a interpretação das leis está subordinada ao espírito do regime em que surgiu a lei.

Porém, é importante notar, – a interpretação das leis pode ir contra o espírito que informou a organização de um determinado regime político, contemporâneo ao surgir da lei interpretada, e obedecer, ao contrário, a outro espírito ou tendência, mais de acordo com as necessidades ou sentimentos do momento em que se faz a interpretação.⁵⁶⁰

A questão é posta pois os influxos, hoje, são diversos. Há inexorável tendência de um processo penal acusatório, em que as funções de acusar e julgar devem, como pressuposto, estar claramente apartadas. É nesse contexto que se debruça sobre o artigo 385 CPP/1941.

Quando da aprovação do códex, havia a concepção de que o Magistrado, pela “livre convicção”, não estaria vinculado ao pedido deduzido nas alegações finais, exigindo-se apenas a “relação íntima entre a acusação [denúncia] e a condenação”⁵⁶¹. Se não pacífico, tal entendimento era prevalente.

⁵⁵⁹ SOARES, Igor Alves Norberto; ACHTISCHIN, Isabella Miguez. Limites à decisão no processo penal: a inconstitucionalidade da sentença condenatória diante do pedido absolutório formulado pelo ministério público. *In* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. Set-dez 2021. p.493

⁵⁶⁰ SILVEIRA, Alípio. Da interpretação das leis em face dos vários regimes políticos (antigos e modernos). São Paulo: Tipografia paulista, 1941, p. 171. Complementa Rubens R. R. CASARA: “É dentro dessa visão tradicional que surge a interpretação retrospectiva, com o intérprete inserido no horizonte da história e da linguagem. Estando, esse intérprete, vinculado a um contexto histórico, mostram-se difíceis (re)leituras desassociadas dos caracteres de determinada sociedade, de onde se conclui que sem mudanças nessa sociedade, isto é, sem rupturas históricas, as interpretações tendem a ser conservadoras, tendem a repetir o que já está sedimentado (“pré-juízos”), impedindo “a dialética que deve existir entre a familiaridade e o estranho”, isto é, o novo. A conseqüência imediata desse desvio é o surgimento de uma jurisprudência reacionária, constatável em qualquer repertório jurisprudencial, refratária de mudanças no status quo.” CASARA, Rubens R. R. Interpretação retrospectiva, Constituição e Processo Penal. *In* Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003, p.196

⁵⁶¹ NORONHA, Edgard de Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 6ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

Ao longo das últimas décadas, muito já se falou que uma das normas inscritas no referido dispositivo, aquela que permite ao julgador condenar mesmo quando a acusação pública postule a absolvição do imputado, é incompatível com a CF/1988. Este é um ponto relevante, tomado aqui como partida na circunstanciada análise do dispositivo. Atingir tal conclusão não é tão simples assim, uma vez que um texto jurídico possui validade, vigência e eficácia enquanto não revogado por um ato de autoridade. E, indiscutivelmente, o artigo 385 do CPP/1941 foi legitimamente inscrito no subsistema processual penal e até hoje não revogado pelo Poder Legislativo e tampouco decretada sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Os auspícios da CF/1988 não foram suficientes, em uma primeira análise, à sua expulsão do sistema jurídico. Mas, infere-se, deveriam sê-lo. E é justamente esta a proposta que permeia a presente tese: demonstrar a incompatibilidade da potestade do magistrado no âmbito do sistema processual penal de dissentir da pretensão exculpatória veiculada pelo Ministério Público, considerando as não poucas mudanças sofridas por referido sistema desde a promulgação do CPP/1941 até se atingir sua (disforme) feição atual. Eivada sim de inconsistências, encontra-se hoje inspirada por valores democráticos e respeitadores da dignidade da pessoa humana do arguido. Em outros termos, a apreciação do dispositivo legal não se fará tão somente em face da CF/88, mas de todo o subsistema processual penal, que com aquela estabelece relações de coimplicação.

5.1. A controvérsia sobre a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal

Para se avançar, é preciso entender qual o estado da arte. E há uma divisão clara entre autores que reputam o artigo 385 do CPP/1941 inconstitucional, por não recepcionado pela CF/1988, ao passo que outros defendem que a possibilidade de condenar, a despeito do dissenso ministerial, está em consonância inclusive com um processo acusatório, na medida em que o juiz é destinatário da prova e não da opinião do Ministério Público. Compilem-se, pois, ambos os pontos de vista.

5.1.1. Divergência doutrinária

Não são poucos os autores, ainda hoje, a compreender que o Ministério Público opina, na literal dicção do texto do artigo 385 CPP/1941, motivo suficiente para o juiz não estar vinculado a tal posicionamento.

Outros advogam que quando o *Parquet* postula a absolvição em alegações finais, está retirando a acusação (FREIRE JUNIOR, 2005), ou seja, indicando que não pretenderia “mais exercitar o *ius perseguendi* e o *ius puniendi*” (MAIA NETO, 2008), vinculando assim o julgador, “já que o poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória.” (LIMA, 2019). A exculpação seria inescapável, isto significando a não recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal pela Constituição.

Outra relevante corrente defendia o oposto, que impor a vinculação do juiz à manifestação derradeira do Ministério Público significaria que a este órgão “o direito de punir passaria a pertencer” (TOURINHO FILHO, 2010), algo inviável, visto que o *Parquet*, jungido ao princípio da indisponibilidade da ação penal, “nas alegações finais, apenas [...] dá um ‘parecer’ sobre a pretensão punitiva estatal” (JARDIM, et. al., 2016) e o magistrado, quando exerce o poder de julgar, o faz com independência, pronunciando-se livremente quanto ao mérito⁵⁶².

No âmbito dos tribunais, seguindo orientação fixada pela Suprema Corte, não se via a mesma divergência. Salvo esparsas decisões, era dominante a interpretação de que o julgador não estaria vinculado ao pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público em alegações finais.

Sobreveio a Lei 13.964/2019, incluindo no Código de Processo Penal o 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.”

Embora para diversos autores a Constituição Federal de 1988 tivesse imposto a regência de um sistema acusatório no processo penal (LOPES JUNIOR, 2014), a explicitação no códex foi suficiente para restaurar um necessário debate sobre os limites da atuação do juiz na instrução e gestão da prova, bem como na decisão.

A divisão doutrinária, no entanto, persiste, havendo quem assente que, a despeito das alterações, o artigo 385 do Código de Processo Penal conserva sua constitucionalidade (PACELLI, et. al. 2020) e quem compreenda o oposto (NICOLITT, 2023).

Assim, embora possa aparentar que a discussão sobre a recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal se encerre no próprio dispositivo, ela se integra com reflexão mais ampla sobre o papel de cada qual no processo, especialmente na definição dos limites de atuação dos agentes estatais.

⁵⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 23ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

O processo acusatório pressupõe separação entre o julgador e a figura do acusador. Para a maior parte da doutrina nacional, um processo penal inquisitório se diferencia de outro com estrutura acusatória pela responsabilidade quanto à gestão da prova: enquanto no primeiro esta fica a cargo do magistrado (juiz-inquisidor), no último se constitui incumbência das partes, vedando-se inclusive iniciativas do julgador⁵⁶³.

Dúvida não havia quanto a não mais se orientar o processo penal brasileiro, ao menos desde 1988, por uma lógica acusatória. No entanto, pelas não poucas reminiscências inquisitórias no texto legal, muitos autores concebiam o sistema vigente como possuidor de características mistas, pela existência de uma fase pré-processual (LIMA, 2019) ou persistência da atribuição de poderes instrutórios ao juiz (PACELLI, 2013).

A inserção do artigo 3º-A no Código de Processo Penal dirimiu a controvérsia, isto não significando a cominação de um sistema puro pois, sob variegados arranjos, todos os sistemas são em alguma medida mistos⁵⁶⁴. Há no Brasil, e isto é hoje incontroverso, um sistema que se orienta por uma lógica (ou princípio) acusatória.

Embora não incluído o novo dispositivo nas disposições preliminares do Código de Processo Penal, o artigo 3º-A possui inafastável natureza orientativa, filtrando a interpretação não só do Decreto-Lei 3.689/41, mas de todo o sistema processual penal. Aqui, deve-se compreender sistema enquanto “um conjunto de objetos que se relacionam entre si e não apenas que apresentam características comuns. São classes, mas com estruturação interna, onde os elementos se encontram vinculados uns aos outros mediante relações de coordenação e subordinação.”⁵⁶⁵

Reforça Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO:

“Da mesma maneira, embora tenha havido evolução na aplicação do princípio da disponibilidade do conteúdo do processo, ela ainda foi tímida: num processo penal de matriz acusatória o MP deve ter a mais ampla liberdade neste sentido porque, valendo quase que tão só a prova da instrução processual (a ressalva são aquelas reais), é mais coerente poder retirar a acusação que ser forçado a levar os pedidos até o final e vê-los impropriedades, com trânsito em julgado material da sentença, logo, sem a menor possibilidade de renovação da ação. Pouco razoável, neste contexto, a manutenção da regra atual do art. 385, no art. 409 do Projeto. Ora, o

⁵⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 183, ano 46. jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: jun. 2023, p. ____.

⁵⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 183, ano 46. jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: jun. 2023, p. 109.

⁵⁶⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. ____

juiz poder condenar contra o pedido do MP, vertido, no texto, como mera opinião: O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada. Em suma, espaiada pelo Projeto inteiro, vê-se uma grande evolução das atribuições do MP mas, sem dúvida, ainda foi acanhada e fruto de um aparente medo já não mais cabível nos tempos atuais. A maior liberdade sabe-se bem é sempre acompanhada da responsabilidade se, em questão, está a ordem constitucional.”⁵⁶⁶

“Com efeito, no exercício da ação penal pública, a atuação do Ministério Público condiciona o direito de punir do Estado. O exercício do direito de punir, que deriva diretamente da soberania do Estado, compreende quatro condições para ser atuado: a) a elaboração da lei penal (atividade conjunta do Poder Legislativo e do Poder Executivo, sob controle de constitucionalidade do Poder Judiciário); b) a acusação penal (monopolizada pelo Ministério Público, à só exceção da ação privada subsidiária, em caso de inércia ministerial); c) a jurisdição penal (monopolizada pelo Poder Judiciário, à exceção da competência do júri); d) a execução penal (atividade desenvolvida em colaboração pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, com a atuação do Ministério Público). Ora, na fase pré-processual, o Ministério Público exerce uma parcela direta da soberania do Estado porque decide incontestavelmente se propõe ou não a ação penal pública. Assim, se o Ministério Público insistir no arquivamento das investigações, nem mesmo o Poder Judiciário poderá determinar que ele promova a ação penal pública (Constituição, art. 129, I; Cód. de Processo Penal, art. 28). Naturalmente, depois de proposta a ação penal pública, a partir da instauração do processo penal passará a caber ao órgão jurisdicional decidir absolutamente sobre a imputação inicial.”⁵⁶⁷

José Carrazzoni Junior: “equivocam aqueles que dão razão à aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal contextualmente de matriz fascista. Ora, bem se sabe que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 firmou como sistema processual o de cunho acusatório. Assim, se torna inadmissível consoante o artigo 129, inciso I da CF, admitir que o julgador acuse. Considerando-se assim, que nosso processo penal se erige pelo sistema acusatório, mormente o amparo constitucional, que faz o reparte das funções de acusador e julgador, colocando em xeque o positivismo do diploma dos ritos penais. O juiz do processo penal (que queremos), inserido no Estado Democrático de Direito, tem na sua atuação, não uma visão politizada, mas voltada para o acordo constitucional”

⁵⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 183, ano 46. jul./set. 2009. p.115.

⁵⁶⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza ..., p.467.

“Quando o Ministério Público delibera pela absolvição, significa o mesmo que “retirar a acusação”, em outros termos, o mesmo que a desistência penal da ação penal, por ilegitimidade de causa, carência de pressupostos processuais e falta de interesse estatal para continuar com a *persecutio criminis*. Tranca-se a ação penal, porque o órgão ministerial não pretende mais exercitar o *ius persecuendi* e o *ius puniendi*. Assim por razões de justiça, lógica, coerência, racionalidade e correta aplicação da lei, resta ao Poder Judiciário encerrar a ação penal, em nome dos princípios da imparcialidade e do *no iudex ex officio*. Nesta hipótese, não se aplica o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, mas sim os princípios *nulla culpa sine iudicio* e *nullum iudicium sine accusatione*, visto que o Ministério Público é o *dominus litis* e titular exclusivo da *persecutio criminis*. (MAIA NETO, Cândido Furtado. *Absolvição Criminal Pelo Ministério Público. Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: editora Jus Podivm, 2008. p. 453/454)

“Há o exercício da ação penal e o MP dele não pode desistir, mas não há mais acusação: a imputação de infração penal. O MP desistiu da pretensão acusatória do crime descrito na denúncia e não da ação penal. Não podemos confundir ação com processo. A ação deflagra a jurisdição e instaura o processo, porém se esgota quando a jurisdição é impulsionada. Agora, daqui pra frente, o que temos é o processo, não mais a ação. Aquela (pretensão acusatória) é que é o objeto do processo penal e aqui é que tudo se resume: objeto do processo.” (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.65).

“O art. 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição da República. Não está mais autorizado o juiz a decidir, em desfavor do acusado, havendo pedido do Ministério Público em sentido contrário. O titular exclusivo da ação penal é o Ministério Público e não o juiz. A busca da verdade, pelo juiz, compromete sua imparcialidade na medida em que deseja decidir de forma mais severa para o acusado em desconformidade com o órgão acusador, que é quem exerce a pretensão acusatória” (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.66)

“Se o Parquet pede a absolvição do acusado, a ela está vinculado o juiz, já que o poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2019. p. 1064)

Na verdade, o mencionado art. 385 do Código de Processo Penal não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da Ação Penal Pública (art. 42, CPP). O pedido de condenação não é retirado, sendo que, nas alegações finais, apenas se dá um ‘parecer’ sobre a pretensão punitiva estatal, que está manifestada na denúncia e nela permanece. (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*. 14ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81). **Existe uma citação mais completa na obra de 2014 de Jardim, que segue: “De qualquer forma, o legislador não tem saída: a) ou obrigaria o Ministério Público a insistir sempre e sempre na condenação do réu, o que seria um absurdo; b) ou obrigaria o juiz a absolver o réu e, neste caso, a decisão seria do próprio Ministério Público, que mandaria o juiz prolatar uma decisão meramente formal de absolvição, o que seria um despautério”**

“Acontece que o oferecimento da denúncia não esgota por si a acusação, posto que ela deve perdurar até o momento de uma eventual condenação. Quando o MP pede a absolvição, materialmente está retirando a acusação e, portanto, é impossível a condenação do réu.”⁵⁶⁸

A primeira parte do art. 385 do Código de Processo Penal, quando, no âmbito de ação penal pública ou privada subsidiária, autoriza o juiz a condenar o réu mesmo em face de pedido do Ministério Público pela absolvição, foi editado em contexto histórico e social completamente diverso; tal não significa, porém, que não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Observa-se que muitos dispositivos do CPP foram alterados por leis supervenientes, especialmente após a Constituição de 1988 (como a Lei n. 11.719/2008, a Lei n. 12.403/2011 e a Lei n. 13.964/2019), a fim de conformar o processo penal brasileiro ao sistema acusatório. A jurisprudência também tem redesenhado constantemente o processo penal, havendo consistentes julgados que buscam adequar a legislação processual a esse sistema. A despeito disso, o art. 385 do CPP nunca foi expressamente revogado, nem declarado não recepcionado pelos tribunais superiores. A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório principalmente a partir de seu art. 129, I, ao estabelecer a titularidade exclusiva da ação penal ao Ministério Público; todavia, a estabeleceu “na forma da lei” – o que, ademais, decorre do princípio da legalidade (CF/1988, art. 5º, caput). A Constituição atribuiu ao Poder Judiciário o poder jurisdicional, e não a outro órgão. Além disso, ela própria firmou, sem excluir outros

⁵⁶⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. *In* Boletim do IBCCRIM, nº 152 – julho 2005. p.19

mecanismos passíveis de positivação pelo legislador infraconstitucional, um mecanismo de fiscalização da atuação do Ministério Público nos crimes de ação pública: a ação penal privada subsidiária da pública, nos moldes de seu art. 5º, LIX. Dessa forma, parece-nos que existe, no mínimo, uma margem de conformação legislativa para que uma norma infraconstitucional defina que o julgador pode proferir sentença condenatória mesmo diante de pedido de absolvição do parquet. Temos que a regra extraída do texto do art. 385 do CPP não é nem totalmente irrazoável e desproporcional, nem absolutamente incompatível com o sistema acusatório, tomando em consideração sobremaneira os aspectos mencionados: promoção exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público, mas na forma da lei; fiscalização de sua atuação nos crimes de ação penal pública por meio da ação penal privada subsidiária, sem exclusão de outros mecanismos de fiscalização (e, paralelamente, fiscalização do ato judicial condenatório não só pela defesa, mas também pelo Ministério Público, em apelação favorável à absolvição do réu); e atribuição do poder ou da função jurisdicional aos membros do Poder Judiciário. Assim, apesar de sua origem histórica e social diversa, a manutenção do dispositivo no ordenamento não nos parece violar o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. O art. 385 do CPP não foi até hoje alterado ou mesmo revogado expressamente, apesar de pelo menos três expressivas reformas no sistema processual penal, como as de 2008, 2011 e de 2019. Por fim, ele guarda relação com o princípio da legalidade, uma vez que não é possível desistir da ação penal pública proposta – e, portanto, nem sua extinção sem resolução do mérito –, cabendo ao magistrado (ou ao tribunal do júri, nos casos de crimes dolosos contra a vida), que não a iniciou nem substituiu as partes na gestão da prova, exercer sua função jurisdicional e julgar o mérito da acusação constante da denúncia, a partir da prova colacionada aos autos, embora, claro, tomando em grave consideração as narrativas construídas pelas partes em contraditório.

(GONÇALVES, Benedito; GOULART, Felipe Berkenbrock. Pode o juiz condenar quando o Ministério Público pede a absolvição do réu? O art. 385 do CPP entre o sistema acusatório e o poder jurisdicional. *In* MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. Vol. II. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 341-362).

“Na verdade, se o Juiz devesse proferir decreto absolutório quando o Ministério Público entendesse conveniente, o direito de punir passaria a pertencer-lhe. Bastaria o Promotor pedir a absolvição e o Juiz, obrigado a atendê-lo. Sendo indisponível a ação penal, não pode o Ministério Público dela dispor. Daí, mesmo que o Promotor postule a absolvição do réu, nada

impede que o Juiz profira decreto condenatório.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.964/965).

“E, imagine quão absurdo seria o caso de, ocorrendo sucessão entre membros do Ministério Público, o primeiro atuando até o ato das alegações finais requestando a condenação e o segundo, assumindo a causa depois da sentença condenatória, formulasse outra opinião delicti e entendesse que era caso de absolvição, pedindo-a, tempestivamente, via recursal ao juízo ad quem. De nada adiantaria a referida sentença condenatória do juízo a quo, porquanto em decorrência da alteração de entendimento da instituição do Ministério Público, a absolvição seria decidida por esta e não pelo Judiciário, uma vez que o recurso vincularia o Tribunal. Na verdade, nesta hipótese, estar-se-ia transferindo a função jurisdicional do Poder Judiciário para o Parquet. (CAPELA, Fábio. **Uma visita ao Código de Processo Penal**, art. 385. Boletim IBCCRIM, nº 169, 2006, p. 14-15)

"Invocar-se o sistema acusatório como fator impeditivo para que o juiz condene frente a um pedido de absolvição, parece absolutamente equivocada. Afinal, se há evidente separação entre o acusador, defensor e julgador, cada um ocupando um compartimento estanque na relação processual, aí sim há de se admitir a condenação mesmo com anterior pedido de absolvição. Com efeito, a vinculação do juiz ao pedido do Ministério Público, da forma que sugerida, é que romperia com o sistema, na medida em que transferiria para a acusação pública o poder de julgar, reunindo, em um só órgão, as funções de acusar e decidir, em clara e indesejável reminiscência ao sistema inquisitivo". (Cunha, Rogério Sanches e Pinto, Ronaldo Batista. Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos. 2 ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1.044).

“O pedido de absolvição do Ministério Público em alegações finais não é outra coisa senão a disposição da acusação após o encerramento da instrução. Trata-se de um jogo de palavras do Código de Processo Penal proibir o Ministério Público de “desistir” da ação penal e lhe permitir, ao fim, sustentar a absolvição do acusado. A indisponibilidade da ação penal proíbe o Ministério Público apenas de requerer o arquivamento precoce da acusação, não o proibindo, contudo, de o fazer após o fim da instrução processual.” (NOGUEIRA, Lucas Gabriel Corrêa; NOGUEIRA, Rafael Fecury. A “des” vinculação do magistrado ao pedido de absolvição do réu pugnado pelo Ministério Público em ação penal pública. *In Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. v. 10, n. 1. 2018. p.168)

“Aliás, aceitar a ideia de que o juiz pode condenar mesmo com pedido de absolvição do MP nos autoriza a pressupor que o julgador já estaria com a convicção formada antes mesmo do fim do processo, o que, por si só, já seria elemento suficiente para questionar a imparcialidade do julgador.”⁵⁶⁹

5.1.2. A interpretação atual das Cortes Superiores⁵⁷⁰

O artigo 3º-A do Código de Processo Penal é explícito quanto àquilo que proíbe: a iniciativa probatória do juiz. Lado outro, silencia, tal como outros dispositivos legais, na fixação de limites mais claros à atividade de decisão. Sem a pretensão de resolver tal problema neste artigo, o que se propõe é a realização de uma análise do estado da arte no âmbito das Cortes Superiores. Até porque o acórdão proferido na ADI 6298/DF, que interpretou conforme a Constituição Federal dispositivos trazidos pela Lei 13.964/2019, foi lacônico quanto ao permissivo à condenação quando subsista pedido de absolvição pelo Ministério Público em alegações finais.

Em 2022, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicou o acórdão referente ao AgrRg no AREsp 1.940.726/RO, em cuja ementa consta que, havendo pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público em ação penal pública, “não cabe ao juízo a quo julgar procedente a acusação, sob pena de violação do princípio acusatório, previsto no art. 3º-A do CPP, que impõe estrita separação entre as funções de acusar e julgar.” Isto renovou controvérsia dormente na doutrina, o que levou, em fevereiro de 2024, a Associação Nacional da Advocacia Criminal a distribuir a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1122 visando reconhecer que o dispositivo afronta o sistema acusatório, notadamente após a aprovação da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Nesse contexto, o presente artigo investiga, estabelecendo recorte da pesquisa empírica a partir do início de vigência da referida

⁵⁶⁹ GARCIA, Rafael de Deus. Verdade real e a impossibilidade de condenação após manifestação do Ministério Público por absolvição. *In Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1043-1070, set.-dez. 2017. p.1063.

⁵⁷⁰ A pesquisa empírica aqui trazida foi apresentada pela vez primeira na publicação “Artigo 385 CPP, pacote anticrime e jurisprudência das cortes superiores”, publicado no periódico “Contemporânea: Revista de Ética e Filosofia Política”, em coautoria com a Professora Doutora Eloisa de Sousa ARRUDA, disponível em <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/5339>. Era parte do presente projeto de pesquisa e, observado tal desiderato, é aqui reproduzida no que concerne aos resultados e sua análise.

norma federal, o entendimento das Cortes Superiores sobre o tema e se houve influência da novel legislação na interpretação pelo Poder Judiciário, identificando os principais argumentos em disputa.

Redigido e promulgado com inegável cariz inquisitória, o Código de Processo Penal, apesar das minirreformas que se seguiram ao advento da Constituição Federal de 1988, ainda guarda muito da redação e inspiração originais de 1941. Dentre os dispositivos que não receberam qualquer alteração está o artigo 385, estabelecendo que “[n]os crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

Quando se realiza pesquisa jurisprudencial de forma sistemática, utiliza-se método denominado “jurimetria”, cujo objetivo “é compilar, em um só trabalho, dados que ajudem a mostrar evidências de algum fenômeno ou de alguma tendência em decisões judiciais.”⁵⁷¹

Importante registrar que a pesquisa não se limitou à leitura de ementas; debruçou-se sobre o conteúdo dos acórdãos, uma vez que nem sempre aquela representa com fidedignidade o final resultado colegiado. A cautela tem sua razão de ser, pois essa dissonância ocorreu, inclusive, com a presente temática. Em 28/06/2017, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal publicou acórdão correspondente ao julgamento da Ação Penal 960, indicando, na ementa que, havendo pedido de absolvição pelo *Parquet*, “como afastada a pretensão acusatória quando há manifestação do titular da ação penal pública pela absolvição do acusado, não podendo o magistrado condenar de ofício”. No entanto, o entendimento sintetizado no introito sequer consta do voto do Relator ou de qualquer outro Ministro, tampouco pois não houve tal debate⁵⁷². Como expôs o Ministro Alexandre de Moraes ao refutar tal ementa enquanto precedente, naquele caso a Suprema Corte absolveu o réu “com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, pois reconhecida a atipicidade da conduta a ele imputada, e não apenas porque o Ministério Público, em alegações finais, postulou a absolvição do acusado.” (AgRg. no Habeas Corpus 185.835).

Tocante à metodologia, como cada um dos Tribunais possui ferramentas e opções de filtro próprias, buscou-se uma equiparação mínima. O primeiro parâmetro comum para a pesquisa nos sítios eletrônicos das Cortes Superiores foi o temporal: fixou-se o intervalo entre

⁵⁷¹ YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017

⁵⁷² PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020

os dias 25/12/2019 e 14/06/2024, correspondendo a primeira data ao início de vigência Lei 13.964/2019. O segundo limitador foi a natureza colegiada das decisões. O terceiro critério foi a indexação do artigo 385 do Código de Processo Penal enquanto referência legal. E somente isto já circunscreveu os retornos no Supremo a doze acórdãos, ao passo que no Superior Tribunal de Justiça correspondeu a milhares de precedentes. Assim, outros filtros foram aplicados apenas a este para se atingir um volume factível de julgados, abarcando cerca de duzentos precedentes. Salvo melhor juízo, isto não compromete a amostragem, o resultado ou as conclusões ao final tecidas.

Aplicados os parâmetros no Supremo Tribunal Federal, retornou-se uma dúzia de acórdãos. Destes, três se referiam a questões ligadas à quantificação da pena e foram desconsiderados da amostragem final, remanescendo nove arestos. A eles se somou, pela relevância, o julgamento de ampla discussão das inovações do Pacote Anticrime, realizado na ADI 6298, que cuidou lateralmente do artigo 385 do Código de Processo Penal, e acórdão nele citado a tal respeito.

No Superior Tribunal de Justiça, utilizou-se como filtros adicionais os seguintes termos, alternativa ou cumulativamente: “sistema acusatório” ou “princípio acusatório”. Essa primeira busca obteve um total de 153 acórdãos, mas apenas 18 deles potencialmente congruentes com o objetivo da empreitada científica. Para aumentar a amostragem, fez-se pesquisa adicional tão somente com a referência ao artigo 385 do Código de Processo Penal, resultando em 49 arestos, dos quais 14 eram repetidos e outros 35 inéditos.

Curiosamente, nenhuma das explorações retornou a decisão que (re)inaugurou a divergência, o AgrRg no AREsp 1.940.726/RO. Mas, como foi referida em mais de um acórdão, mesma situação de outros dois arestos da Corte, somaram-se os três aos demais julgados, resultando um total de 191 decisões colegiadas. Desse montante, apenas 46 traziam discussão, ainda que perfunctória, sobre o artigo 385 do Código de Processo Penal. Outros diziam respeito a temas excrescentes da averiguação, ainda que ligados ao sistema acusatório, como prisão preventiva *ex officio* ou violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal, além de dosimetria da pena.

Feita a depuração preliminar, as mais de quatro dezenas de acórdãos remanescentes foram classificados em dois grupos: um correspondente à dosimetria da pena (imposição de agravantes ou causas de aumento de pena não postuladas pelo Ministério Público), em um total de 12 arestos, excluídos de apreciação final por não corresponderem ao escopo da investigação; e outro contendo 34 precedentes respeitantes ao pedido de absolvição pelo acusador público,

sobre os quais se realizou a análise, em conjunto com as 11 decisões remanescentes emanadas do Supremo Tribunal Federal.

Embora os argumentos se permeiem, na decomposição adiante esmiuçada se pretendeu identificar qual a motivação preponderante na decisão ou a singularidade jurídica que se apresentava perante as Cortes.

Um primeiro cenário diz com a manifestação do Ministério Público nos julgamentos colegiados. Há quatro acórdãos do Supremo Tribunal Federal abordando a questão. O primeiro, AgRg no HC 185.835, relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, refere ao livre convencimento motivado, destacando sobretudo que a opinião exculpatória advinha de parecer subscrito por Procurador de Justiça perante Corte Estadual, atuando enquanto *custos legis*. Em outra hipótese, deduzida no AgRg no HC 185.633, o Ministro Edson Fachin julgou válida a reforma da absolvição promovida por Tribunal de Justiça, ainda que o Ministério Público tenha ali opinado pela manutenção da exculpação, como também o fez perante o Superior Tribunal de Justiça. Apesar do contexto, há mera reafirmação da constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, o que não impediu que tal aresto fosse utilizado para fundamentar diversas decisões capturadas nesta pesquisa. O AgRg no RHC 198.751, da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, faz explícita remissão ao já referido AgRg no HC 185.835, havendo contribuição do Ministro Gilmar Mendes, em voto convergente, diferenciando pedido de absolvição pelo dominus litis em alegações finais e a atuação dos procuradores perante os Tribunais. Essa diversidade de funções do Ministério Público é abordada pelo Ministro André Mendonça no AgRg no HC 231.717:

Por fim, mais uma vez destaco que, independentemente da ótica que se adote, não houve violação ao sistema acusatório, já que inexistiu confusão entre as funções de acusar, julgar e defender. Vale lembrar que a apelação, que resultou na condenação dos pacientes, foi protocolada pelo Ministério Público no desempenho do papel de titular da ação penal, ao passo que a manifestação no sentido da absolvição foi emitida pelo Parquet atuante como fiscal da lei em segunda instância (*custos legis*), que, por essa razão, não ostenta posição de parte na ação penal.

No Superior Tribunal de Justiça há meia dúzia de acórdãos unânimes, tanto da 5ª Turma (AgRg no Resp 1.850.925, AgRg no HC 626.213 e AgRg no AREsp 2.363.953, todos da lavra do Ministro Ribeiro Dantas, além do AgRg no RHC 162.376, relatado pelo Ministro Reynaldo Soares), como da 6ª Turma (AgRg no AgRg no AREsp 2.079.875 e AgRg no HC 828.538, ambos relatados pela Ministra Laurita Vaz). Houve referência, em um dos arestos, a outros dois precedentes abarcados pelo intervalo da pesquisa e no mesmo sentido das decisões: EDcl no HC 571.497, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, e AgRg no RHC 124.104,

distribuído ao Ministro Felix Fischer, cujo trecho a seguir merece transcrição, conceituando que a derradeira manifestação do *Parquet* constitui: “peça de cunho eminentemente opinativo, sem carga ou caráter vinculante, não sendo obrigatória a sua abordagem ou descrição pelo órgão julgador e tampouco esvazia a pretensão acusatória porquanto atuando nos autos como *custus legis*.”. Colaciona outros julgados da Corte, anteriores ao Pacote Anticrime.

Os arestos resultantes da busca seguem a mesma linha, fundamentando a posição em vetustos paradigmas. No mais, apenas perfunctoriamente abordam a questão aqui posta. Evidenciam que o *Parquet*, quando atua perante os Tribunais, o faz na condição de *custos legis*. A esse respeito vale destacar do voto do Ministro Ribeiro Dantas no AgRg no HC 626.213:

A respeito de suposta violação ao sistema acusatório, não assiste razão à defesa. Afinal, a adoção agora expressa do sistema processual penal brasileiro pelo modelo acusatório não altera o entendimento deste Tribunal Superior sobre a não vinculação do julgador ao parecer emitido pelo Ministério Público na qualidade de fiscal da lei ou da ordem jurídica, sobretudo porque, atuando nessa função, o Parquet sequer é parte da relação processual.

A posição do Ministério Público no curso do processo penal é tema ainda hoje não pacificado, vistas as multifacetadas atribuições das quais a Constituição Federal incumbiu o órgão. Não obstante, enquanto opera na condição de *custos legis*, o que dele se espera é a fiscalização do cumprimento da lei, interesse este que permeia, no fim das contas, toda a atuação do *Parquet* (MAZZILLI, 2018). Mas, em um processo com estrutura acusatória, não se permite afirmá-lo imparcial (BADARÓ, 2016), pois “não pode perder a perspectiva acusatória, já que a sociedade exige a sua eficaz atuação na recomposição do equilíbrio social abalado pelo crime.” (GRECO FILHO, 2013).

Não obstante, no diminuto recorte, resta nítido, mais do que concepções sobre sistema acusatório, que o motivo exposto para não vincular o parecer do Ministério Público perante as Cortes tem correlação com a específica função que o órgão exerce nesses segmentos, apartada daquela desempenhada enquanto parte titularizadora da ação penal.

Uma decisão do STF e quatro decisões do STJ se debruçaram sobre a (não) vinculação do juiz, na sentença de pronúncia, ao pedido absolutório advindo do *Parquet*.

A 6ª Turma foi convocada a apreciar, no âmbito do AgRg no HC 605.748, relatado pelo Ministro Nefi Cordeiro, vinculação de pedido de absolvição sumária formulado pelo Ministério Público e encampado pelos patronos do acusado por legítima defesa. No entanto, a decisão de pronúncia e o acórdão da Corte Estadual que a manteve foram declarados hígidos, pois caberia ao tribunal popular deliberar sobre a excludente. O Supremo Tribunal Federal

manteve o entendimento no AgRg em RHC 197.907, acrescentando a Ministra Rosa Weber que o livre convencimento motivado autorizaria o juiz submeter os agentes públicos ao júri popular, a despeito da posição ministerial pela absolvição sumária.

No AgRg no HC 768.209, relatada pelo Ministro Reynaldo Soares, da 5ª Turma, discutia-se caso no qual o recorrente pretendia, em revisão criminal, anular sentença de pronúncia que o submetera ao tribunal popular, não obstante o Ministério Público houvesse requerido sua impronúncia. Tal pedido foi indeferido, embora na motivação da negativa e precedentes que a subsidiaram não se identifique discussão específica do tema à luz das particularidades dos princípios e do rito especial inerentes ao júri.

Já no AgRg no AREsp 1.335.803, relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, o debate é outro: o julgador teria fundamentado a decisão de pronúncia em elementos de prova que o Ministério Público não empregara nas suas alegações finais, concluindo-se que isto não se enquadraria no questionamento quanto à violação ao sistema acusatório:

Uma coisa é decisão judicial baseada em provas que foram produzidas, embora não tenham sido mencionadas pela acusação em pleito contrário ao acusado; outra coisa diferente é decisão judicial em prejuízo do réu e contra o pedido formulado pela própria acusação em benefício dele.

O AgRg no HC 777.610, também distribuído ao Ministro Ribeiro Dantas, assinala que apreciar se a decisão de pronúncia, face à pretensão exculpatória do *Parquet*, aplicou indevidamente o princípio do *in dubio pro societate* implicaria em reanálise de provas.

Embora exista consolidada construção jurisprudencial no sentido de que, no rito afeito ao tribunal popular, vigora o princípio do *in dubio pro societate* na primeira fase, persiste controvérsia se tal interpretação sucumbiria à literalidade do artigo 413 do Código de Processo Penal (BADARÓ, 2016), que institui como requisito à pronúncia estar o juiz “convencido da materialidade do fato e de indícios de autoria”. Além disso, haver-se-ia de considerar que a plenitude de defesa é princípio informador do júri.

Nesse diapasão, em relação à invocação do artigo 385 do Código de Processo Penal, as Cortes Superiores não diferenciam decisão de pronúncia de sentença penal condenatória.

O Superior Tribunal de Justiça, por três vezes, empregou o artigo 2º do Código de Processo Penal como argumento para não enfrentar a questão das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019. Os dois primeiros acórdãos envolvem caso de 2018 em que acusados foram condenados a despeito do Ministério Público postular sua absolvição. A discussão foi guindada à 5ª Turma da Corte por dois inculpadados, resultando em dois acórdãos análogos tirados dos

AgsRgs no Resp 1.943.370. Neles o Ministro Ribeiro Dantas negou a pretensão de aplicação retroativa do artigo 3º-A do código, consignando em seus votos:

(...) Eventual revogação tácita do art. 385 do CPP pela Lei 13.964/2019, que acrescentou o art. 3º-A ao Código, é uma tese inegavelmente interessante, mas inaplicável a este processo. Isso porque, na forma do art. 2º do CPP, a lei processual penal tem eficácia imediata, mas não retroativa, não podendo prejudicar os atos praticados anteriormente à sua vigência. No presente caso, a sentença condenatória proferida em dissonância com as alegações finais da acusação - ocasião em que teria surgido a ofensa ao princípio da correlação, segundo as argumentações defensivas - é datada de 24/5/2018 (e-STJ, fl. 1.521), quando ainda não estava em vigor a novel legislação.

Igual raciocínio o mesmo julgador aplicou no AgRg no AREsp 1.962.615. O entendimento, coerente com o sedimentado pressuposto da recepção do artigo 385 do diploma criminal referido, evitou, nos recursos em questão, discussão mais aprofundada.

São doze os arestos neste grupo. O primeiro julgado da pesquisa data do início de 2020. Trata-se do REsp 1.776.680, relatado pelo Ministro Jorge Mussi. Não há nele qualquer referência ao Pacote Anticrime, mas remissão direta à recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal:

Distante de atentar contra as nuances do sistema acusatório, a referida norma infraconstitucional busca justamente o oposto, mediante a tutela da independência e a separação das funções do ator processual imbuído de acusar daquelas relativas ao Competente para julgar.

Interessante do argumento, destacado no trecho, é que a possibilidade de condenação contrária à pretensão do órgão acusatório convalidaria o argumento da separação do Poder Judiciário do Ministério Público, reafirmando a independência daquele perante este. O AgRg nos EDcl no HC 537.251, relatado pelo Ministro Nefi Cordeiro – e referendado pelo STF, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, ao julgar o AgRg no HC 185.744 contra a decisão da Corte Cidadã –, e o AgRg no REsp 1.922.378, aos cuidados do Ministro Olindo Menezes, filiam-se à doutrina (CUNHA, et. al., 2018) de que impor ao julgador o acatamento da derradeira manifestação ministerial significaria transferir ao órgão acusador também a função de decidir.

A independência decorre da imparcialidade, impondo ao Magistrado “uma posição judicial de indiferença em relação aos interesses em jogo na persecução penal”⁵⁷³. O dever de independência do juiz, aliás, é o primeiro inscrito no artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura:

⁵⁷³ PRADO, Geraldo. Curso de Processo Penal: Tomo I: Fundamentos e Sistema. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. __

“Art. 35 - São deveres do magistrado: I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício [...]”. E tal dever possui duas vertentes: uma interna, oponível perante o próprio Poder Judiciário, e outra externa, apartando-o da influência dos demais poderes e mesmo dos jurisdicionados (NICOLITT, 2023).

A separação dos personagens estatais, conquanto um pressuposto do processo acusatório, se reflete na distribuição de poderes e deveres antes e durante o curso do processo. Isto não foi considerado, por exemplo, quando o Ministro Dias Toffoli apreciou o AgRg no RE 1.322.866, limitando-se a assentar, com base em precedentes antigos, que “o Supremo Tribunal Federal tem entendido que não fere o sistema acusatório a não vinculação do julgador à manifestação do representante do *Parquet*”.

No entanto, um ato de julgamento, mesmo que orientado pela ideia de convicção motivada, ainda assim tem determinadas vinculações, vendando-se, por exemplo, decisões infra e extra petita. A liberdade e independência do Juiz, mesmo no sistema acusatório, não são absolutas. Nisto se insere o ônus da motivação dos atos decisórios enquanto exteriorização justamente da independência do julgador, pois o imperativo de “apresentar as razões da decisão representa, no mínimo, um forte estímulo à efetiva imparcialidade e ao exercício independente da função judiciária, impedindo escolhas subjetivas ou que possam constituir o resultado de eventuais pressões externas” (GOMES FILHO, 2009).

Na prática, vê-se a invocação do livre convencimento motivado, vislumbrado na interpretação sistemática do artigo 155, caput, e 385 do Código de Processo Penal, como permissivo ao Magistrado para se desvincular de qualquer pretensão exculpatória propalada pelo Ministério Público, conforme se denota dos HCs 623.598 e 588.036, ambos relatados pela Ministra Laurita Vaz. O mesmo se verifica no AgRg no HC 793.110, aos cuidados do Ministro Antonio Saldanha – reafirmado pelo Ministro Cristiano Zanin ao julgar o AgRg no HC 232.112, que questionava referido acórdão da Corte Cidadã –, no AgRg no REsp 1.954.984 e nos dois acórdãos referentes ao AgRg nos EDcl no REsp 1.957.639, estes três relatados pelo Ministro Ribeiro Dantas, além do AgRg no AREsp 2.307.108, com voto do Ministro Teodoro Silva. Neste conjunto de decisórios há sobretudo emprego de argumentação *per relationem*, referindo-se ou ao parecer do Ministério Público perante o Superior Tribunal de Justiça ou invocando precedentes da própria Corte e do Supremo Tribunal Federal. Em suma, referendam-se acriticamente os precedentes estabelecidos.

Por fim, o AgRg no REsp 2.090.317 trouxe questão curiosa, visto que versando a dissonância sobre o grau de imputabilidade do acusado, se incapaz e suscetível à absolvição imprópria como postulou o promotor oficiante, ou parcialmente capaz e passível de submissão

a pena criminal, como concluiu o juiz a partir das considerações postas no mesmo laudo psiquiátrico.

Antes de adentrar o tema propriamente dito, um necessário esclarecimento. Os Tribunais, com realce às Cortes Superiores e observando o ideário de segurança jurídica e pacificação de diversos temas, se valem de procedimentos para uniformizar o entendimento sobre específicos assuntos, impondo tal decisão às instâncias inferiores. Isto não significa que, no próprio órgão, haja necessário consenso, ou que a pacificação suprima opiniões diversas; impera antes o respeito ao princípio da colegialidade, na dimensão explorada pela Ministra Rosa Weber em seu voto proferido no âmbito do HC 152.752, em 2018, quando chancelou a legalidade da prisão em segunda instância por ser esse o entendimento firmado pelo Sodalício em 2016, a despeito de contrária ser sua convicção pessoal. Ou seja: as vozes dissonantes, em prestígio à institucionalidade, cedem ao entendimento estabelecido pela maioria, sem prejuízo que, revisitada a matéria em controle de constitucionalidade ou convencionalidade, externem seu ponto de vista nessa nova ocasião.

O Ministro Sebastião Reis é notório defensor da interpretação a vincular o juiz ao pedido de absolvição advindo do Ministério Público. Isto pode ser detectado no julgamento do já referido HC 623.598. Ali, a Relatora, Ministra Laurita Vaz, redigiu o acórdão consentâneo com o entendimento majoritário da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, inclusive com declaração de voto convergente pelo Ministro Rogério Schietti. Mas o Ministro Sebastião Reis trouxe voto-vista divergente que, conquanto refutado pelos pares, acrescentava novos contornos à discussão, sinteticamente verificável ao seu final:

Não vejo como compreender que, depois da Lei n. 13.964/2019, quando o legislador pátrio, ao incorporar ao nosso Código de Processo Penal o Juiz de garantias (art. 3º-B), ao explicitar, em lei, a opção pelo sistema acusatório (art. 3º-A) e ao tirar do juiz o poder de interferir na opção do Ministério Público em arquivar inquéritos policiais ou elementos informativos da mesma natureza (nova redação do art. 28), dispositivos até agora vigentes, como o art. 385 do CPP, ainda continuem aplicáveis.

Mesmo que tais dispositivos (arts. 3º-A, 3º-B e 28, todos do CPP) estejam com sua eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, é fato que o legislador optou claramente por limitar a atuação do juiz na ação penal a apenas julgar, deixando a cargo das partes a responsabilidade pelo impulso do processo.

O aresto foi publicado em fevereiro de 2022. Nesse mesmo mês começava outro julgamento, agora na 5ª Turma, a se concluir em 06 de setembro de 2022. Em decisão por maioria de 3 votos a 1, restando vencido o Relator Jesuíno Rissato e com apenas parcial convergência nos votos-vista, concedeu-se de ofício ordem de Habeas Corpus no AgRg no AREsp 1.940.726, pois o juiz singular condenara o recorrente em contrariedade ao pedido de

absolvição do Ministério Público. O Ministro João Otávio de Noronha, inaugurando a divergência, expôs as peculiaridades do caso:

Tratando-se de processo relativamente simples, com oitiva de poucas testemunhas, chama a atenção o fato de a condenação ter-se apoiado exclusivamente no mesmo depoimento utilizado pelo

MPF para postular a absolvição do réu, [...] com conclusão diferenciada.

(...)

Não comungo, data venia, desse entendimento por considerar que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve clara opção pelo sistema acusatório. De fato, a Carta Magna reserva ao Ministério Público o monopólio da titularidade da ação penal pública (art. 129, I). E a acusação não é atividade que se encerra com o oferecimento da denúncia, já que a atividade persecutória persiste até o término da ação penal. Assim, considero que, quando o Ministério Público requer a absolvição do réu, ele está, de forma indireta, retirando a acusação, sem a qual o juiz não pode promover decreto condenatório, sob pena de acusar e julgar simultaneamente.

Em verdade, a adoção ou aprimoramento de um modelo de persecução penal é atividade paulatina, que deriva de uma construção diária do Poder Judiciário na interpretação dos dispositivos legais pertinentes ao tema. E, desde a promulgação da Constituição de 1988, essa atividade vem sendo desenvolvida na definição dos limites da recepção dos diversos artigos do Código de Processo Penal de 1941.

O importante é pontuar que o caminho que vem sendo seguido, a passos lentos, mas firmes, é no sentido de se extirpar o rançoso viés inquisitório que permanece em nossos diplomas legais. Reformas tópicas vêm sendo herculeamente implementadas, contribuindo para a formação de uma colcha de retalhos descombinados, cabendo ao Judiciário, de tempos em tempos, ajustá-la para preservar a coerência do sistema.

Este é o retrato de sua convicção jurídica sobre o artigo 385 do Código de Processo Penal. Mas, no caso concreto, não foi esta a motivação da sua decisão:

Fosse esse o único argumento, apenas ressaltaria meu posicionamento com relação à impossibilidade de condenação diante de pedido de absolvição da acusação. Ocorre que não há como chancelar uma condenação penal sem fundamentação adequada. Em verdade, para se contrapor a um pedido de absolvição da acusação, a sentença deve ser robustamente fundamentada, com a indicação de provas firmes e coerentes que apontem para direção diversa.

(...)

A condenação com amparo exclusivo em frágil depoimento de uma testemunha de defesa (que leva a conclusões contraditórias entre a acusação e o julgador) e que se baseia na presunção da prática de uma conduta meio, sem indicação da presença do elemento subjetivo do tipo, não pode prosperar, especialmente frente ao pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público Federal.

O voto do Ministro João Otávio de Noronha foi no sentido de anular o processo após a apresentação das alegações finais, pois a sentença não motivara adequadamente a condenação. E não no sentido de absolver o recorrente por violação ao sistema acusatório. Nisto pode, uma vez mais, ser percebido o princípio da colegialidade, prestigiando-se o entendimento consolidado na Corte a respeito do dispositivo legal. Aliás, aderindo à divergência para, no caso sub judice, conceder a ordem, o Ministro Joel Ilan Paciornik expressamente ressaltou seu

entendimento, “de que se mostra cabível a prolação de sentença condenatória, mesmo que o Ministério Público tenha requerido a absolvição, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal.”

Disto fica, uma vez mais, o lamento de que a ementa não tenha refletido com exatidão o julgamento (FISCHER, 2022), pois estampou:

[...] 5. Tendo o Ministério Público, titular da ação penal pública, pedido a absolvição do réu, não cabe ao juízo a quo julgar procedente a acusação, sob pena de violação do princípio acusatório, previsto no art. 3º-A do CPP, que impõe estrita separação entre as funções de acusar e julgar

Há, pois, equívoco quando se enunciou que o “Ministro Noronha falou: é vedado condenar sem pedido expresso do acusador” (LOPES JÚNIOR, et. al. 2022). É esta a posição defendida, sim, pelo Ministro citado, mas não a *ratio decidendi* do seu voto. Talvez por isso que a indexação do aresto realizada na Corte Cidadã não contemple os termos utilizados na pesquisa empírica.

Conclui-se assim que nem o Supremo Tribunal Federal, tampouco o Superior Tribunal de Justiça, alteraram seu entendimento a respeito da recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988. Existem, sim, Ministros a ressaltarem sua posição pessoal quanto à inconstitucionalidade do referido dispositivo. Além dos já citados, o Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista convergente no AgRg no RHC 198.751, indica apresentar “ressalvas doutrinárias ao disposto no art. 385 do CPP”, mas deixa de manifestar qual seria por extrapolar a discussão o âmbito do debate subjacente àquela impetração.

Conquanto equivocada a enunciação do resultado do AgRg no AREsp 1.940.726, fato é que sua divulgação fomentou a (re)discussão doutrinária sobre o tema. E convocou o Superior Tribunal de Justiça a reafirmar sua posição sobre os contornos daquilo que se teria ali estabelecido. A ideia de livre convencimento motivado ganhou corpo com o incremento da imposição ao magistrado, quando realizando juízo condenatório em discordância com o pleito absolutório advindo do *Parquet*, de um ônus argumentativo na fundamentação da sentença criminal.

A Corte Cidadã evocou, no mais das vezes, trecho do Acórdão prolatado na Ação Penal 976, que tramitou diretamente no Supremo Tribunal Federal e da qual foi incumbido o Ministro Luís Roberto Barroso, julgada em 18/02/2020:

O art. 385 do Código de Processo Penal permite ao juiz proferir sentença condenatória, embora o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Tal norma,

ainda que considerada constitucional, impõe ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal. No caso concreto, contudo, as poucas provas colhidas pela Procuradoria-Geral da República são insuficientes para justificar a aplicação da norma excepcional.

O curioso do caso julgado é que, a despeito de negar a vinculação, a solução exculpatória foi a adotada pelo Sodalício Constitucional. Restou a indicação de se obrigar ao julgador, em tais situações, o “ônus de fundamentação elevado”.

Isto pode ser visto já na sequência daquele aresto, no âmbito do AgRg nos EDcl no HC 756.675, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas mas sem o Ministro João Otávio de Noronha – que se transferira para a Seção de Direito Privado – na composição:

No precedente formado no julgamento do agravo regimental no agravo em recurso especial 1.940.726/RO, esta Turma, por maioria, não decidiu pela inconstitucionalidade do art. 385, do CPP, tampouco por sua inaplicabilidade decorrente de uma contrariedade ao sistema acusatório. Pelo contrário, reiterou sua validade, apenas o interpretando no sentido de atribuir ao juiz um ônus argumentativo superior ao normal, a fim de contrariar o pleito absolutório da acusação, mediante uma fundamentação mais robusta, o que não tinha ocorrido naquele caso, como se vê na leitura do inteiro teor do voto vencedor, mas que acontece na hipótese em estudo, como será visto adiante.

Superava aquele segmento da 3ª Seção a celeuma ali instalada. Restava observar como a 5ª Turma se posicionaria, se mantendo a posição histórica ou se inclinando à divergência inaugurada pelo Ministro Sebastião Reis. O embate viria a ter seu definitivo capítulo no Recurso Especial 2.022.413, a este distribuído. Argumentou em seu voto, na linha do que já defendera (vencido) no HC 623.598, a revogação tácita do artigo 385 do Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019. Pontuou: “Ora, se é vedado ao Magistrado decretar *ex officio* a prisão cautelar, também não deve ser admitida a atuação de ofício no sentido de condenar alguém, medida essa indubitavelmente mais gravosa do ponto de vista processual penal.”

Houve pedido de vista do Ministro Rogério Schietti, retomando-se o julgamento alguns meses depois, já em 2023, delimitando-se a controvérsia a “saber se é possível que o julgador condene criminalmente o réu mesmo quando o Ministério Público pede expressamente a sua absolvição em alegações finais, sobretudo à luz das disposições trazidas pela nova Lei n. 13.964/2019”. E concluiu o Ministro que pode, sim, o Magistrado condenar, a despeito de não ser este o pedido ministerial. Fez plúrimas considerações para justificar seu entendimento, valendo transcrever parte delas:

Ao contrário de outros sistemas, em que o Ministério Público dispõe – por critérios de discricionariedade –, da ação, no processo penal brasileiro o Promotor de Justiça não pode abrir mão do dever de conduzir a *actio penalis* até seu desfecho, quer para a realização da pretensão punitiva, quer para, se for o caso, postular a absolvição do acusado, hipótese que não obriga o juiz natural da causa, consoante disposto no art. 385 do Código de Processo Penal, a atender ao pleito ministerial.

Deveras, o art. 385 do Código de Processo Penal prevê que, quando o Ministério Público pede a absolvição do acusado, ainda assim o juiz está autorizado a condená-lo, dada, também aqui, sob a ótica do Poder Judiciário, a soberania do ato de julgar. Ademais, no nosso sistema, ao contrário de outros, o órgão ministerial não dispõe livremente da ação penal. É dizer, o Ministério Público é o titular da ação penal, mas dela não pode, por razões de conveniência institucional, simplesmente dispor, tal como ocorre na ação penal de iniciativa privada.

Dito de outro modo, quando o Parquet pede a absolvição de um réu, não há, inequivocamente, abandono ou disponibilidade da ação ("Art. 42 do CPP: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal"), como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação (decision on prosecution motion to withdraw counts) e vincula o posicionamento do juiz.

(...)

Portanto, mesmo que o órgão ministerial, em alegações finais, não haja pedido a condenação do acusado, ainda assim remanesce presente a pretensão acusatória formulada no início da persecução penal – pautada pelos princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade e pelo caráter publicista do processo –, a qual é julgada pelo Estado-juiz, mediante seu soberano poder de dizer o direito (*juris dicere*).

(...)

É de se notar, nesse ponto, o grave déficit de sindicabilidade dos atos do membro do Ministério Público que o pretendido entendimento acarreta. Isso porque eventual erro – a que todos estão sujeitos, falíveis que são os seres humanos – ou até mesmo algum comprometimento ético do representante do Parquet não seria passível de nenhum controle, diante da ausência de interesse em recorrer da decisão judicial que acolhe o pedido absolutório ou extintivo da punibilidade, cenário afrontoso aos princípios fundantes de qualquer Estado Democrático de Direito.

(...)

Vale dizer, uma vez formulado pedido de absolvição pelo *dominus litis*, caberá ao julgador, na sentença, apresentar os motivos fáticos e jurídicos pelos quais entende ser cabível a condenação e refutar não apenas os fundamentos suscitados pela defesa, mas também aqueles invocados pelo Parquet em suas alegações finais, a fim de demonstrar o equívoco da manifestação ministerial. Isso porque, tal como ocorre com os seus poderes instrutórios, a faculdade de o julgador condenar o acusado em contrariedade ao pedido de absolvição do Parquet também só pode ser exercida de forma excepcional, devidamente fundamentada à luz das circunstâncias do caso concreto.

Correndo o risco de excessiva simplificação, o Ministro Rogério Schietti, indicado para redigir o Acórdão ao receber a adesão dos demais integrantes da Turma ao seu voto – à exceção do Relator originário – afirmou: o Ministério Público, conquanto titular da ação penal, sobre seu desfecho não dispõe de discricionariedade, orientando-se pela indisponibilidade e obrigatoriedade; o ato de julgar é soberano e, portanto, não está atrelado à posição externada pelas partes; a vinculação da decisão à manifestação do Ministério Público poderia implicar em um risco de injustiça quando houvesse desvio de finalidade ou erro do agente oficiante; se houver pedido de absolvição do órgão acusador, impõe-se um ônus adicional à motivação para uma sentença condenatória.

Importante consignar que, em paralelo ao Recurso Especial 2.022.413, fora interposta insurgência à Suprema Corte, afinal julgada enquanto AgRg no ARE 1.429.108, improvido pois “as questões constitucionais [...] suscitadas no citado recurso [...] não foram objeto de decisão no acórdão recorrido”. Mais uma vez o Tribunal Constitucional não deliberou sobre eventuais reflexos do Pacote Anticrime na interpretação do artigo 385 do Código de Processo Penal.

O Ministro Sebastião Reis, sempre ressalvando seu entendimento pessoal, passou a aplicar o paradigma estabelecido pelo Ministro Rogério Schietti no REsp 2.022.413, conforme se verifica no REsp 1.921.670, no AgRg no AREsp 2.562.892 e nos dois arestos concernentes ao AgRg no AREsp 2.385.575. O precedente também foi adotado pelo Ministro Antonio Saldanha Palheiro no AgRg no HC 779.933. O tema foi assim pacificado no Superior Tribunal de Justiça.

A pesquisa possui limites impostos pelos parâmetros científicos adotados, ou seja, os filtros aplicados na busca jurisprudencial. Assim, certamente não foram abarcados todos os acórdãos das Cortes Superiores que discutem sobre a (não) vinculação do juiz ao pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Mas a amostragem permite a visualização do estado da arte, permitindo-se algumas conclusões:

- a) O parecer do Ministério Público, ao atuar como *custos legis*, não vincula o julgador em nenhuma hipótese.
- b) O pedido de absolvição sumária ou de impronúncia formulado pelo Ministério Público em processo de competência do tribunal do júri tampouco vincula o Juiz, acrescendo-se ao argumento a preponderância, nessa fase, do princípio *in dubio pro societate*.
- c) O Superior Tribunal de Justiça reafirmou a compatibilidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, promovendo ampla discussão a respeito de sistema acusatório e considerando a diretriz tracejada pelo recente artigo 3º-A do Código de Processo Penal e concluindo pela desvinculação da decisão do Juiz do pedido exculpatório deduzido pelo dominus litis em alegações finais.
- d) O Supremo Tribunal Federal, embora reiterando sua jurisprudência e a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, não analisou o dispositivo a partir da perspectiva trazida pela Lei 13.964/2019, não havendo uma única menção ao Pacote Anticrime nos acórdãos pesquisados.
- e) Embora pacificado o entendimento nas Cortes Superiores (prevalência do entendimento da maioria em todos os colegiados), não é ele unânime, notando-se divergências ao se analisar a opinião individual de cada um dos Ministros.

- f) As Cortes Superiores estabeleceram que o juiz, conquanto possa condenar a despeito do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público em alegações finais, está submetido a um “ônus de fundamentação elevado” ou a um “ônus argumentativo superior”.
- g) Um indicativo do que seja esse *standard* probatório mais rigoroso implicaria na obrigação de motivadamente refutar não só os argumentos da defesa, mas também aqueles utilizados pelo *Parquet* ao postular a absolvição.
- h) As alterações promovidas pelo Pacote Anticrime não implicaram, até o momento, em significativa alteração do entendimento jurisprudencial acerca do artigo 385 do Código de Processo Penal.
- i) Há poucos acórdãos, embora relevantes, com fundamentação original a respeito do tema.

A discussão, sob a perspectiva de interpretação da Lei Federal em consonância com a novel legislação, já teve seu desfecho no Superior Tribunal de Justiça. No entanto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não se verificou sistemático enfrentamento da matéria à luz da Magna Carta.

A afirmativa é feita a despeito do decidido no julgamento da ADI 6298, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com acórdão publicado no final de 2023. Há ali deliberação quanto a várias disposições do Pacote Anticrime e respectiva adequação ao ordenamento jurídico e princípios reitores. Mas, na especificidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, são tecidas apenas singelas ponderações, o que poderia explicar a ausência de indexação do aresto ao dispositivo legal e sua ausência no resultado da pesquisa empreendida. Ainda assim, à guisa de conclusão, vale sintético comentário.

A provocação concernente ao artigo 385 do Código de Processo Penal adveio no bojo da conclusão, posta no julgado, de que a “legítima vedação à substituição da atuação probatória do órgão de acusação significa que o juiz não pode, em hipótese alguma, tornar-se protagonista do processo”. Excepcionaram-se três alternativas ligadas à atividade de produção de provas capitaneadas pelo magistrado (artigos 156, inciso II, 209 e 212 do Código de Processo Penal) e também a possibilidade aqui investigada, de se autorizar ao Magistrado “proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição”.

A conclusão posta no acórdão parte da premissa de que o legislador não teve a intenção de revogar o artigo 385 do Código de Processo Penal, tal como fez com outros artigos ao aprovar a Lei 13.964/2019, havendo, portanto, de se aplicar à espécie “interpretação conforme”. Acresce-se ao argumento que a permissão à prolação de um juízo condenatório em oposição à

pretensão derradeira do *Parquet* tem lastro em alguns julgados da Corte aqui identificados (AP 976 e AgRg no RHC 197.907, além do AgRg no RE 1.322.866, este não capturado na busca). Também se invoca o paradigma do Superior Tribunal de Justiça fixado no Recurso Especial 2.022.413, a despeito da Corte Constitucional, como já exposto, ter afirmado a ausência de prequestionamento das questões constitucionais quando demandada naquela relação jurídico-processual (AgRg no ARE 1.429.108).

Da leitura do desfecho da ADI 6298 se pode constatar que a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal foi tangencialmente abordada, mas não plenamente enfrentada. Resta, pois, aguardar o desfecho do julgamento Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1122, com pretensão específica.

5.2. Natureza jurídica das alegações finais⁵⁷⁴

Ficou claro que, na vigência de um sistema acusatório, o Ministério Público está institucionalmente legitimado e legalmente obrigado ao exercício do direito de ação penal pública mediante quando verificada no “caso penal” uma pretensão acusatória. Pretensão acusatória esta que se corporifica na denúncia, “uma declaração petitória de que existe o direito potestativo de acusar e que procede a aplicação do poder punitivo estatal.”⁵⁷⁵ Indicadora pois, dos fatos sobre os quais recairá a atividade probatória das partes.

Também é evidente que o Estado se investe tanto do direito de ação (pelo Ministério Público ou pelo particular, este na condição de substituto), veiculado a partir do oferecimento da pretensão acusatória, como de julgar (pelo Poder Judiciário), materializado na sentença. O primeiro é *conditio sine qua non* do segundo: *nulla poena sine iudicio*.

Justamente no ponto de convergência entre a atividade das partes na instrução probatória e a superveniência da decisão judicial que colocará fim ao processo (na instância) é que exsurtem as alegações finais. Diferentemente do que se concebia no passado⁵⁷⁶, são ato essencial do processo, integrando a instrução criminal⁵⁷⁷, inclusive sujeitando a punição

⁵⁷⁴ As considerações a seguir foram veiculadas pela vez primeira no artigo “A natureza jurídica das alegações finais no processo penal”. In Revista FT. – Vol. 18, Ed. 137, p. 25-25. Disponível em: <https://revistaft.com.br/a-natureza-juridica-das-alegacoes-finais-no-processo-penal/>. Foram concebidas inicialmente como um capítulo da tese, mas foi preciso adaptá-la ao desenvolvimento das conclusões. Encontram-se aqui, pois, em versão que, embora mais sucinta, já contempla algumas outros desenvolvimentos da pesquisa.

⁵⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. ____.

⁵⁷⁶ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Vols. I e II, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. ____.

⁵⁷⁷ HAMILTON, Sergio Demoro. A técnica das alegações finais. In Revista do Ministério Pública. n. 22. jul/dez. 2005. Rio de Janeiro, p. ____.

promotor de justiça que não as apresente, nos termos do artigo 801 do Código de Processo Penal. Uma sentença penal que não seja antecedida pela oferta de alegações finais é nula.

A sentença, enquanto ato jurisdicional típico, se erige entre duas pretensões, a acusatória e sua antítese. Assim, quando o Ministério Público deixa de sustentar a pretensão acusatória nas alegações finais (o que não é o mesmo que desistir da ação, algo que lhe é vedado), a jurisdição encontra ali um óbice, uma vez que “não pode o juiz proferir sentença [ou qualquer decisão] *ultra* ou *extra petita* (além ou fora do pedido), devendo haver correlação entre sentença e pedido (princípio da congruência).” (NICOLITT, 2023).

Pode-se concluir que as alegações finais do Ministério Público constituem ato postulatório essencial, pelo qual se veicula a pretensão acusatória amparada na prova produzida sob contraditório judicial, (de)limitadora pois dos confins do direito de punir do Estado e, como consequência, da atividade jurisdicional.

5.3. Incompatibilidade

Do quanto aqui exposto, fica nítido que o pedido de absolvição, quando formulado pelo Ministério Público, redefine os limites da pretensão acusatória. A jurisdição, inerte, não pode ir além. As normas jurídicas, conforme Riccardo GUASTINI,

Normas jurídicas têm sua validade será aferida pela compatibilidade exibida perante as demais normas do sistema que lhe servem de fundamento, ou seja, na apreciação da relação havida entre a norma e o sistema. Sob essa dimensão, a validade é sinônima de existência da norma em determinado ordenamento jurídico⁵⁷⁸

No caso do sistema processual penal brasileiro, a interpretação não pode prescindir da apreciação da nova forma e posição que assume o Ministério Público no contexto do processo penal. Foi investido da escolha, regrada sim, mas escolha, quanto à oportunidade da ação penal, podendo optar por não oferecê-la em detrimento da busca por uma solução consensuada.

Ademais, sob uma apreciação lógica, se o *Parquet* pode nem oferecer uma denúncia, não faz sentido que, quando o faz e, no curso da instrução sob contraditório, se convence da ausência de provas suficiente à condenação, tenha sua pretensão, agora reformulada, negada.

⁵⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 2013, p. 320.

Sob outro aspecto, o pedido de absolvição do órgão acusatório indica que este não se convenceu da culpabilidade do acusado. Isto é um indicativo, na ótica de uma sentença justa, que a prova da verdade processual é, no mínimo, precária.

6. CONCLUSÃO

Conquanto o sistema jurídico seja um subsistema do sistema social, possui características próprias, uma vez que, dotado de autopoiese, é autorreferenciado e produtor de operações comunicativas dentro de si, sem incursão ao ambiente. Também gera, na sociedade e nos indivíduos, expectativas normativas e cognitivas.

O sistema processual penal brasileiro é o acusatório, firmando a separação entre a figura incumbida de acusar a figura responsável por julgar. Enquanto subsistema do direito, orienta-se por um matiz constitucional. Possui ainda princípios e características próprias, não havendo influência direta de outros ramos do direito. Tem como metaprincípio a dignidade da pessoa humana. Por ser norma irradiadora e fundante do sistema, diferentemente dos princípios (que comportam ponderação) e das regras (que podem ser afastadas), a norma hipotético-fundamental não pode ter sua carga axiológica diminuída.

A gênese do processo penal brasileiro é autoritária e inquisitiva. Mostra uma grande concentração de poderes, sobretudo no Executivo. O Judiciário, embora nem sempre dotado de autonomia, mantém parcela do seu poder. Já o Ministério Público foi, historicamente, visto com desconfiança. As mudanças ocorridas se devem, sobretudo, a reacomodações de poder e não prestígio ao jurisdicionado. Com o advento da CF/1988, evidencia-se a importância da democracia na interpretação do processo penal.

No curso da evolução do processo penal brasileiro fica nítido que sorve influências de variegadas origens. Nesse sentido, a alegação de incompatibilidade, no presente, de institutos advindos do exterior não se sustenta por si. Não basta o transplante; há de se fazer uma tradução para que se adequem ao sistema.

No entanto, há de se observar criticamente tais influências antes de adotá-las. Faz-se imperativo um filtro constitucional, inclusive observando-se que a finalidade do sistema acusatório é, de um lado, a descoberta da verdade processual e, de outra parte, a preservação dos direitos e garantias do acusado durante esse percurso dialético.

A observação de alguns princípios imanentes à atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário auxiliam na interpretação dos espaços reservados a cada um, bem como dos limites de ingerência.

Após, antes de avançar às conclusões, fez-se uma avaliação do estado da arte. E foi possível identificar que, na doutrina, prevalece o entendimento que a possibilidade do juiz condenar, mesmo quando o Ministério Público postula a absolvição, é considerada

inconstitucional. Há, no entanto, autores respeitados com posição antagônica, defendendo a pertinência do dispositivo.

A jurisprudência das Cortes Superiores, de seu turno, é quase uníssona em admitir o poder do juiz de dissentir da solução exculpatória apresentada pelo acusador.

Considerado tal cenário, o Ministério Público tem o poder-dever de oferecer sua pretensão acusatória quando munido de elementos indiciários e convencido da possibilidade de que um fato constitua crime, bem como que seja determinada pessoa suspeita de seu cometimento. Exerce a partir daí o direito de ação, em toda extensão. E aquele a quem atribuído o direito de ação não está vinculado, por consectário lógico, a continuar creditando a hipótese formulada na pretensão acusatória como verdadeira se acaso convencido, pelos elementos hauridos sob o contraditório no curso da instrução, não haver prova segura para postular um juízo de reprovação penal.

Postular no presente a absolvição de alguém contra quem, no passado, a mesma instituição exerceu o direito de ação não é uma contradição, afinal os membros do Ministério Público possuem independência funcional. E a instituição tem como valor imanente a busca pela justiça.

O exercício do direito de ação pelo Ministério Público se estende por toda a atividade postulatória orientada pela pretensão acusatória. Assim não fosse e não se poderia admitir a *mutatio libelli* após a instrução. A permissão ao promotor de justiça para que adite a denúncia original para incluir novos fatos desvelados na instrução e assim redefinir os contornos do “caso penal” a reclamar prestação jurisdicional demonstra que a atividade postulatória, necessária à condução da pretensão acusatória não se encerra com o oferecimento da petição inicial do processo criminal.

Analisados, em específico, os atos praticados pelo Ministério Público na instrução, vê-se que a denúncia contém o “caso penal” que, deduzido na forma de uma petição postulatória, contém a pretensão acusatória pela qual o Ministério Público justifica o exercício do direito de ação, uma vez amparado em elementos indiciários. Nesse sentido, indica que pretende demonstrar em contraditório a ocorrência de determinado fato e sua autoria, requerendo ao juiz a consequente imposição de pena. A denúncia delimita, pois, as lindes da atividade probatória, restando adstrito o juiz, no exercício da jurisdição durante a instrução, ao controle de legalidade dos atos praticados pelas partes.

Já as alegações finais, epílogo da atividade postulatória, encerram o amadurecimento da pretensão acusatória, conferindo-lhe os contornos finais. Não se trata mais de uma hipótese a ser demonstrada, ou da formulação de uma opinião jurídica a outrem endereçada; antes, a

conclusão sobre o resultado probatório atingido pela submissão do “caso penal” ao contraditório (ainda que diferido em relação às provas pré-constituídas). Da mesma forma que a pretensão acusatória contida na denúncia definia os confins do exercício do direito de ação, a pretensão acusatória contida nas alegações finais define os confins do direito de punir, delimitando a atividade jurisdicional.

Pode-se concluir que as alegações finais do Ministério Público constituem ato postulatório essencial, pelo qual se veicula a pretensão acusatória amparada na prova produzida sob contraditório judicial, (de)limitadora pois dos confins do direito de punir do Estado e, como consequência, da atividade jurisdicional.

O pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, secundado pela defesa técnica, também pode se traduzir enquanto um consenso não negociado – pois espontâneo – entre as partes: ambos concordam que não é caso de se impor uma sanção ao imputado. Nesse sentido, não há coerência sistêmica em se permitir que tal consenso, por certo mais benéfico ao acusado, possa ser superado por um ato de império daquele investido de jurisdição. Caberá a este, sim, verificar a legalidade da atuação das partes e, detectando que a motivação da exculpação postulada pelo promotor de justiça não atende aos princípios que regem a atuação dos membros do Ministério Público, solicitar que a instituição adote as providências disciplinares cabíveis. No entanto, no âmbito do processo penal, haverá de homologar o consenso, traduzido aqui na prolação de uma sentença absolutória. Sua margem de discricionariedade está na eleição do inciso pelo qual se declarará a inocência.

Um sistema, para se manter funcional, precisa preservar a coerência. E é contrário a essa coerência admitir que quem pode o mais, não pode o menos. Colocado de outra forma, o Ministério Público, dentro de uma discricionariedade regrada, pode deixar de oferecer a denúncia. Ao juiz caberá tão somente a realização de um juízo de legalidade, não podendo refutar a alternativa. O mesmo se aplica aos acordos premiais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Patrícia Figueiredo. **O código do processo criminal de 1832 e as críticas dos ministros da justiça.** In Revista Sapiência: Sociedade, Saberes e Práticas Educacionais (UEG) vol.7, nº. 2, p. 256-271, jan./jul., 2018.

AGUIAR, Tiago Antunes de. **Do mito da neutralidade à concepção do juiz politizado e independente como modelo de gestor judicial.** In Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5. Região, Recife, n. 18, p. 107-126, dez. 2008. p.110.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito.** Org. Ernesto Gastón Valdés [et. al.]; trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AMBOS, Kai. **El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica.** In WINTER, Lorena Bachmaier (coord.) Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid: Marcial Pons, 2008.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina.** São Paulo: Método, 2001.

AMERICANO, Jorge. **Prólogo.** In SILVEIRA, Alipio. Da interpretação das leis em face dos vários regimes políticos (antigos e modernos). São Paulo: Tipografia paulista, 1941.

AMISY NETO, Abrão. **Verdade, verifobia e processo penal.** In OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaína Roland; REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marcos Félix; RAMOS, Vitor de Paula [orgs]. Direito probatório. p. 83-94 Londrina: Thoth, 2023.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANTONIO, Alejandro Magno González. **Los Derechos Humanos en la construcción de un Proceso Penal Acusatorio Latinoamericano.** In Influencia del modelo adversarial em nuestros sistemas procesales. Revista Inmexius. n. 10, out. 2017. p.29-31.

ARAS, Vladimir. **O artigo 385 do CPP e o Juiz inquisidor.** Mar./2013. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>. Acesso em: jun. 2024.

ARRUDA, Eloisa de Sousa; VEIGA, Lucas Andreucci da. **Artigo 385 CPP, pacote anticrime e jurisprudência das cortes superiores.** In Revista Contemporânea, Vol. 4, nº 8. p. e5339, 2024. DOI: 10.56083/RCV4N8-035. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/5339>. Acesso em: ago. 2024.

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 5ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

_____. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARRETO, Paulo Ayres. **Ordenamento e sistema jurídico**. In *O Constructivismo Lógico-Semântico*. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. 1ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Vol. 1. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BIANCHI, Eliza. **Pedido de absolvição pelo membro do Ministério Público em plenário do júri, e impossibilidade de submissão do feito à votação pelos jurados: o sistema acusatório em debate**. In *Boletim do IBCCRIM*, nº 281 – abril 2016. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5746-Pedido-de-absolvicao-pelo-membro-do-Ministerio-Publico-em-Plenario-do-Juri-e-impossibilidade-de-submissao-do-feito-a-votacao-pelos-jurados-O-sistema-acusatorio-em-debate. Acesso em: jun. 2024.

BINDER, Alberto. **A rede inquisitorial: história e tradições na configuração da justiça penal**. In p. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas processuais penal*. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 115-145.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. **Ato Adicional de 1834 – Lei nº 16, de doze de agosto de 1834**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM16.htm. Acesso em: ago. 2024.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil. Lei de 16 de dezembro de 1830**. Coleção das Leis do Brasil. Atos do Poder Legislativo de 1830. (Título II, Capítulo I). Sem Paginação. Disponível em Acesso em: 29/04/2017.

BRASIL. **Código do Processo Criminal do Império de 1832. Lei de 29 de dezembro de 1832**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: ago. 2024.

_____. **Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm#:~:text=REGULAMENTO%20N%C2%BA%20120%2C%20DE%2031,3%20de%20Dezembro%20de%201841. Acesso em: dez. 2024.

_____. **Superior Tribunal de Justiça,** 2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: jun. 2024.

_____. **Supremo Tribunal Federal,** 2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: jun. 2024.

BRITTO, Lucas Galvão de. **Dividir, definir e classificar: conhecer é recortar o mundo.** In O Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro.** 2ed. Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diário, 1857.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A lide como elemento acidental da jurisdição.** In BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Tributos a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos. 3ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.63-70

CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito Penal Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Fundação Getulio Vargas, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELA, Fábio. **Uma visita ao Código de Processo Penal,** art. 385. Boletim IBCCRIM, nº 169, 2006, p. 14-15.

CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu José. **A “teoria do processo penal” e as suas relações entre continentes.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 913-920, set./dez. 2018.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **A gestão da prova no processo penal: a atividade subsidiária do juiz.** In Revista de Direito do IAP, Recife. v. 1, n. 1, p. 110-118, Jan/Dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitoiap/article/view/1734/2266>. Acesso em: jun. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo.** Tradução: Antônio Roberto Hildebrandi. 3ed. Leme: EDIJUR, 2020.

CARRAZONI JUNIOR, José. **Sobre a impossibilidade de o juiz condenar quando o Ministério Público opina pela absolvição: mais uma do embate, positivismo versus constitucionalismo.** Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/artigo/8555-Artigo-Sobre-a-impossibilidade-de-o-juiz-condenar-quando-o-Ministerio-Publico-opina-pela-absolvicao-mais-uma-do-embate-positivismo-versus-constitucionalismo>. Acesso em: jun. 2024.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Francisco Ortêncio de. **A nulidade absoluta pela não intervenção do representante do Ministério Público em atos essenciais da ação penal pública**. In Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 337-368, jan.-abr. 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Algo sobre o constructivismo lógico-semântico**. In Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014.

_____. **Constructivismo lógico-semântico**. In Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/101/edicao-1/constructivismo-logico-semantico>. Acesso em: ago. 2024.

_____. **Direito Tributário: linguagem e método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO, Salo. **Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal**. In CARVALHO, Salo (org.). Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASARA, Rubens R. R. **Interpretação retrospectiva, Constituição e Processo Penal**. In Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003. p. 192-222.

_____. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **As reformas pontuais do código de processo penal**. In Boletim IBCCRIM: editorial. Set. 1997. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/156-58-Setembro-Esp-1997. Acesso em: ago. 2024.

_____. **Modelos processuais penais: apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória**. In DIDIER JUNIOR, Fredie [org. et. al.]. Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador : JusPodivm, 2013. p. 187-197.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Biografia não autorizada do direito**. 1ed. São Paulo: Martins Fontes, 2021.

COLOMER, Juan Luis Gómez. **Los fundamentos constitucionales del proceso penal federal de los estados unidos de américa: la innecesariedad del principio acusatorio**. In Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica. Núm. 1(32)(13) (2021). Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez. p.3. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/49531/49622>. Acesso em: dez. 2023.

_____. **Los principios del nuevo código procesal mexicano.** In *¿Acusatorio o adversarial.* Revista Inmexius. n. 2, fev. 2017. p.4-8.

CORDERO, Franco. **Criteri direttivi per una riforma del processo penale.** Milão: Giuffré Editore, 1964.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal.** Curitiba: Juruá. 1989.

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

_____. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** *Revista de Informação Legislativa*, vol. 183, ano 46. jul./set. 2009. p.103-115. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: jun. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. SOUZA, Bruno Cunha. **O processo penal acusatório entre o Brasil e a Itália (parte 1).** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-nov-22/o-processo-penal-acusatorio-entre-o-brasil-e-a-italia-1a-parte/> . Acesso em: dez. 2024

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional penal.** Ijuí: Unijuí, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DAMASKA, MIRJAN. **Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado.** In GLEOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas processuais penais.* 2ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** 3ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo.** 35ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada.** 19ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal.** Florianópolis: Empório do direito, 2016.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos estados unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal.** Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ Júnior, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FISCHER, Douglas. **QUANDO (mais uma vez) a EMENTA DIZ O QUE NÃO FOI DECIDIDO!** Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/quando-mais-uma-vez-a-ementa-diz-o-que-nao-foi-decidido/>. Publicado em: 04 de outubro de 2022. Acesso em: jul. 2024.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público**. In Boletim do IBCCRIM, nº 152 – julho 2005

FLUSSER, Vilém. **Para uma teoria da tradução**. In Revista Brasileira de Filosofia. nº. 19. jan./mar. 1969.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público**. In Boletim do IBCCRIM, nº 152 – julho 2005

GARCIA, Rafael de Deus. **Verdade real e a impossibilidade de condenação após manifestação do Ministério Público por absolvição**. In Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1043-1070, set.-dez. 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988**. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo [coords]. **Processo Penal e Democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro**. In Pena y Estado: revista latinoamericana de política criminal. n. 2, vol. 2, 1997.

GONÇALVES, Benedito; GOULART, Felipe Berkenbrock. **Pode o juiz condenar quando o Ministério Público pede a absolvição do réu? O art. 385 do CPP entre o sistema acusatório e o poder jurisdicional**. In MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. Vol. II. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 341-362.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. n. 27. Jul-set 1999.

_____. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois**. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6585/6676>. Acesso em: jan. 2025.

_____. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

GROSSI, Paolo. **O Ponto e a Linha: História do Direito e Direito Positivo na formação do jurista do nosso tempo**. In Revista Sequência, nº 51, p. 31-45, dez. 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2013.

GUINALZ, Ricardo Donizete. **Consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: Liber Ars, 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HAMILTON, Sergio Demoro. **A técnica das alegações finais**. In Revista do Ministério Pública. n. 22. jul/dez. 2005. Rio de Janeiro. p.319-335.

_____. **O aditamento provocado: uma heresia**. In Revista do Ministério Pública. n. 19. jan/jun. 2004. Rio de Janeiro. p. 281-292.

INGLATERRA. **O sistema legal inglês**. Londres: Reference Division – Central office of information, 1969.

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES. **Todo lo que usted quería saber sobre el Nuevo Proceso Penal**. 1ed. Mexico, 2017.

IVO, Gabriel. **O Direito e a Inevitabilidade do cerco da linguagem**. In: O Constructivismo Lógico-Semântico. vol.1. São Paulo: Noeses, 2014.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres**. 14ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. **Reflexão teórica sobre o processo penal**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/reflexao-teorica-sobre-o-processo-penal>. Acesso em: jun. 2024.

KELLER, Albert. **Teoria Geral do Conhecimento**. São Paulo: Loyola, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LANGER, Maximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal**. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

_____. **Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia**. *In* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Trad. Bernardo Leitão [et al.]. Campinas: UNICAMP, 1990.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LOPES JUNIOR, Aury; KHALED JUNIOR, Salah H. **Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal (parte 1)**. *In* Boletim IBCCRIM, ano 30, n 357, ago. 2022. p. 4-7.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da; **Novo Código de Processo Penal é necessário, mas não qualquer um**. *In* Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/limite-penal-codigo-processo-penal-necessario-nao-qualquer/>. Acesso em: ago. 2024.

LÓPEZ, Miguel Ángel Aguilar. **Influencia del modelo norteamericano em los procesos penales acusatorios em Latinoamérica**. *In* Influencia del modelo adversarial em nuestros sistemas procesales. *Revista Inmexius*. n. 10, out. 2017. p.24-25

LOUBEH, Sílvio de Cillo Leite. **O princípio constitucional do promotor natural**. *In* *Justitia* nº 199. São Paulo: Ministério Público, jul/dez de 2008.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. 2003. Disponível em: <https://archive.org/details/LuhmannNiklasElDerechoDeLaSociedad/Luhmann-Niklas-El-Derecho-de-La-Sociedad/mode/2up>. Acesso em: 03 ago. 2024.

_____. **Introducción a la teoría de Sistemas**. Mexico: Javier Torres Nafarrate, 1996.

MACHADO, Patricia da Costa. **Justiça e Ditadura: atuação das Cortes Supremas de Brasil e Argentina durante as ditaduras de segurança nacional.** *In* Revista Sul-Americana de Ciência Política, v. 5, n. 1, 67-85.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Absolvição criminal pelo ministério público: leituras complementares de processo penal.** Salvador: editora Jus Podivm, 2008.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos.** Tomo I. 1ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016.

MALAN, Diogo Rudge. **Investigação defensiva no processo penal.** *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 96. São Paulo: Ed. RT, p. 279-309, maio-jun.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal,** Vols. I e II, Rio de Janeiro: Forense, 1961.

_____. **O processo penal na atualidade.** *In* *Processo Penal e Constituição Federal.* Coords. Hermínio Alberto Marques Porto e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. **Tratado de Direito Processual Penal.** Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. **A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal.** *In* Revista Jurídica Cesumar. V. 15. n.2. jul-dez. 2015. p. 379-398.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A natureza das funções do Ministério Público e sua posição processual.** *In* Revista dos Tribunais. São Paulo, nº 805. nov. 2002. p.464-479.

_____. **Inovações no Ministério Público.** *In* Justitia nº 114. São Paulo: Ministério Público, jul/set de 1981

_____. **O Ministério Público e a defesa do regime democrático.** *In* Justitia nº 179/180. São Paulo: Ministério Público, jul/dez de 1997.

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público.** 9ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MCNAUGHTON, Charles William. **Sistema Jurídico e Ciência do Direito.** *In* O Constructivismo Lógico-Semântico. vol. I. São Paulo: Noeses, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 18ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,** que reforma la de 5 de febrero de 1857. Disponível em <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2020-06/CPEUM-020.pdf>. Acesso em 02/02/2024.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ed. São Paulo: Malheiros.

MURILLO, José Daniel Hidalgo. **Comentario jurisprudencial**. *In* Influencia del modelo adversarial em nuestros sistemas procesales. Revista Inmexius. n. 10, out. 2017. p.38-44.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

NOGUEIRA, Lucas Gabriel Corrêa; NOGUEIRA, Rafael Fecury. **A “des” vinculação do magistrado ao pedido de absolvição do réu pugnado pelo Ministério Público em ação penal pública**. *In* Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará. v. 10, n. 1. 2018.

NORONHA, Edgard de Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 23ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ODILA, Maria. **Ideologia liberal e construção do Estado**. *In* A interiorização da Metrópole e outros ensaios. São Paulo: Alameda, 2005.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 9ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

PASCHOAL, Nohara. **O estupro: uma perspectiva vitimológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. **Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832**. Disponível em: <https://mapa.an.gov.br/index.php/assuntos/15-dicionario/65-dicionario-da-administracao-publica-brasileira-do-periodo-imperial/282-codigo-de-processo-criminal-de-primeira-instancia-de-1832> . Acesso em: ago. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Reforma do judiciário e direitos humanos**. *In* Reforma do judiciário, analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Prefácio**. In BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PRADO, Geraldo. **Curso de Processo Penal: Tomo I: Fundamentos e Sistema**. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

_____. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Transação Penal**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2023.

_____. **O ato do príncipe**. In Revista da EMERJ, vol. 5, nº 17. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **O direito como experiência: Introdução à epistemologia jurídica**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. **A justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime**. In Boletim IBCCRIM, n. 318 – Especial Pacote Anticrime. Mai. 2019

RIBEIRO, Gladys Sabina. **Cidadania e luta por direitos na Primeira República: analisando processos da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal**. In Tempo 13 (26). 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-77042009000100006>. Acesso em: set. 2024.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A**. 1. ed. Florianópolis: Ematis, 2021.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Derecho procesal penal**. Traducción de la 29ª edición. 1. ed. Buenos Aires, Didot, 2019

SANDEL, Michel J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. **La reforma del proceso penal**. Madrid: Dykinson, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança.** In SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. **Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano.** In SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SLEMIAN, Andrea. **Pelos “negócios da província”: apontamentos sobre o governo e a administração.** In Outros Tempos, vol. 16, n. 27, 2019, p. 252-275.

SOARES, Igor Alves Norberto; ACHTISCHIN, Isabella Miguez. **Limites à decisão no processo penal: a inconstitucionalidade da sentença condenatória diante do pedido absolutório formulado pelo ministério público.** In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. Set-dez 2021

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philippe Benoni Melo e; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Fishing Expedition e o encontro fortuito na busca e apreensão: um dilema oculto no processo penal.** 2ed. Florianópolis, Emais, 2022.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **O Código de processo criminal de 1832 e as raízes do CPP de 1941.** In O Código de Processo Criminal de 1832 e o Código de Processo Penal de 1941 em sua redação originária. Walter Nunes da Silva Júnior, Olavo Hamilton (orgs.). Natal: OWL, 2023

SILVEIRA, Alipio. **Da interpretação das leis em face dos vários regimes políticos (antigos e modernos).** São Paulo: Tipografia paulista, 1941

STRECK. Lenio Luiz. **Contra o Neoconstitucionalismo.** In Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARUFFO, Michele. **Considerazioni su prova e motivazione.** In Revista de Processo, vol. 151. São Paulo: RT, 2007

_____. **Palestra** (transcrição). In Influencia del modelo adversarial em nuestros sistemas procesales. Revista Inmexius. n. 10, out. 2017

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso Processo Penal e Execução Penal.** 19ed. Salvador: Jus Podivm, 2024.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Max Limonad, 1965.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **O resgate da legalidade tributária**. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/05/O-Resgate-da-Legalidade-Tributária.pdf>. Acesso em: ago. 2024.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Processo penal**. vol. III. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de Não Persecução Penal**. 2ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024

_____. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 5ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

VEGA, Alfredo Araya. **Sistema procesal mexicano: ¿Acusatorio garantista o Adversarial?**. *In* Influencia del modelo adversarial em nuestros sistemas procesales. Revista Inmexius. n. 10, out. 2017. p.11-14.

VEIGA, Lucas Andreucci da. **A natureza jurídica das alegações finais no processo penal**. *In* Revista FT. – Vol. 18, Ed. 137, p. 25-25. Disponível em: <https://revistaft.com.br/a-natureza-juridica-das-alegacoes-finais-no-processo-penal/>. Acesso em: ago. 2024.

_____. **Limites Sistêmicos à Influência do Processo Civil no Processo Penal**. *In* Revista Jurídica Brasileira – Vol. 1, nº 1, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/introducao-o-constructivismo-logico-semantic-3-limites-sistemicos-a-influencia-do-processo-civil-no-processo-penal-revista-juridica-brasileira-1-03-2023/1858022618#a-317609411>. Acesso em: mar. 2023.

_____. **Promotor natural: garantia a um acusador imparcial no direito brasileiro**. 2015. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em direito penal e processual penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

VELASCO, Ignacio Maria Poveda. **Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano)**. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. v. 101. p.21-32.

VIEIRA, Renato Stanziola. **O que vem depois dos “legal transplants”?** Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *In* Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 767-806, mai.-ago. 2018.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo.** São Paulo: Noeses, 2005.

_____. **O poder de julgar e a norma.** *In* Escritos Jurídicos e Filosóficos. Vol. I. São Paulo: AXIS MVNDI / IBET, 2003.

VILELA, Hugo Otávio Tavares de. **Ordenações Filipinas e Código Criminal do Império do Brasil (1830) – Revisitando e reescrevendo a história.** *In* Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 3. Número 4, 2017. PP. 767-780

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil.** 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

YEUNG, Luciana. **Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais.** *In*: MACHADO, Máira Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal.** 1º Vol. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.