

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

CAROLINE OLIVEIRA REZENDE

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ:

Uma análise sob a perspectiva do sistema acusatório

Uberlândia

2021

CAROLINE OLIVEIRA REZENDE

A Iniciativa Probatória do Juiz:

Uma análise sob a perspectiva do sistema acusatório

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, *campus* Santa Mônica.

Orientadora: Profa. Dra. Simone Silva Prudêncio

Uberlândia

2021

Dedico este trabalho aos meus pais, bases da minha construção como pessoa, aos meus irmãos, à Fernanda, pelo apoio incondicional, e à minha orientadora Simone, pela disposição em ajudar e contribuir com o meu estudo.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema “A iniciativa probatória do juiz: uma análise sob a perspectiva do sistema acusatório”. O que se busca é analisar o poder conferido aos magistrados pelo inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, relativo à produção de provas por eles de ofício, bem como a sua correspondência (ou não) com o sistema acusatório. Para a consecução do objetivo, serão estudados diversos princípios orientadores do processo penal, e analisados os sistemas processuais existentes, evidenciando-se, ao fim, qual o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, serão examinados três sujeitos da relação processual penal, sendo eles a acusação, a defesa e o juiz, com o apontamento de quais as funções incumbidas a cada um deles. O estudo recairá também sobre alguns aspectos relativos à produção de prova dentro do processo penal brasileiro, como o seu conceito, sua finalidade e objeto, o ônus da prova e um debate acerca de um princípio considerado por muitos doutrinadores como orientador do ordenamento jurídico pátrio na esfera penal, a busca pela verdade real. Ainda, serão analisados os códigos estrangeiros precursores do Código de Processo Penal brasileiro, a exposição de motivos destes e alguns dos instrumentos nele previstos, como a iniciativa probatória dos juízes. Nesse quesito, o trabalho busca entender o que é disposto nos incisos I e II do artigo 156, com a exposição de argumentos contrários e favoráveis à existência do referido instituto, em vasta pesquisa doutrinária, com a finalidade de, após, compreender se os aludidos textos legais estão em consonância com sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Sistema acusatório; Iniciativa probatória; Constituição Federal.

ABSTRACT

The present work has as its theme "The judge's evidential initiative: an analysis from the perspective of the accusatory system". What is sought is to analyze the power conferred on magistrates by item II of article 156 of the Code of Criminal Procedure, relating to the production of evidence by them of office, as well as their correspondence (or not) with the accusatory system. In order to achieve the objective, several guiding principles of the criminal process will be studied, and the existing procedural systems will be analyzed, showing, in the end, which model is adopted by the Brazilian legal system. In addition, three subjects of the criminal procedural relationship will be examined, namely the prosecution, the defense and the judge, with an indication of which functions are assigned to each of them. The study will also focus on some aspects related to the production of evidence within the Brazilian criminal process, such as its concept, its purpose and object, the burden of proof and a debate about a principle considered by many doctrines as guiding the country's legal system in the criminal sphere, the search for real truth. In addition, foreign codes precursors to the Brazilian Penal Procedure Code, their explanatory memorandum and some of the instruments provided for in it, such as the judges' evidential initiative, will be analyzed. In this regard, the paper seeks to understand what is provided for in items I and II of article 156, with the presentation of arguments against and in favor of the existence of the referred institute, in a vast doctrinal research, with the purpose of, after, understanding whether the aforementioned legal texts are in line with the criminal procedural system adopted by the Brazilian legal system.

Keywords: Adversarial system; Evidentiary initiative; Federal Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 CONCEITOS INICIAIS.....	9
2.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL.....	9
2.1.1 Aspectos Gerais.....	9
2.1.2 Contraditório.....	9
2.1.3 Ampla Defesa.....	11
2.1.4 Presunção de Inocência.....	13
2.1.5 Imparcialidade do Julgador.....	15
2.1.6 Igualdade das Partes.....	16
2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	17
2.2.1 Noções Gerais.....	17
2.2.2 Inquisitório.....	18
2.2.3 Acusatório.....	20
2.2.4 Misto.....	21
2.2.5 Sistema Processual Penal Adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	23
3 ASPECTOS RELEVANTES DO PROCESSO PENAL.....	25
3.1 OS SUJEITOS NO PROCESSO PENAL.....	25
3.1.1 A Acusação.....	25
3.1.2 O Acusado.....	27
3.1.3 O Juiz.....	28
3.2 A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL.....	30
3.2.1 Conceito.....	31
3.2.2 Finalidade e Objeto.....	31
3.2.3 O Mito da Verdade Real.....	32
3.2.4 Ônus da Prova.....	34

4 A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ.....	36
4.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	36
4.2 GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ COMO CRITÉRIO DEFINIDOR DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL.....	38
4.3 O INCISO I DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	40
4.4 O INCISO II DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser apresentado ao longo da monografia é “a iniciativa probatória do juiz”, prevista no artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, que permite aos magistrados, de ofício, a produção de provas dentro do Processo Penal.

A pesquisa limitar-se-á a analisar a gestão de provas pelo Juiz sob a ótica do sistema processual acusatório, considerado por muitos doutrinadores como o sistema instaurado no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988.

Ao decorrer do texto, frisa-se a importância em abordar e responder perguntas pertinentes ao subtema escolhido, tais como: o ordenamento jurídico brasileiro adotou de forma exclusiva o sistema processual acusatório? A possibilidade de o Juiz participar da produção de provas, dentro do Processo Penal, fere o sistema processual acusatório?

Pretende-se analisar o sistema acusatório de maneira geral, esclarecer o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, vinculá-lo às normas de Direito Processual Penal, mais especificamente a gestão probatória facultada aos Magistrados, analisando-se se essa possibilidade fere os preceitos constitucionais.

De forma a possibilitar o alcance do objetivo geral, busca-se: analisar o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988; abordar a iniciativa probatória do juiz, instituída pelo artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal; e interpretar o mecanismo anterior à luz da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, cumpre ressaltar a importância do estudo do Direito Processual Penal, que visa a organização do Direito para a correta aplicação do Direito Penal material, o qual possui caráter de *ultima ratio*. Dessa forma, de maneira a promover os pilares instituídos por um Estado Democrático de Direito, como a efetivação da justiça social e promoção dos direitos fundamentais, o Processo Penal deve ater-se às garantias trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988. A compreensão do tema a ser debatido nesta pesquisa, ainda não pacificado, é relevante para o entendimento da aplicação processual como um todo, visto que se trata de uma de suas bases. Nesta senda, faz-se necessária a interpretação das normas de Processo Penal à luz da Constituição Federal, de forma a promover a humanização do Direito, com a figura do homem no centro do ordenamento jurídico, e o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais.

O método de pesquisa abordado nesta monografia será o dedutivo e, a fim de responder as perguntas formuladas como problemas no artigo, a pesquisa se embasará em documentação jurídica, como as leis propriamente ditas, em artigos e livros de diversos doutrinadores, e, ainda, em jurisprudências firmadas por Tribunais Superiores.

No capítulo inicial serão analisados conceitos iniciais, de forma a possibilitar a compreensão do trabalho a ser desenvolvido, principiando-se pelos princípios fundamentais do processo penal, como a ampla defesa e o contraditório, vez que eles, por serem basilares, devem ser utilizados como norte para a interpretação de todo o direito processual penal, bem como serão feitas considerações acerca dos sistemas processuais existentes: inquisitivo, acusatório e misto, diante da importância de tecer as distinções conceituais e definir qual o modelo escolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro em vigência. No segundo capítulo, serão abordados aspectos relevantes dentro do processo penal, como a função dos sujeitos, sendo eles a acusação, o acusado e o juiz, estabelecendo-se o limite de atuação de cada um deles, e também será feita a análise sucinta de algumas questões pertinentes à produção de provas na esfera penal. Por fim, o último capítulo tratará da iniciativa probatória dos juízes, com estudo dos artigos de lei relevantes, bem como da contraposição entre o referido instituto e o sistema acusatório.

2 CONCEITOS INICIAIS

2.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL

2.1.1 Aspectos Gerais

De acordo com o jurista alemão Robert Alexy (2008, p. 90), princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo, por consequência, mandados de otimização, tendo em vista que possuem diferentes graus de satisfação, que variam de acordo com a situação fática e jurídica do caso concreto. Para Guilherme de Souza Nucci, princípio é “um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir” (NUCCI, 2016, p. 51).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o processo penal passou por um processo de “constitucionalização”, sendo nele inseridos diversos princípios, estabelecendo-se, assim, um sistema de garantias mínimas, verdadeira barreira a eventuais arbitrariedades cometidas pelo poder estatal. Para além da Carta Constitucional, são também incluídas garantias processuais penais por diversos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil.

Dessa forma, todo o curso do processo penal deve ser orientado por tais princípios. Nas palavras de Paulo Rangel:

As respostas para determinados problemas que surgem no curso de um processo criminal estão muitas vezes nos princípios que o informam, porém, o intérprete ou aplicador da norma não os visualiza, dando interpretações ou aplicando normas em contraposição aos elementos primários de constituição do processo. (RANGEL, 2019, p. 55-56)

Para o desenvolvimento do trabalho aqui produzido, faz-se necessário conceituar alguns desses princípios.

2.1.2 Contraditório

A Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 5º, inciso LV, previu: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1937), mencionado por Gustavo Badaró (2015, p. 50), conceitua o contraditório como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”. Dessa forma, é um meio de se confrontar as provas produzidas e colaborar com a comprovação da verdade, sendo necessário à existência da estrutura dialética do processo penal, podendo ser sintetizado na expressão em latim *audiatur et altera pars*: seja ouvida também a parte contrária.

O contraditório pode ser destrinchado em dois elementos distintos, que são assegurados a ambas as partes: o direito à informação e o direito de participação. O direito à informação consiste no dever de ser noticiado à parte a existência da ação penal, bem como as alegações produzidas pela parte contrária, o que, no processo penal, ocorre pelos meios de comunicação dos atos processuais – citação, intimação e notificação. O direito de participação, por sua vez, dá à parte a oportunidade de se manifestar em relação à pretensão de seu adversário, podendo ser produzidas provas em sentido contrário.

Ensina Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 25) que, diante do conceito de “isonomia”, a busca pela igualdade material vem se intensificando ao longo do tempo, fazendo surgir a necessidade de se igualar os desiguais, produzindo reflexos no princípio do contraditório:

O contraditório, assim, deixou de ser visto como uma mera possibilidade de participação de desiguais para se transformar em uma realidade. Enfim, há de se assegurar uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório. É o que se denomina contraditório efetivo e equilibrado (LIMA, 2016, p. 25).

Tal afirmação possui estreita relação com o princípio do *par conditio* (paridade de armas), segundo o qual as partes devem usufruir das mesmas capacidades dentro da relação processual. Pois, “de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los” (LIMA, 2016, p. 26).

O exercício do contraditório deve ser assegurado, ao longo de toda a persecução criminal, pelo juiz, sob pena de ser maculada a sua parcialidade e de ser propiciada a alguma das partes uma decisão surpresa. Assim sendo, o magistrado deve criar às partes oportunidades para que se manifestem sobre as alegações adversas, ainda que estas desejem abdicar do seu direito de se pronunciar. Conforme Renato Brasileiro, “quanto maior a participação dialética das partes, maior é a

probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, contribuindo de maneira mais eficaz para a formação do convencimento do magistrado” (LIMA, 2016, p. 27).

Cumpra ressaltar, porém, que, diante da disposição constitucional que assegura o contraditório “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo”, o referido instituto não se aplica ao inquérito policial, visto que este é mero procedimento administrativo que visa a colheita de elementos probatórios referentes à autoria e materialidade do crime, não possuindo, portanto, caráter jurisdicional.

Faz-se necessário, por fim, traçar a distinção entre o contraditório real e o diferido (ou postergado). O primeiro assegura às partes o direito de atuarem na construção dos elementos probatórios, os quais devem ser produzidos, indispensavelmente, na presença das partes e do juiz. No último, a observância do contraditório é realizada em momento posterior, quando são dadas ao acusado e ao seu defensor oportunidades de refutar disposições cautelares ou provas periciais realizadas em sede de inquérito policial.

2.1.3 Ampla Defesa

Ao contrário do contraditório, a ampla defesa é uma garantia concedida pela Constituição Federal apenas ao acusado, não sendo conferida à acusação. Conforme leciona Guilherme Nucci:

Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (NUCCI, 2016, p. 54)

Contudo, ambos os princípios estão estritamente relacionados, na medida que a ampla defesa é possibilitada pelo direito à informação, assegurado pelo contraditório.

O princípio da ampla defesa confere ao acusado duas proteções distintas - a defesa técnica e a autodefesa, sob dois aspectos diferentes, o positivo (consistente no direito de o réu de fato utilizar dos meios disponíveis e de confrontar elementos de provas) e o negativo (segundo o qual o inculcado não é obrigado a produzir provas que sejam danosas à sua defesa – o que se reflete no princípio *nemo tenetur se detegere*).

A defesa técnica é aquela exercida por um profissional devidamente habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil, dotado de conhecimentos técnicos específicos e

possuidor de capacidade postulatória, ou seja, capacidade para intervir em juízo, seja em causa própria ou em favor de outrem. Sobre o tema, afirma Aury Lopes Júnior:

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. Pode existir uma dificuldade de compreender o resultado da atividade desenvolvida na investigação preliminar, gerando uma absoluta intranquilidade e descontrole. Ademais, havendo uma prisão cautelar, existirá uma impossibilidade física de atuar de forma efetiva. (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 85)

Verifica-se tratar de uma ordem de natureza mandamental, de caráter irrenunciável e indisponível, conforme dispõe o artigo 261 do Código de Processo Penal: “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Dessa forma, não há possibilidade de o acusado decidir enfrentar o processo penal sem o auxílio técnico de um advogado, devendo, caso não queira ou não tenha condições de constituir patrono, ser-lhe nomeado um pelo juiz (artigo 263 do Código de Processo Penal). Porém, é permitida ao réu a escolha de seu próprio defensor, constituindo a nomeação pelo juiz uma exceção, nos casos previstos em lei, e dependendo da aquiescência do acusado.

Importante apontar que o infringimento de tal norma gera nulidade processual absoluta, conforme apontado pelo artigo 564, inciso III, alínea “c”, do mesmo diploma legal, e reiterado pela Súmula de n. 523 do Supremo Tribunal Federal: “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Ainda, para que a ampla defesa seja de fato assegurada, como determina a Carta Constitucional, a defesa técnica deve ser plena e efetiva:

[...] não basta assegurar a presença formal de defensor técnico. No curso do processo, é necessário que se perceba efetiva atividade defensiva do advogado no sentido de assistir seu cliente. [...] Com efeito, de que adianta a presença física de defensor que não arrola testemunhas, que não faz perguntas, que não oferece memoriais, ou que os apresenta sucintamente, sem análise da prova, em articulado que poderia ser utilizado em relação a qualquer processo criminal? Na verdade, em tal hipótese, haveria um profissional da advocacia formalmente designado para defender o acusado, mas a sua atuação seria tão precária que seria como se o acusado tivesse sido processado sem defesa técnica. (LIMA, 2016, p. 34).

Conforme dispõe a já citada Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, a deficiência da defesa técnica, caso provado o prejuízo em desfavor do réu, gera a anulação do processo penal.

A autodefesa, como o próprio nome sugere, é aquela exercida pelo próprio acusado, que se desdobra no direito de audiência e no direito de presença. Pelo direito de audiência, o réu pode, durante o seu interrogatório em juízo, prestar a sua versão dos fatos ou exercer o seu direito ao silêncio, conferido pela Constituição Federal. Já o direito de presença confere ao inculcado a possibilidade de acompanhar os atos do processo, bem como se comunicar com o seu defensor para que este elabore sua tese defensiva.

2.1.4 Presunção de Inocência

Cesare Beccaria (1764), citado por Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 17), escreveu que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

Tal pensamento foi inserido no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”; no artigo 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, em seu artigo 8º, item 2; e em diversos outros Tratados Internacionais.

Até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o referido princípio existia no ordenamento jurídico pátrio apenas implicitamente, decorrendo do devido processo penal. Por meio de seu artigo 5º, inciso LVII, a Constituição inseriu-o explicitamente ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ao contrário do disposto nos Tratados Internacionais citados, que fizeram referência à presunção de inocência, a Constituição Federal não fez uso da expressão “inocente”, razão pela qual entende-se tratar de uma presunção de não culpabilidade. Contudo, a par das diferenças terminológicas, ambos os princípios possuem ideias equivalentes, conforme ensina Gustavo Badaró:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias - se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar

distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retomo a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito (BADARÓ, 2015, p. 57).

Convém apontar ainda que a Carta Constitucional expandiu a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, visto que na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o “Pacto de San José da Costa Rica”, do qual o Brasil é signatário, a expressão utilizada foi “enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa”.

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 19) afirma que duas regras fundamentais derivam da presunção de inocência: a regra probatória e a regra de tratamento.

Devido à regra probatória, o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado cabe à acusação, não devendo o réu ser o responsável por provar a sua própria inocência. Segundo Guilherme de Souza Nucci, “as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu” (NUCCI, 2016, p. 53).

Dessa forma, existindo dúvida razoável quanto às alegações feitas pela acusação, esta favorece o acusado, princípio conhecido como *in dubio pro reo* (ou *favor rei*). Nos ensinamentos de Renato Brasileiro:

Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída (LIMA, 2016, p. 20).

Por sua vez, a regra de tratamento impõe a excepcionalidade da imposição de medidas cautelares em desfavor do réu, dentre elas a prisão. Ou seja, a regra é a de que o acusado deve responder ao processo em liberdade, sob pena de “vulgarização das prisões provisórias, pois muitas delas terminam por representar uma nítida – e indevida – antecipação de pena, lesando a presunção de inocência” (NUCCI, 2016, p. 53). Contudo, a previsão constitucional não impede que seja decretada a segregação

cautelar da parte em casos de justificada necessidade, de outro modo poderia ser posta em risco a eficácia do processo penal.

Gustavo Badaró inclui ainda uma terceira decorrência da presunção de inocência: a garantia política do cidadão. De acordo com o autor:

O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria (BADARÓ, 2015, p. 57).

Por fim, Aury Lopes Júnior atribui à presunção de inocência a “proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce)” do acusado, vez que o princípio impõe limites à exploração do fato criminoso e do processo judicial em si pela mídia, coibindo o “bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 83).

2.1.5 Imparcialidade do Julgador

O princípio da imparcialidade dos julgadores possui força constitucional, ainda que implícita. Por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais não se encontram apenas no texto constitucional, mas também em Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário. O Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1969, afirma em seu artigo 8º, 1:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifos nossos)

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 prevê uma série prerrogativas para assegurar a imparcialidade dos magistrados – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos, previstas em seu artigo 95. Estabelece ainda diversas vedações à atividade jurisdicional e assegura às partes o julgamento pelo juiz natural da causa. De maneira complementar, o Código de Processo Penal, nos

artigos 252 a 254, estipula uma série de hipótese nas quais o juiz será considerado impedido ou suspeito de atuar na causa, em evidente busca pelo afastamento de magistrado imparcial. Ensina Gustavo Badaró:

[...] é inegável que a imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz, sendo, pois, uma garantia constitucional implícita. A palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial. Não seria exagerado afirmar que um juiz parcial é uma contradição em termos. Aliás, a ideia de jurisdição está indissociavelmente ligada à de juiz imparcial, na medida em que, se o processo é um meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o terceiro, no caso, o juiz, seja imparcial, isto é, não parte. (BADARÓ, 2015, p. 40)

Dispõe o artigo 8º do Código de Ética da Magistratura: “o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”. Ainda segundo o Código, os juízes devem dispensar às partes igualdade de tratamento, sendo vedada qualquer espécie de injusta discriminação.

2.1.6 Igualdade das Partes

Segundo ensina Gustavo Badaró (2015, p. 55), a resolução de conflitos por um terceiro alheio à pretensão das partes pressupõe que sejam elas tratadas de forma igualitária. Assim, a imparcialidade do julgador possui relação estreita com a igualdade das partes, vez que, para ser considerado imparcial, o juiz deve conferir aos sujeitos processuais o mesmo tratamento. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, o referido princípio decorre do exercício do contraditório:

No processo, as partes, embora figurem em polos opostos, situam-se no mesmo plano, com iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades. É uma consequência do princípio do contraditório. E o legislador procurou manter esse equilíbrio diante do Juiz. Note-se, por exemplo, que o réu não pode defender-se a si mesmo, salvo se tiver habilitação técnica. É como soa o art. 263 do CPP. Se fosse possível, o princípio da igualdade ficaria desequilibrado. Já se disse que não pode haver um genuíno contraditório sem a contraposição de partes homogêneas. Daí a necessidade da defesa técnica para se contrapor ao órgão da Acusação. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 65-66)

Decorre dela, ainda, a necessidade de se instituir a paridade de armas, segundo a qual devem ser conferidas às partes as mesmas garantias processuais e as mesmas capacidades de produzir provas e influenciar a decisão do julgador. Ensina Tourinho Filho:

De nada valeria as partes acusadora e acusada encontrarem-se no mesmo plano, equidistantes do Juiz, órgão *superpartes*, se o Estado não lhes proporcionasse equilíbrio de forças, dando-lhes os mesmos instrumentos para a pugna judiciária. Sendo a ampla defesa dogma constitucional, por óbvio haveria desrespeito à Lei Maior se, por acaso, uma das partes, no Processo Penal tivesse mais direitos e mais poderes que a outra. Daí o princípio da paridade de armas ou da *par conditio* ou da *equality of arms*. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 66)

A igualdade entre as partes deve ser assegurada não apenas pelo magistrado, mas também pelo legislador, visto que este é o responsável por disciplinar acerca dos institutos processuais e, portanto, sendo capaz de conferir maior ou menor isonomia entre os litigantes. Nota-se que a igualdade não deve ser apenas a material, consagrada pela Constituição Federal ao dispor que todos são iguais perante a lei. É necessária também a aplicação da igualdade material, de acordo com a máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

Assim, verifica-se que no processo penal brasileiro a aplicação desses princípios não é absoluta, uma vez que ele se esbarra na aplicação do *favor rei*. Ao acusado são conferidas prerrogativas inexistentes para a acusação, como a revisão criminal e os embargos infringentes. Isso se justifica, pois é evidente a situação desigual enfrentada pelo acusado, na maior parte das vezes pobre, em face do Ministério Público.

2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

2.2.1 Noções Gerais

Uma das possíveis definições de “sistema”, encontrada no dicionário, é: “conjunto de elementos, concretos ou abstratos, intelectualmente organizados”. Dessa forma, segundo Rangel (2009, p. 68), “sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Em um breve remonte histórico, é certo que a busca pela resolução de conflitos entre os seres humanos não surgiu com os Estados. Contudo, foi a partir da consolidação destes que o manejo de interesses saiu da esfera privativa dos indivíduos, que os defendiam inclusive por meio da violência, e adentrou na seara

estatal. O Estado, dotado de métodos coercitivos, passou a intervir diretamente na composição de litígios, utilizando-se, para tanto, de diversos instrumentos, dentre eles o processo.

O processo penal, o qual possui a finalidade de materializar o *jus puniendi* (direito de punir) do Estado, sujeitando à aplicação da lei penal aquele que cometer um delito, pode fazer uso de três sistemas processuais distintos: a) o inquisitório; b) o acusatório; c) e o misto, que variam de acordo com o momento histórico e político vivido por cada Estado. Leciona James Goldschmidt:

Os princípios da política processual de uma nação nada mais são do que segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Partindo dessa experiência, a ciência processual desenvolveu uma série de princípios opostos constitutivos do processo. A luta mútua de eles mesmos, o triunfo de um, do outro, ou sua fusão, caracterizam a história do processo. O predomínio de um ou outro desses princípios opostos no Direito vigente, não é nada mais do que um trânsito do Direito do passado ao Direito do futuro (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 109-110, tradução nossa)

Assim, a escolha de um determinado sistema processual penal pelos mais distintos ordenamentos jurídicos faz surgir a necessidade de adequação da lei processual penal do país ao referido modelo, de acordo com as suas características predominantes, a serem discutidas abaixo.

2.2.2 Sistema Inquisitório

Embora tenha sua origem nos regimes monárquicos, foi no Direito Canônico que o sistema inquisitório se aperfeiçoou, recebendo essa denominação devido a uma instituição criada pela Igreja Católica que atuou nos séculos XIII e XIV. A Inquisição, também chamada de Santo Ofício, foi responsável por julgar e punir pessoas que desviassem das normas de conduta impostas pela Igreja, visto que esta se via cada vez mais ameaçada pelo surgimento de comportamentos que desafiavam os dogmas cristãos, baseados estes na verdade absoluta, constituindo a heresia, à época, uma verdadeira ameaça aos pilares do cristianismo.

Surgiram, então, os juízes inquisidores, que acumulavam as funções de acusar, defender e julgar. Leciona Aury Lopes Júnior (2019, p. 193) que o primeiro passo dos inquisidores foi a abolição do princípio *ne procedat judex ex officio*, segundo o qual o juiz não deve proceder de ofício. Nas igrejas e em alguns outros locais foram criados “pontos de coleta” com a finalidade de receber denúncias anônimas que apontavam

condutas consideradas desviantes pela Igreja, para que o pecado e a heresia pudessem ser combatidos.

Dessa forma, o processo poderia ter início por meio de denúncias, acusações informais ou investigações encabeçadas pelos inquisidores. A publicidade dos atos processuais foi abolida, agindo os juízes de ofício e em segredo. Os magistrados atuavam com parcialidade, inexistindo o contraditório pleno e a ampla defesa. A prisão dos acusados era tida como regra, e estes não mais eram vistos como parte na relação processual, tampouco como sujeitos de direito, sendo considerados meros objetos do processo.

Os juízes da Inquisição gozavam de uma ampla atividade probatória, sendo comum a prática da tortura para obtenção de confissões. Inclusive, o sistema probatório então utilizado era o da prova tarifada, também conhecido como sistema legal de provas, que atribui valores distintos a cada espécie de prova, constituindo a confissão a “rainha das provas”, capaz de ensejar uma condenação por si só. De acordo com Gustavo Badaró (2015, p. 88), “em suma, o sistema inquisitório baseia-se em um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto mais bem acertada quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador”.

Na transição entre os séculos XIII e XIX, eclodiram diversos movimentos em repúdio às arbitrariedades do período absolutista, influenciados por pensamentos iluministas, dentre eles a Revolução Francesa, com o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, que culminou na derrubada do governo monárquico então instituído. Os ideais ultrajados foram dando espaço a convicções que colocavam o homem no centro do universo, em uma verdadeira valorização do pensamento racional em detrimento da ignorância. Algumas das concepções firmadas pelo Iluminismo perduram até os dias de hoje, influenciando diretamente o Direito Moderno.

Diante das características expostas, nota-se que o sistema inquisitório é incompatível com um Estado Democrático de Direito, sendo gradualmente substituído pelos sistemas misto e acusatório. Sobre o tema, ensina Rangel:

O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana. (RANGEL, 2009, p. 71).

A Constituição Federal de 1988 fez surgir uma série de garantias e direitos fundamentais, com a instituição do princípio da dignidade da pessoa humana como

um dos fundamentos da República, vedando, inclusive, penas cruéis, como a tortura, auxiliando a democratização do processo penal.

2.2.3 Sistema Acusatório

“A origem do sistema acusatório remonta ao direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 183). Quanto ao sistema processual romano, explica Aury Lopes Júnior:

No Direito romano da Alta República surgem as duas formas do processo penal: *cognitio* e *accusatio*. A *cognitio* era encomendada aos órgãos do Estado – magistrados. Outorgava os maiores poderes ao magistrado, podendo este esclarecer os fatos na forma que entendesse melhor. Era possível um recurso de anulação (*provocatio*) ao povo, sempre que o condenado fosse cidadão e varão. Nesse caso, o magistrado deveria apresentar ao povo os elementos necessários para a nova decisão. Na *accusatio*, a acusação (polo ativo) era assumida, de quando em quando, espontaneamente por um cidadão do povo. Surgiu no último século da República e marcou uma profunda inovação no Direito Processual romano. Tratando-se de *delictia publica*, a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade (*accusator*). Esse método também proporcionava aos cidadãos com ambições políticas uma oportunidade de aperfeiçoar a arte de declamar em público, podendo exhibir para os eleitores sua aptidão para os cargos públicos. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 183)

No sistema acusatório surge o *actum trium personarum* (ato de três personagens): acusação, defesa e juiz. A acusação, responsável por levar a demanda penal ao Judiciário e por participar da produção de provas que sustentem os argumentos acusatórios; a defesa, incumbida de promover a assistência jurídica ao acusado, influenciando também na gestão probatória para formar argumento convincente que possa beneficiar o réu; e o juiz, este imparcial e afastado da produção de provas, encarregado de proferir a decisão final e de garantir a proteção dos direitos fundamentais. Sobre o referido sistema, afirma Aury Lopes Júnior:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 187)

Ao contrário de como ocorre no sistema inquisitório, no acusatório o acusado deixa de ser mero objeto do processo, passando a ser visto como sujeito de direitos, a quem é assegurado o exercício do contraditório, podendo, portanto, ter acesso às alegações feitas pela outra parte e manifestar-se em relação a elas. São assegurados também a ampla defesa, a qual possibilita a construção de argumentos favoráveis à tese defensiva, e o direito ao silêncio, não sendo o réu obrigado a participar da busca pela verdade, tampouco a confessar.

Em relação à capacidade de produzir provas, observa-se a passividade do juiz, vez que a produção probatória fica a cargo das partes, não podendo o magistrado agir de ofício. Isso se explica na possibilidade de o juiz agir com maior imparcialidade caso esteja afastado da gestão das provas. Ao magistrado, portanto, caberia “um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais” (LIMA, 2016, p. 13).

São características do sistema acusatório a oralidade e a publicidade dos atos processuais; a igualdade entre as partes e a paridade de armas; a separação entre as funções de acusar, defender e julgar; a imparcialidade dos juízes; coleta de provas feita exclusivamente pelas partes; existência do contraditório e da ampla defesa; liberdade do acusado como em regra, tendo em vista a sua presunção de inocência; possibilidade de interposição de recursos em duplo grau de jurisdição; produção de coisa julgada, em atendimento à segurança jurídica; e ausência do sistema legal de provas, predominando o livre convencimento motivado do juiz, de acordo com o qual os magistrados são livres para proferir sua decisão, embora esta deva ser motivada por provas devidamente juntadas aos autos.

Na atualidade, diversos países adotam o sistema acusatório em suas legislações, contudo, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, estes “terminam por acolher alguns aspectos do inquisitivo, no mínimo para a primeira fase da colheita da prova, pois mais eficiente e célere” (NUCCI, 2016, p. 75). O sistema processual penal que mais se aproxima de sistema acusatório puro, atualmente, é o inglês.

2.2.4 Sistema Misto

O sistema misto, conforme o próprio nome indica, é uma mistura dos sistemas inquisitório e acusatório. Ele surgiu na França com o *Code d'Instruction Criminelle*, também conhecido como Código Napoleônico, datado de 1808. A legislação francesa

inovou em separar o processo penal em duas fases: uma pré-processual, de caráter inquisitório, responsável pela investigação, e outra processual, com características típicas do sistema acusatório. Ensina Renato Brasileiro de Lima:

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. 15)

A fase pré-processual é responsável por colher, por meio de investigação, elementos de prova que formem um lastro probatório mínimo, apto a ensejar uma eventual persecução penal. Ela é de incumbência das polícias judiciárias, sob a supervisão de um magistrado. Em regra, o procedimento é sigiloso e escrito, configurando o investigado um mero objeto, razão pela qual estão ausentes o contraditório e a ampla defesa.

Ao contrário, na fase processual, inaugurada pela propositura de peça pela acusação, o acusado se torna sujeito de direitos, os atos se tornam públicos e há paridade de armas entre as partes. Ao réu é assegurado o estado de inocência, sendo a sua prisão admitida apenas em casos excepcionais, e cabendo à acusação o ônus da prova. São assegurados os direitos fundamentais do acusado, sob a vigília do juiz, dentre eles o contraditório e a ampla defesa. Ao fim, em tese, a sentença é proferida por um magistrado dotado de imparcialidade.

É posição firme na doutrina a ideia de que os sistemas processuais puros não encontram correspondência com a atualidade, existindo apenas um sistema processual misto, com predominância de aspectos inquisitivos ou acusatórios. De acordo com Aury Lopes Júnior, tendo em vista que todos os sistemas são mistos, “é crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes) (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 42).

Segundo o autor, que tece crítica à classificação clássica de sistema misto, esta peca em não enfrentar o cerne da questão: a identificação do núcleo fundante. Jacinto Coutinho (2001), citado por Aury (2016, p. 43), ensina que “não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema”, pois os

sistemas são formados por um princípio unificador, sendo sempre puros em sua essência.

Por fim, diferente crítica faz Paulo Rangel (2019, p. 129), ao afirmar que o sistema misto, embora constitua um avanço frente ao modelo inquisitivo, não é o melhor sistema, pois mantém o juiz na produção de provas, ainda que na fase pré-processual.

2.2.5 Sistema Processual Penal Adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro

Por muito tempo predominou no entendimento da doutrina brasileira que o sistema processual penal adotado pelo Brasil seria o misto. A título de exemplo, Guilherme de Souza Nucci apontou firmemente a adoção de tal modelo. Segundo ele, a Constituição Federal de 1988 delineou diversos princípios processuais penais que indicavam o sistema acusatório, mas não o impunha, pois é o Código de Processo penal quem cria as regras processuais a serem seguidas, pois “se a Constituição fosse a fonte exclusiva das regras processuais, nem mesmo de Código e outras leis precisariam os operadores do Direito” (NUCCI, 2016, p. 75).

Por outro lado, entende Renato Brasileiro de Lima que o Código de Processo Penal por muito tempo consagrou o sistema processual misto, uma vez que a primeira fase da persecução penal, por meio do inquérito policial, era essencialmente inquisitiva e, inaugurado o processo, era constituída uma fase acusatória. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, estaríamos diante de um sistema acusatório, visto que a Carta Maior prevê expressamente a separação das funções de acusar, defender e julgar, além de assegurar princípios como o contraditório, a ampla defesa e a presunção de não culpabilidade (LIMA, 2016, p. 15).

Opinião divergente firmou Aury Lopes Júnior. O doutrinador afirma que o sistema processual penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou “neoinquisitório”, tendo em vista que, por a gestão de provas estar na mão do juiz, o princípio informador do sistema é o inquisitivo. Ele aduz que, embora a separação de funções (acusação, defesa e julgamento) exista inicialmente, ela se enfraquece ao longo do procedimento, diante de possibilidades conferidas ao juiz pelo Código de Processo Penal, como a determinação de diligências de ofício no curso do processo (artigo 156, inciso II), a decretação de ofício de medidas assecuratórias tais quais o sequestro (artigo 127) e

a busca e apreensão (artigo 242), o reconhecimento de agravantes que não foram alegadas pela acusação (artigo 385), dentre outros (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 43-44).

Contudo, tal discussão parece ter chegado ao fim com o advento da Lei n. 13.964 de 2019, conhecido como “Pacote Anticrime”. A referida lei inseriu no Código de Processo Penal o artigo 3º-A, o qual afirma que “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”.

A reforma legislativa é um grande passo para a efetivação da democracia no processo penal e está em plena consonância com a intenção que o Constituinte teve em atribuir privativamente a função de promover a ação penal pública ao Ministério Público (artigo 129, inciso I, da Constituição Federal), criando, assim, um órgão de acusação, em evidente separação de funções. Embora seja necessária a adoção de mudanças no Código de Processo Penal para que de fato seja respeitado o sistema acusatório, a inserção do artigo anteriormente citado configura um grande avanço para que se chegue à ideal imparcialidade dos juízes.

3 ASPECTOS RELEVANTES DO PROCESSO PENAL

3.1 OS SUJEITOS NO PROCESSO PENAL

3.1.1 A Acusação

O Ministério Público, em sua configuração atual, possui como berço a França, segundo apontado pela doutrina majoritária. Em 25 de março de 1302, o Rei Felipe IV, com a publicação das Ordenanças, instituiu a figura de duas classes de procuradores: os *advocats du roi*, com atribuições exclusivamente cíveis; e os procuradores do rei (*procureurs du roi*), incumbidos das demandas relativas à defesa do fisco e de natureza criminal. Com a fusão das duas instituições, nasceu o Ministério Público francês, com a finalidade de defender os interesses privativos do soberano e do Estado. Nesta senda,

A introdução de um sistema “acusatório” de processo penal, verificada com a separação dos poderes estatais, resume a evolução do Ministério Público como órgão, antes a serviço do rei, representante do interesse público e guardião da lei nos procedimentos do poder judiciário. Assim, o que se sabe sobre a evolução do Ministério Público é que houve um processo paulatino de formação e separação da atividade acusatória do âmbito do Poder Judiciário. Neste sentido, os princípios liberais de tripartição dos poderes significaram, na maioria dos países ocidentais, o abandono do processo inquisitorial promovido pelo Poder Judiciário pela criação de uma instituição autônoma e especializada, como encarregada de tal tarefa. (LIMA, 2007)

No ordenamento jurídico brasileiro, embora não houvesse a figura do Ministério Público como instituição, as Ordenações Manuelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603 faziam menção aos promotores de justiça, responsáveis por fiscalizar a lei e promover a acusação criminal. O Código de Processo Penal do Império, de 1832, deu início à sistematização do Ministério Público, devidamente institucionalizado na Constituição de 1934.

A Constituição Federal de 1988 traz o Ministério Público como um órgão de função essencial à justiça. Dispõe o artigo 127: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Para o exercício de tais funções, o constituinte definiu como princípios institucionais do “Parquet” a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, gozando os membros do Ministério Público de diversas prerrogativas. A unidade

significa dizer que o órgão ministerial é uno, ou seja, é admissível a substituição recíproca entre os seus representantes para a prática de determinado ato. Pelo princípio da indivisibilidade atuam os membros do Ministério Público em nome da instituição. Por fim, de acordo com a independência funcional, os representantes ministeriais podem agir de acordo com suas convicções próprias, desde que dentre os limites previstos em lei, ainda que em desacordo com superiores hierárquicos.

No artigo 129, inciso I, da Carta Constitucional, é atribuída ao Ministério Público, dentre as diversas funções institucionais previstas, a promoção privativa da ação penal pública. Dessa forma, “ocupa, no processo penal, o Ministério Público a posição de sujeito da relação processual, ao lado do juiz e do acusado, além de ser também parte, pois defende interesse do Estado, que é a efetivação de seu direito de punir o criminoso” (NUCCI, 2016, p. 326).

Nas ações penais privadas o Ministério Público atua como “custos legis” (fiscal da lei). Assim, como o nome sugere, o *Parquet* deve zelar pela correta aplicação da lei penal. Não deixa, contudo, de ser parte na relação processual, uma vez que o monopólio da aplicação da lei penal pertence sempre ao Estado, não sendo transferido aos particulares. Ensina Guilherme Nucci:

[...] quando o ofendido promove a ação penal, porque a lei lhe conferiu essa iniciativa, age como substituto processual do Estado, no sentido formal, mas, materialmente, quem acompanha a ação, para zelar pela pretensão punitiva, é o Ministério Público. Na excepcional situação de ação pública movida pelo ofendido – ação penal privada subsidiária da pública –, o querelante atua como substituto processual do Estado, havendo, do mesmo modo, a participação do Ministério Público, único órgão verdadeiramente legitimado a representar o Estado na sua função punitiva (NUCCI, 2016, p. 327)

Muito se discute na doutrina brasileira acerca da imparcialidade do Ministério Público no processo penal, uma vez que não é obrigado a pedir a condenação de quem julga inocente, tampouco a propor ação penal quando não existirem provas suficientes.

Doutrinadores como Eugênio Pacelli defendem que, enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, o *Parquet* possui como missão conferida pela Constituição a salvaguarda dos interesses da ordem jurídica como um todo, e não apenas dos interesses acusatórios. Assim, “seu interesse seria apenas o interesse público de busca da verdade, para possibilitar a correta aplicação da lei penal” (BADARÓ, 2015, p. 284). Defende Pacelli:

[...] a imparcialidade deverá permear toda a atividade do Ministério Público, em todas as fases da persecução penal, incluindo a fase pré-processual, reservada às investigações. [...] O atuar imparcial do Ministério Público está

relacionado com a inteira liberdade que se lhe reconhece na apreciação dos fatos e do direito a eles aplicável. O Ministério Público é livre e deve ser livre na formação de seu convencimento, sem que esteja vinculado a qualquer valoração ou consideração prévia sobre as consequências que juridicamente possam ser atribuídas aos fatos tidos por delituosos. Nunca é demais repetir: ao Estado (e, aqui, ao Ministério Público) deve interessar, na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente. (PACELLI, 2017, p. 215).

Contudo, a tese contrária nos parece mais acertada. A imparcialidade do órgão de acusação não apresenta compatibilidade com o sistema acusatório, pois este exige a existência de partes com interesses contrários, em igualdade de condições. Gustavo Badaró (2015, p. 277) afirma que a atuação de partes com interesses antagônicos reforça a dialética do processo acusatório, a qual, por sua vez, representa “um mecanismo eficiente para a busca da verdade”. Assim, quando há a dialética processual, maior é a probabilidade de se obter uma decisão justa, pois “um saber depurado pelo contraditório oferece garantias maiores do que um saber buscado unilateralmente”.

Por fim, deve-se apontar que a função precípua do acusador, seja ele o Ministério Público ou o particular, no caso de ações penais privadas, é a de promover a acusação e realizar a colheita de provas que a ela aproveite, para que, ao fim, seja pleiteada a condenação do acusado.

3.1.2 O Acusado

O acusado representa o polo passivo na relação processual penal. A ele são conferidos diversos direitos e garantias fundamentais, com vistas a preservar a sua dignidade, como o respeito à sua integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal), a excepcionalidade da prisão (inciso LXVI), a presunção de inocência (LVII) e a vedação de penas cruéis (XLVII, “e”).

A figura do acusado surge com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo que nesse caso a ele é dado o nome de “querelado”. Pode se tratar tanto de pessoa física maior de dezoito anos, quanto a jurídica, esta apenas em crimes ambientais, cuja possibilidade é prevista na Lei n. 9605/98. Ademais, segundo o princípio da pessoalidade da pena, previsto no inciso XLV do artigo 5º da Carta Constitucional, a pena não poderá passar da pessoa do condenado. O referido princípio não é aplicado somente durante a fase de execução de pena, devendo ser

levado em consideração em todas as fases, sejam elas anteriormente ao processo ou em seu decorrer.

Conforme anteriormente explicitado, por ser o direito à liberdade indisponível, o direito de defesa também o é. Dessa forma, é necessário que o acusado seja representado por um profissional habilitado, apto a exercer a função. Segundo Gustavo Badaró:

A defesa técnica assegura a paridade de armas. No polo ativo sempre haverá uma parte com conhecimentos técnicos, seja o representante do Ministério Público, seja o advogado do querelante. Se fosse admitido que o acusado se defender sem assistência de um defensor com habilitação técnica, haveria evidente disparidade entre as posições dos sujeitos processuais, com claro prejuízo para a boa prestação jurisdicional. Se a tese (acusatória) e a antítese (defensiva) não estiverem no mesmo plano de efetividade, a síntese, invariavelmente, estará comprometida. (BADARÓ, 2015, p. 291)

A defesa no processo penal pode ocorrer por meio de advogado com inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, seja ele contratado ou nomeado pelo juízo, ou através da Defensoria Pública, cuja função é a de fornecer assistência jurídica aos hipossuficientes.

De acordo com o artigo 133 da Constituição Federal, o advogado é “indispensável à administração da justiça”, cuja função é a de buscar decisão favorável àquele que defende (artigo 2º, parágrafo 2º, do Estatuto da Advocacia da OAB). Isto significa que o defensor está desobrigado da imparcialidade, devendo agir de forma benéfica ao seu representado, dentro dos limites legais e éticos. Ademais, “a defesa no processo penal não é mera formalidade, que se satisfaz com a simples presença do advogado no processo. A defesa deve ser efetiva, com a exploração contraditória e fundamentada das teses de acusação e de defesa” (BADARÓ, 2015, p. 291).

3.1.3 O Juiz

Com o surgimento das civilizações, e com o aumento da complexidade dos conflitos entre os seres humanos, surgiu a necessidade de se criar a figura de um terceiro, imparcial e alheio à vontade das partes, responsável por resolver de forma objetiva tais entraves. Na Roma Antiga, a prática de delitos que exigiam julgamento público, como os assassinatos e as traições, era julgada pelo *Senatus*, assembleia política resultante de um “conselho de anciãos”. Na Grécia clássica, as decisões sobre

crimes cometidos eram de incumbência dos “Éfetos”, composto por 51 membros, os quais se dividiam em quatro tribunais especiais.

No Brasil, durante o período colonial, o Tribunal de Relação da Bahia foi o primeiro a ser criado no país, no ano de 1609. Até então, a atividade judiciária não era consolidada, sendo distribuída em vários polos. Após, ao longo do império de Dom Pedro II, a organização judiciária era subordinada ao poder imperial. No período Republicano (1889 a 1985), algumas vedações e garantias à atuação dos juízes foram trazidas pela Constituição de 1934, semelhantes às dos dias atuais. Por fim, a Constituição Federal de 1988 pôs fim à suspensão de garantias relativas à atividade jurisdicional imposta pelo Ato Institucional n. 5, durante a ditadura militar, apagando os resquícios do governo ditatorial anteriormente estabelecidos.

Anteriormente à Carta Constitucional de 1988, o Judiciário, em sua forma organizada ou não, era mero representante do Estado, atrelado a interesses políticos e econômicos de classes específicas, distanciando do restante da sociedade. Contudo, mudanças foram feitas no sentido de se exigir do Judiciário julgamentos imparciais e a prestação eficiente e célere dos serviços judiciários, constituindo, inclusive, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inciso I).

Além de dispor acerca da organização do Poder Judiciário, a Constituição afirmou que os magistrados devem ser imparciais e competentes, bem como estabeleceu uma série de vedações (artigo 95, parágrafo único) e garantias (artigo 95, *caput*), sendo estas a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio. O Código de Processo Penal prevê ainda hipóteses de impedimento (artigo 252), incompatibilidades (artigo 253) e suspeição (artigo 254), relativas à atuação dos juízes.

No âmbito do processo penal, o magistrado é o responsável por receber a denúncia ou queixa-crime, ordenar a citação do acusado, assegurar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, instruir o processo e, ao fim, proferir decisão, seja ela condenatória ou absolutória. Possui o juiz, conforme ensina Renato Brasileiro de Lima, “o poder-dever de aplicar o direito objetivo ao caso concreto, de maneira imparcial, substituindo-se à vontade das partes, pondo fim ao conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o interesse do acusado na preservação de sua liberdade individual” (LIMA, 2016, p. 1658).

Recentemente, foi introduzida pela Lei n. 13.964/19 a figura do Juiz de Garantias, responsável por atuar na fase pré-processual, cabendo a ele o controle da legalidade das investigações, bem como a garantia de respeito aos direitos fundamentais do investigado. Dessa forma, seria conferida maior imparcialidade ao juiz da instrução, incumbido de proferir a sentença, uma vez que este não teria contato direto com a colheita dos elementos probatórios, o que pode ser considerado um grande avanço na consolidação de fato do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro. Cumpre ressaltar, no entanto, que a entrada em vigor dos artigos que instituem o Juízo de Garantias está suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal até a presente data.

Por fim, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 321) aponta que o que se espera de um magistrado no processo penal é a sua atuação justa. Contudo, segundo ele, o conceito de “justiça” é complexo e comporta diversas interpretações, sendo mais adequados afirmar que se espera um agir imparcial dos juízes, o que pode ser mais facilmente conferido através de suas manifestações, votos e decisões. Aduz o autor que “a sociedade merece um magistrado adepto de um dos mais importantes princípios regentes do universo do Direito: a dignidade da pessoa humana”. Nucci evidencia ainda a existência negativa de tipos de magistrados que fogem à necessária atuação imparcial, definindo-os como juízes-promotores, juízes-defensores e juízes-delegados, sendo os últimos os mais relevantes para o estudo aqui realizado. De acordo com ele:

O juiz-delegado aprecia andar armado (a Lei Orgânica da Magistratura permite), mas também participar de diligências policiais típicas. Sente satisfação em ir à cata do bandido; dá-se muito bem com delegados e policiais, enfim, pensa ser um autêntico justiceiro. É lamentável, pois há o concurso para delegado de polícia ou delegado federal para abrigar os operadores do Direito assim vocacionados. O Estado-investigação é muito importante para a persecução penal, mas não é tarefa do juiz (de qualquer grau de jurisdição). (NUCCI, 2015, p. 321-322)

Assim, num Estado Democrático de Direito deve ser evitada a figura do juiz-delegado, com traços inquisitórios, cuja finalidade é atribuir a si próprio um papel de “justiceiro”, numa busca, a qualquer custo, de criminosos, fugindo, para o desempenho de tal função, de preceitos assegurados constitucionalmente, bem como das atribuições conferidas por lei ao correto exercício do seu cargo.

3.2 A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL

3.2.1 Conceito

A palavra “prova” possui sua origem etimológica da expressão do latim *probatio*, que possui a ideia de experiência, verificação, confirmação. Ademais, segundo o dicionário, prova é “aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros; evidência, comprovação”. Comumente, a doutrina atribui três acepções distintas à palavra “prova”: a) atividade probatória; b) meio de prova; c) resultado probatório.

Como atividade probatória, a prova é o processo de verificação da verdade alegada pelas partes na ação penal, utilizado na busca pela reconstrução da situação fática, sendo necessária para a prolação de decisão. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 781-782), existe para as partes um direito à prova – *right to evidence*, assegurado constitucionalmente e derivado do direito de ação, sendo conferida a elas a possibilidade de produzir elementos probatórios e, ainda, a capacidade de que estes possam influenciar no *decisum* do juiz. A prova, em sua acepção como meio de prova, é representada pelos instrumentos pelos quais os elementos probatórios são introduzidos na ação penal, com o objetivo de se provar a verdade de algo, como por exemplo as provas periciais e testemunhais. Ainda, pode ter a expressão a conotação de resultado, visto que é ela apta a gerar no magistrado a necessária convicção acerca das alegações produzidas pelas partes.

Ainda, é necessário traçar a distinção entre “prova” e “elementos de informação” feita pelo artigo 155 do Código de Processo Penal. As provas são elementos necessariamente colhidos durante o processo penal, com a participação dialética das partes e submetidos ao crivo do contraditório, sob a salvaguarda do magistrado. Os elementos de informação, por sua vez, são aqueles obtidos quando da investigação e, assim sendo, não são expostos ao contraditório e à ampla defesa. Por tal razão, em regra, o referido artigo veda aos juízes a fundamentação da sentença com base exclusivamente em elementos de informação, devendo ser livremente apreciadas as provas obtidas por meio do contraditório judicial.

3.2.2 Finalidade e Objeto

A finalidade da prova é o convencimento do magistrado, ou órgão julgador, acerca da veracidade de determinada alegação. O que se busca é a verdade

materialmente possível, ou seja, a reconstrução dos fatos narrados de modo que esta se assemelhe ao máximo o possível à realidade fática, haja vista a impossibilidade de se alcançá-la plenamente. Em menor ou maior grau de aproximação com a realidade histórica, é com base na verdade alcançada durante o processo que o juiz deve proferir a sua decisão.

O objeto da prova, como de forma comum é apontado na doutrina, são os fatos que as partes possuem a pretensão de demonstrar, com a finalidade de se resolver o litígio submetido à apreciação judicial. Contudo, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 795) apresenta uma ressalva à referida definição, “pois jamais será possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu”. Segundo o autor, o objeto da prova condiz com a veracidade ou falsidade de afirmações sobre fatos que interessam à resolução do conflito:

Especificamente no âmbito do processo penal, tem-se que a atividade probatória recai, basicamente, sobre a veracidade (ou não) da narrativa constante da peça acusatória, buscando-se demonstrar que a imputação de um fato delituoso atribuído a determinada pessoa é verdadeira (ou não). (LIMA, 2016, p. 795)

Segundo o artigo 374 do Código de Processo Civil, independem de prova os fatos: I) notórios, sendo aqueles de conhecimento geral, perceptíveis pelo “homem médio”; II) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III) admitidos no processo como incontroversos; e IV) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. É importante ressaltar que, no âmbito do processo penal, apenas o inciso II não é aplicável, tendo em vista a disposição constitucional da presunção de inocência, da qual decorre a necessidade de ser comprovada as alegações formuladas pela acusação, ainda que o acusado confesse.

3.2.3 O Mito da Verdade Real

A doutrina clássica entende que no processo civil vigora o princípio da verdade formal, pois, à luz do princípio dispositivo, apenas as partes seriam as incumbidas de levar provas ao processo, possuindo o magistrado uma postura passiva, sendo responsável, no âmbito da produção probatória, por apenas analisar os elementos de prova colacionados aos autos. Apenas em casos excepcionais seria permitida a produção de provas de ofício. Por tal razão, a revelia do acusado no processo civil, ao

contrário do que ocorre na seara penal, enseja a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária (artigo 344 do Código de Processo Civil).

Já na esfera do processo penal, prevalecia o entendimento de que seria ele guiado pelo princípio da verdade real (também chamada de material ou substancial). Isso se justificaria, pois a gravidade das questões tratadas pelo direito penal demandaria maiores esforços no sentido de se obter a situação fática mais próxima da realidade. Contudo, o referido princípio acabaria por legitimar a prática de inúmeros desvios pelas autoridades públicas:

A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual. [...] Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade. (LIMA, 2016, p. 47-48)

No mesmo sentido, critica Eugênio Pacelli:

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal. (PACELLI, 2017, p. 176)

Para Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 48), a dicotomia entre verdade formal e material não mais prevalece, pois o processo deve ser um meio efetivo de realização da justiça, razão pela qual tem sido admitido no processo civil a determinação, de ofício, da produção de provas necessárias ao esclarecimento da verdade. Na seara do processo penal, por sua vez, a verdade real é ideal, mas inatingível. Assim, de acordo com o autor, tem prevalecido na doutrina moderna o entendimento de que o princípio que rege o direito processual penal é o da busca da verdade, justificando sua alegação com base no que dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal, o qual permite a produção de provas pelo juiz *ex officio*, resquício do sistema inquisitorial.

Já autores como Eugênio Pacelli (2017, p. 176) e Gustavo Badaró (2015, p. 378) falam em uma “verdade processual”, o que parece mais acertado, uma vez que é ela obtida no curso do processo e possui natureza jurídica. Leciona Badaró:

A verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos. Justiça e verdade são, portanto, noções

complementares ao exercício do poder. Se assim não fosse, seria melhor que o processo fosse decidido pela sorte, jogando-se dados. (BADARÓ, 2015, p. 378)

De todo modo, é ultrapassada a tese de que o que se busca no processo penal é a verdade real dos fatos. Principalmente por sua relação com o sistema inquisitorial, vez que justificou na ilusória busca pela verdade a prática de diversos abusos, como a utilização da tortura na obtenção de confissões durante a Idade Média:

Não existe mais a outrora tão propalada “verdade real”, muito menos o atingimento de tal verdade é o fim último do processo penal. Foi a crença em um modelo científico que permitiria, em qualquer caso, obter a verdade absoluta sobre os fatos, de um lado, e a importância política de um modelo de concentração de poder que desse ao julgador meios ilimitados para procurar tal verdade - mas, se sabia, sempre a “alcançaria” – que justificaram o modelo inquisitório. (BADARÓ, 2015, p. 378)

Por tais razões, existem limites impostos na busca da verdade pela Constituição Federal, como a vedação de provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI), bem como no Código de Processo Penal, como por exemplo na necessidade de, no rito do Tribunal do Júri, serem juntados aos autos documentos com antecedência mínima de três dias da sessão plenária (artigo 479).

3.2.4 Ônus da Prova

O termo “ônus” possui o sentido de “encargo”. Não possui caráter mandamental e o seu descumprimento não ocasiona a aplicação de sanções, uma vez que o seu cumprimento representa interesse apenas da parte que lhe é incumbida. Ou seja, ainda que não configure qualquer ilícito, a parte que possui o ônus e escolhe não o exercer deverá suportar as consequências da omissão. Tem-se como exemplo a interposição de recursos no curso do processo, vez que um de seus requisitos é a voluntariedade. Nesta senda, ônus da prova “é o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito” (LIMA, 2016, p. 808-809).

De acordo com o artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Sobre o assunto, há divergência doutrinária. A corrente majoritária, defendida por autores como Guilherme de Souza Nucci e Eugênio Pacelli, entende existir uma distribuição do ônus probatório no processo penal entre a acusação e a defesa. A minoritária, por sua vez, alega que o encargo

de provar é totalmente atribuído à acusação, tese esta defendida por doutrinadores como Renato Brasileiro de Lima e Gustavo Badaró.

Segundo entendimento majoritário, em regra, o ônus da prova recai sobre a acusação. Dessa forma, cabe a ela a produção de provas quanto à materialidade, à autoria (ou participação), ao nexo causal e ao elemento subjetivo do acusado – dolo ou culpa. A defesa possui a incumbência de oferecer elementos probatórios relativo a questões relativas às excludentes de ilicitude ou culpabilidade e às causas de extinção da punibilidade.

É importante ressaltar que, à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, a autoincriminação do acusado não é exigível no processo penal, não sendo ele obrigado a produzir prova contra si mesmo. Ainda, observa-se que, quanto às provas produzidas pela acusação, deve o magistrado proferir sentença condenatória apenas em caso de um juízo de convicção certo. Por outro lado, é suficiente para uma decisão absolutória que os elementos probatórios juntados pela defesa causem no juiz, ao menos, fundadas dúvidas, tendo em vista o que dispõe o artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

A posição doutrinária minoritária flui no sentido de que, à luz do *in dubio pro reo*, o ônus probatório deve recair inteiramente sobre a acusação, vez que “o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, pelo menos nos casos de ação penal condenatória” (LIMA, 2016, p. 814). Dessa forma, caberia à acusação constituir prova sobre os três elementos do crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Contudo, Renato Brasileiro (2016, p. 814) faz a ressalva de que a acusação nem sempre deverá comprovar a inoccorrência de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, sendo a prova em relação a elas desnecessárias caso não tenham sido alegadas quaisquer excludentes pela defesa ou surgido dúvida fundada sobre sua ocorrência.

Porém, independente do entendimento doutrinário adotado, vem sendo cada vez mais comum na jurisprudência a admissão de casos de inversão do ônus da prova, cabendo ao acusado fazer prova de sua inocência. Como exemplo, têm-se os crimes de receptação e de furto nos casos em que os objetos do crime são encontrados em sua posse, cabendo a ele, no primeiro caso, provar o desconhecimento da origem ilícita do bem e, no último, demonstrar a inexistência da prática delitiva, conforme julgamentos prolatados no Acórdão n. 1330212 do TJDF e no Processo 1.0016.13.000650-1/001 do TJMG, respectivamente.

4 INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

4.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O Código de Processo Penal atualmente em vigência foi promulgado por meio do Decreto-Lei n. 3.689 de 30/10/1941, o qual entrou em vigor na data de primeiro de janeiro do ano subsequente. A Codificação foi baseada no *Codice Rocco* italiano de 1930, época na qual a Itália vivia um regime fascista sob o comando de Benito Mussolini, o que colaborou para a construção de um Código com bases extremamente autoritárias. Segundo é extraído da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro, este foi elaborado com a finalidade de conferir maior ação repressiva do Estado contra os delinquentes:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. (BRASIL, 1941)

Como ensina Miranda Coutinho (2009, p. 110), por trás dos Códigos italiano e brasileiro estava o Código Napoleônico de 1808, cujo um dos escritores foi Jean-Jacques-Regis de Cambacérès, de quem surgiu a ideia de combinar a investigação preliminar trazida na *Ordennance Criminelle* de 1760, de Luís XIV, de caráter inquisitorial, com uma fase processual, nos moldes do direito inglês. De acordo com o autor

Salvava-se, retoricamente, pela fase processual, a democracia dos julgamentos, dando-lhes uma aparência acusatória e, assim, um espetáculo com partes, acusação e defesa, debates orais e, de certa forma, tão só a intervenção do juiz para o controle da sessão. Tudo era, contudo, só retórica de um chamado processo misto. No fundo, toda a prova produzida na primeira fase da persecução, em regra por um juiz instrutor, na investigação

preliminar puramente inquisitorial, era usada na fase processual. (COUTINHO, 2009, p. 110)

A título de exemplificação do autoritarismo insculpido no Código de Processo Penal, de acordo com a redação original do artigo 596, nem mesmo a sentença absolutória recorrida seria capaz de ensejar a imediata soltura do réu preso caso o crime fosse punível com pena de reclusão por tempo igual ou superior a 8 anos. De igual modo, pelos ditames da redação anterior do artigo 312 a prisão preventiva era decretada automática e obrigatoriamente nos crimes cometidos cuja pena de reclusão era igual ou superior a 10 anos.

Segundo a Exposição de Motivos (BRASIL, 1941), a aplicação do *in dubio pro reo* deveria ser restringida, e a decretação de prisão preventiva, em certos casos, deixar de ser uma faculdade, tornando-se um dever imposto aos magistrados, sendo ela vista como uma “medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal”. Assim, nota-se que o princípio norteador do processo penal, até então, era o da presunção de culpabilidade, sendo o acusado tratado como potencial culpado.

Embora de cunho originalmente autoritário, com o advento da Constituição Federal de 1988 o Código de Processo Penal teve de passar por inúmeras reformas para se adequar ao texto constitucional, uma vez que, de acordo com a pirâmide elaborada pelo jurista austríaco Hans Kelsen, as constituições encontram-se em seu topo, sendo normas fundantes, conferindo validade a todas as normas jurídicas inferiores, normas fundadas.

A Constituição de 1988 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro uma gama de direitos e garantias individuais, consolidando, dentre outros, o princípio da presunção de inocência. Ainda, influenciou a reformulação do processo penal, transformando-o em um instrumento da garantia do indivíduo frente ao poder estatal.

Embora tenha sofrido diversas mudanças legislativas, a mais recente delas em 2019, o Código de Processo Penal ainda possui resquícios inquisitivos, em descompasso com o que prevê a Constituição Federal, os quais culminam para reforçar a figura do “juiz-inquisidor”. O artigo 156 do CPP permite a participação do juiz na produção de provas, tanto na fase pré-processual quanto no curso da ação penal; o artigo 184 permite a negativa do magistrado quanto à produção de perícia requerida pelas partes, exceto exame de corpo delicto, caso não seja ela necessária ao esclarecimento da verdade; o artigo 196 concede ao juiz a possibilidade de fazer novo interrogatório do acusado, a qualquer tempo, de ofício; ainda, o artigo 385

viabiliza ao magistrado que este condene o réu ainda que o Ministério Público tenha pugnado pela absolvição, bem como possibilita o reconhecimento de agravantes não alegadas.

Em relação à iniciativa probatória, como ensina Gustavo Henrique Badaró (2015, p. 89), historicamente, nos processos acusatórios romano e inglês à atividade era de incumbência exclusiva das partes, não cabendo ao juiz, o qual deveria permanecer inerte. Atualmente, em boa parte dos sistemas processuais penais, os magistrados passaram a ter influência direta na produção de provas, podendo até mesmo determinado a sua produção de ofício, como ocorre no direito brasileiro.

Originalmente, dispunha o artigo 156 do Código de Processo Penal: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Justifica a Exposição de Motivos:

[...] o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*. (BRASIL, 1941)

Em 2008, por meio da Lei n. 11.690, o referido artigo sofreu uma alteração, transformando a segunda parte do dispositivo legal em seu inciso II, e inserindo no texto o inciso I, o qual possibilita ao juiz, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.

4.2 GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ COMO CRITÉRIO DEFINIDOR DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL

Parte da doutrina brasileira acredita que basta a separação das funções de acusar, defender e julgar para a configuração do sistema acusatório. Contudo, como ensina Aury Lopes Júnior (2016, p. 43), “é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa [...]”. De igual modo, afirma Sylvio Lourenço da Silveira Filho:

o critério da (in)existência da inicial separação entre as atividades de acusar e julgar é contestado pelas lições de Franco CORDERO (1986): essa comum afirmação doutrinária sucumbe diante da análise da *Ordonnance Criminelle* de 26 de agosto de 1670, do Rei Luis XIV da França, que instaurou um processo de partes, porém manteve a estrutura inquisitorial típica do processo penal canônico do medievo, inclusive com emprego da tortura [...] Nesta toada, afirma NOBILI (1989) que um dos monumentos do sistema inquisitório na Europa Continental, a *Ordonnance Criminelle* de 1670 de Luís XIV, de fato previa a figura do Ministério Público e, “embora aquela que cremos ser característica principal do [sistema] inquisitório – qual seja, a identificação entre órgão da ação (acusação) e órgão da decisão – nem sempre é uma marca indefectível daquele modelo” (SILVEIRA FILHO, 2011, p. 6-7)

Assim, nota-se que a mera separação de funções dentro do processo não é suficiente para a caracterização do sistema processual. Além da existência ou não do *actum trium personarum*, é feita distinção entre os sistemas acusatório e inquisitório de acordo com a atuação juiz na colheita de provas. Se houver participação do juiz, resta configurado o inquisitivo. De modo contrário, se o magistrado configurar mero árbitro, está caracterizado o acusatório. Aury, citando Jacinto Coutinho (2006), ensina:

[...] se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição do crime, enquanto fato histórico, através da instrução probatória, é a gestão da prova o princípio unificador que irá identificar se o sistema é inquisitório ou acusatório. Se a gestão da prova está nas mãos do juiz, como ocorre no nosso sistema, à luz do art. 156 (entre outros), estamos diante de um sistema inquisitório (juiz-ator). Contudo, quando a gestão da prova está confiada às partes, está presente o núcleo fundante de um sistema acusatório (juiz-espectador). (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 81)

No sistema inquisitivo o juiz exerce juízo de valor sobre o arcabouço probatório, vez que escolhe qual prova deseja produzir, em prejuízo à parte adversa, atitude esta justificada pela ilusória busca à verdade real:

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. [...] Neste sentido, “a característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo de análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e mais amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os fatos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação -, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases. (MIRANDA COUTINHO, 1998, p. 166).

Ao contrário, no sistema acusatório uma de suas finalidades é a de assegurar o distanciamento entre as partes e o juiz, de forma a garantir o exercício do contraditório e da imparcialidade do julgador, a qual poderá ser maculada com a produção de provas pelo juiz *ex officio*. No processo penal brasileiro, o magistrado

julga de acordo com o seu livre convencimento motivado, baseando-se, ao prolatar a sentença, nas provas juntadas aos autos que tenham sido submetidas ao crivo do contraditório:

Já no sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judge made law*). Aliás, “o processo penal inglês, assim, dentro do *common law*, nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. (MIRANDA COUTINHO, 1998, p. 166).

Assim, percebe-se a estreita relação entre a iniciativa probatória nas mãos do juiz com a caracterização do sistema processual penal de uma nação. O sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988 (artigo 129, inciso I), e, agora, reafirmado pelo Código de Processo Penal, é incompatível com a produção de prova pelo julgador, resquício inquisitório presente na aludida codificação legal.

4.3 O INCISO I DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A inserção do inciso I no artigo 156 do Código de Processo Penal, por meio da já citada Lei 11.690/08, foi considerada por muitos operadores do direito como um verdadeiro retrocesso. A possibilidade de o juiz produzir provas de ofício foi estendida para a fase pré-processual. À luz do que preceitua a Constituição Federal e, ainda, do sistema acusatório, não deve o magistrado tutelar a investigação, visto que a jurisdição penal apenas tem início com o recebimento da peça acusatória.

Isso não significa dizer que o juiz não pode atuar durante tal fase, mas apenas que sua atividade deve ser provocada, como, por exemplo, na análise de representações de busca e apreensão ou prisão temporária formuladas pelo Delegado de Polícia, ou ainda requerimentos diversos entabulados pelo Ministério Público. A possibilidade de atuação de ofício na fase de investigação pode comprometer a imparcialidade do julgador, vez que há o seu envolvimento psicológico na causa, podendo configurar uma inclinação à prolação de decisão a ela favorável, em momento posterior:

Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente imparcial. Inocência. Juiz é um ser humano como outro qualquer dotado de emoção,

paixão, egoísmo, altruísmo, ódio, amor e, claro, “sentimento de justiça”. (RANGEL, 2019, p.805-806)

É evidente a instauração pela reforma legal do princípio inquisitivo, em dissonância com o texto constitucional. Em situação semelhante, a Lei n. 9.034/95 (revogada pela Lei n. 12.850/13), que dispunha sobre a repressão de ações praticadas por organizações criminosas, trazia em seu artigo 3º a previsão de que, em relação a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, na hipótese de violação do sigilo, a diligência deveria ser realizada pessoalmente pelo juiz, adotando-se rigoroso segredo de justiça. Assim, era reforçada a figura do “juiz-inquisidor”, que podia agir na produção de provas durante a fase de investigação em crimes que envolviam organizações criminosas, sem o auxílio direto das polícias judiciárias ou do Ministério Público. Por meio da ADI 1570, o Supremo Tribunal Federal julgou parte do referido artigo como inconstitucional, por violação da imparcialidade e do devido processo legal.

De igual modo, a declaração da inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal era defendida por muitos doutrinadores, dentre eles Renato Brasileiro de Lima, o qual alegava que

Em um sistema acusatório, cuja característica básica é a separação das funções de acusar, defender e julgar, não se pode permitir que o magistrado atue de ofício na fase de investigação. Essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, o juiz inquisidor, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, é absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas. A tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal deve recair sobre a Polícia Judiciária e sobre o Ministério Público, preservando-se, assim, a imparcialidade do magistrado. (LIMA, 2016, p. 819-820)

Embora não haja nenhum entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal nesse sentido, em 2009 foi proposto o Projeto de Lei n. 156, de autoria do então senador José Sarney. O Projeto buscava instituir no país um novo Código de Processo Penal, com a consolidação do modelo acusatório como o sistema processual penal base do ordenamento jurídico brasileiro (artigo 4º do PL), com a adoção em menor escala de elementos inquisitivos, como por exemplo na fase preliminar de investigação. Participaram da elaboração da versão original do projeto nomes como Hamilton Carvalhido, Eugênio Pacelli de Oliveira e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

O Projeto foi comemorado por muitos autores, por ser ele visto como um instrumento para a melhoria da democracia processual e de aproximação com os preceitos constitucionais, principalmente devido à adoção do sistema acusatório:

Neste caso, a opção pela base do Sistema Acusatório é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição. Desde este ponto de vista, o princípio republicano, o princípio da isonomia, o princípio do devido processo legal e o princípio da fundamentação de todas as decisões (dentre outros) formam um quadro onde não há espaço para o predomínio da base do Sistema Inquisitório. Eis por que a opção da supracitada Comissão foi, com precisão, pelo Sistema Acusatório. (MIRANDA COUTINHO, 2009, p. 113)

Do aludido Projeto veio também a ideia de se instituir no Brasil a figura do Juiz das Garantias, responsável pela salvaguarda dos direitos individuais na fase preliminar e por controlar a legalidade da investigação criminal. Assim, de acordo com a redação original do texto, estaria o Juiz das Garantias afastado da produção de provas, atuando no procedimento apenas até o oferecimento da peça acusatória, sendo, inclusive, a ele vedado o funcionamento no processo caso tenha sido praticado quaisquer atos durante a fase investigatória (artigo 16).

Conforme se observa da Exposição de Motivos da PL 156/09, a intenção originária era a de, ao afastar o juiz da atividade probatória durante a fase de investigação, garantir a efetivação da sua imparcialidade, ao postular o distanciamento do julgador da pretensão de qualquer das partes:

(...) a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento sobre seus contornos mínimos, e, mais do que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. A vedação da atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das atividades jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer uma das partes. (BRASIL, 2009)

O Projeto de Lei foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal em dezembro de 2010, sendo remetida comunicação à Câmara dos Deputados, passando, então, a tramitar sob o número 8.045/10, o qual se encontra em curso até a presente data. Parte do texto elaborado pela Comissão do Projeto foi incorporado à Lei n. 13.964/19, a qual entrou em vigor em janeiro do ano de 2020.

O “Pacote Anticrime” promoveu diversas alterações nas esferas penal e processual penal. Uma das mudanças, além da consagração do Juízo das Garantias, foi a inserção do artigo 3º-A no Código de Processo Penal, o qual dispõe: “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”. O dispositivo não estava presente no projeto original da lei, elaborado pelo ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro, tampouco no PL n. 10.372/18, formulado por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes com a finalidade de endurecer a repressão ao crime organizado, sendo inserido apenas no âmbito do Senado Federal.

Embora a Lei n. 13.964/19 não tenha revogado expressamente o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, este se mostra incompatível com o disposto no artigo 3º-A, vez que este veda a iniciativa do juiz na fase investigatória. Nesta senda, o artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB), lei esta que disciplina de forma geral a aplicação das normas jurídicas pátrias, afirma que há a revogação de lei anterior por lei posterior, dentre outras hipóteses, quando houver incompatibilidade entre elas. Assim, verifica-se que houve a revogação tácita do referido inciso, não sendo mais cabível a produção de provas *ex officio* pelo juiz durante a investigação criminal.

4.4 INCISO II DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Dispõe o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal que é facultado ao juiz, de ofício, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Ao contrário do inciso anteriormente tratado, o texto legal previsto no inciso II possui maior divergência doutrinária, no sentido de ser ele compatível ou não com o sistema acusatório.

Alguns doutrinadores defendem a iniciativa probatória do juiz, no curso do processo penal, desde que não seja ela substitutiva à atuação da acusação. Tal afirmação foi corroborada pela inserção do artigo 3º-A no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/19, o qual veda em sua segunda parte a iniciativa do juiz em “substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Por outro lado, diversos estudiosos do direito entendem que a produção de provas de ofício pelo juiz rompe a

sua imparcialidade, tonando, assim, a sua atuação incompatível com o modelo acusatório.

Eugênio Pacelli (2017, p. 178-179) tece a distinção entre iniciativa probatória e iniciativa acusatória do juiz penal. Segundo ele, a iniciativa acusatória está presente quando o juiz atua na produção de provas com a iniciativa típica da acusação, substituindo ou sendo supletiva à atuação do Ministério Público, o que acaba por “desigualar as forças produtoras da prova no processo”. Por outro lado, a iniciativa probatória ocorre quando, nos termos do artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, o juiz busca unicamente resolver dúvida sobre ponto relevante, a qual deve recair sobre a qualidade ou a idoneidade da prova já produzida pelas partes, e não buscando suprir a sua ausência.

Outrossim, Gustavo Badaró (2015, p. 90) entende que poderes instrutórios nas mãos do juiz não ferem a sua imparcialidade, desde que sejam impostas limitações ao exercício de tais poderes. Alega o autor que “a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um “buscador” de fontes de provas”, o que não ocorre quando o juiz, ao ser noticiado de uma fonte de prova, apenas determina a produção da prova a ela correspondente. De acordo com o doutrinador:

Em suma, o sistema acusatório, quanto à atividade probatória, deve reconhecer o direito à prova da acusação e da defesa, podendo ainda o juiz ter poderes para, em caráter subsidiário ou suplementar, determinar *ex officio* a produção de provas que se mostrem necessárias para o acerto do fato imputado (BADARÓ, 2015, p. 90)

Em pensamento semelhante ao dos aludidos doutrinadores processuais penais, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 820-821) defende que a atuação do juiz em relação à produção de provas deve ocorrer de modo “supletivo, subsidiário, complementar, nunca desencadeante da colheita da prova”. Ou seja, não pode o magistrado agir em substituição das partes. De acordo com o doutrinador, em sua iniciativa probatória deve o juiz atuar com imparcialidade, possibilitando às partes a produção de contraprova quanto às provas obtidas por ele de ofício. Da leitura das obras de alguns dos autores que legitimam a atuação do juiz na obtenção de provas, dentro dos limites já expostos, infere-se, para a sustentação da tese, a existência de dois argumentos principais: a busca pela verdade e a possibilidade de a prova produzida pelo juiz de ofício beneficiar a quaisquer das partes, seja a defesa ou a acusação. A título de exemplificação, colaciona-se o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. [...] Esquecem-se os adversários da verdade real que o magistrado também busca a prova em prol do acusado. Não são poucas as vezes em que praticamente supre a deficiência da defesa, valendo-se de provas importantes, por ele mesmo coletadas, a fim de absolver o acusado. Os adversários da busca da verdade real esquecem-se de que estão militando no Brasil, onde ainda há enorme carência de bons operadores do direito, especialmente defensores para a população pobre e desamparada. Suas teses não são minimamente práticas, mas somente teóricas, doa a quem doer. (NUCCI, 2016, p. 237-238)

Ocorre que a “busca pela verdade real” é ultrapassada e, como já visto, foi utilizada como pretexto para o cometimento de diversas atrocidades ao longo do tempo. Além disso, ela faz surgir a figura do “juiz justiceiro”, responsável pela “promoção da paz social”, ao condenar o maior número de criminosos possível. Dizia o ilustríssimo jurista italiano Francesco Carnelutti que o juiz deveria ser mais do que um simples homem, devendo aproximar-se de Deus (CARNELUTTI, 2001, p. 34). Contudo, nota-se que o papel de um juiz criminal não é o de realizar a concretização dos anseios populares, mas sim o de assegurar a democracia processual, por meio de instrumentos como a imparcialidade e o contraditório. Segundo Fábio Passos Presoti e José de Assis Santiago Neto (2013, p. 303), “[...] no Estado Democrático de Direito, o juiz justiceiro, que se coloca como protagonista do processo, não tem lugar. Atualmente, o julgador deve pautar-se pela abertura para a participação, colocando-se em igualdade com os demais sujeitos do processo”.

Ademais, o argumento de que a iniciativa probatória do juiz pode beneficiar ambas as partes se mostra igualmente falacioso. Pois, ora, se o arcabouço probatório produzido pela acusação é dúbio em algum aspecto, à luz do princípio *favor rei*, a dúvida deve influir em benefício do acusado. O que o magistrado busca, ao determinar de ofício a realização de diligências no curso do processo penal, é trazer para os autos prova de algo por ele já premeditado, com vistas a ensejar uma posterior condenação. Nas palavras de Paulo Rangel:

A crença de que o juiz é um ser preocupado com os direitos do réu e, por isso, estaria praticando atos de ofício é falsa. Quando o juiz pratica atos de ofício em busca da prova, é para condenar, até porque qualquer neófito sabe que se não há provas ou se há dúvida, o juiz tem que decidir em favor do réu. Todavia, em nome de um princípio (impulso oficial), o juiz sai em busca daquilo que irá justificar o que ele já decidiu: a condenação. (RANGEL, 2019, p. 806)

Para ilustrar o alegado, em 2012 foi realizado um trabalho de pesquisa pela pesquisadora da Universidade de Brasília Regina Lucia Teixeira Mendes, no qual foram entrevistados ao todo 23 magistrados, de diferentes áreas do Direito. Em relação à iniciativa probatória no processo penal, os juízes, na maioria das vezes, justificavam-na com base na busca pela verdade real, utilizando-se do poder conferido a eles pelo artigo 156 do Código de Processo Penal como instrumento para aplicação de uma sentença justa. Ocorre que, de acordo com o entendimento de boa parte deles, “sentença justa” seria aquela na qual se conseguiria a condenação do acusado, conforme nota-se dos trechos da pesquisa abaixo colacionados, com a transcrição da oitiva de dois juízes distintos, identificados como “J4” e “J10”:

Há juízes que interpretam literalmente isso aqui, considerando como livre apreciação da prova somente o que o Ministério Público oferece e o que a defesa oferece. Mas isso, em matéria penal, processual penal, se você se limitar ao texto da lei, é perigoso. Porque você corre o risco de não fazer justiça e às vezes cometer uma injustiça. O cometimento de uma injustiça pode ser, por exemplo, a não condenação de um cidadão quando ele merece a condenação, se você aprofundar na apreciação da prova. Na busca, a apreciação da prova, nesse caso, na busca do que costumam chamar de verdade real. Eu acho que por esse dispositivo, 157, você não tem limites na busca dessa verdade real. Tanto que ele te remete a outros dispositivos. (J4) (MENDES, 2012, p. 465)

Ah, claro! A mentira é importante. Quem está mentindo pra mim tem uma grande chance de eu considerar contrário do que ele está dizendo, porque aqui a gente busca a verdade e a pessoa está mentindo sobre a verdade, está indo contra aquilo que eu busco, que é descobrir a verdade para poder dar a sentença, a meu ver, correta. A verdade é o caminho para a justiça. Tenho que tentar ao máximo descobrir a verdade pra dar uma sentença correta e justa. Eu acho que a sentença justa é, aqui na área criminal, a que dá uma resposta punitiva ao acusado, efetivamente dentro daquilo que ele cometeu (J10) (MENDES, 2012, p. 476)

Nesse mesmo diapasão, observa-se que, na maior parte dos julgados que se referem ao uso do inciso II do artigo 156, foi ele utilizado para a produção de provas contra o réu.

Assim, a iniciativa probatória do juiz, muitas das vezes utilizada em prejuízo dos acusados, não pode ser arguida com a justificativa de que pode ela ser empregada como suprimento da deficiência da atuação do defensor. O que se deve fazer, de fato, é propiciar aos acusados criminalmente uma defesa de qualidade, seja pela expansão do atendimento territorial, com o conseqüente aumento no número de profissionais, da Defensoria Pública, seja por meio de uma maior fiscalização por parte da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por outro lado, há também a incompatibilidade da produção de provas pelo juiz com os princípios da paridade de armas e da imparcialidade. Quanto ao primeiro, pois a iniciativa probatória nas mãos do magistrado faz surgir a necessidade de o acusado se desvencilhar tanto das incursões realizadas pela acusação, quanto das feitas pelo juiz, “de modo que a simétrica paridade exigida no procedimento torna-se inalcançável” (FARIA, 2009, p. 127). De igual modo, há a violação da imparcialidade, pois, segundo Aury Lopes Júnior (2019, p. 180), somente num processo penal acusatório, com o afastamento do juiz da iniciativa e da gestão da prova, é assegurada a existência de um magistrado imparcial.

Assim, não basta a separação inicial das funções de acusar, defender e julgar se, ao longo do processo penal, o juiz toma para si algumas das incumbências das partes, adotando um papel inquisitivo. Deve-se manter a estrutura do sistema acusatório ao longo do curso de toda a ação penal, com o distanciamento do magistrado da produção de provas, a qual deve ficar a cargo exclusivamente das partes. Pois, mostra-se incompatível a ideia de que o juiz pode participar da produção de uma prova e, ainda assim, ser totalmente imparcial a ela. Ensina Aury que “pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 44).

Ademais, de acordo com Paulo Rangel (2019, p. 808), “poder instrutório é um disfarce do sistema inquisitivo dentro do acusatório”. Dessa forma, faz-se necessário elaborar uma filtragem do Código de Processo Penal, tendo em vista o princípio acusatório, de forma a retirar do ordenamento jurídico os resquícios inquisitórios até então existentes e com ele incompatíveis. Como forma de assegurar os princípios estabelecidos constitucionalmente, como o contraditório e a imparcialidade do juízo, em busca de uma (cada vez maior) democratização do processo penal, deve-se retirar de vez a iniciativa probatória dos juízes, em plena consonância com o que dispõe o sistema acusatório.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho, firmou-se o conceito de diversos princípios processuais penais, como o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juízo. Conforme mencionado, o entendimento de tais conceitos é de extrema importância, pois são eles basilares de todo o processo penal, e visam a sua correta (e constitucional) aplicação. Foram também analisados os sistemas processuais existentes, o inquisitivo, o acusatório e o misto. Assim, foi alcançado o primeiro objetivo do trabalho: o reconhecimento de que o sistema processual acusatório, com a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, uma vez que esta conferiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal, bem como foi corroborado pelo Código de Processo Penal, por meio da inserção do artigo 3º-A através da Lei n. 13.964/19 (“Pacote Anticrime”), o qual adotou, de maneira expressa, o referido modelo.

Ademais, com a finalidade de compreender o funcionamento do processo penal como um todo, bem como visualizar a sua adequação com o sistema acusatório, foram estudadas as funções de cada uma das partes dentro do processo, bem como o papel dos juízes, e foi feita a análise de aspectos relativos à produção de provas, como o ônus probatório e a finalidade da prova. Nesse âmbito, discutiu-se acerca da “busca pela verdade real”, princípio considerado por muitos doutrinadores como norteador da aplicação do processo penal, a qual se mostrou ultrapassada e inatingível, pois: era ela utilizada como justificativa para o cometimento de atos ilegais, como a prática de tortura na obtenção de confissões, vez que, durante a Idade Média, a verdade deveria ser obtida a qualquer custo; o alcance da verdade dos fatos é impossível, vez que situada no passado, sendo possível apenas, em maior ou menor grau, uma aproximação com a situação fática.

Quanto ao objetivo principal, o de analisar a iniciativa probatória conferida aos magistrados pelo artigo 156 do Código de Processo Penal e contrapô-la com o sistema acusatório, observou-se a sua incompatibilidade com tal modelo e, portanto, com a Constituição Federal de 1988. O inciso I do referido artigo traz a possibilidade de atuação probatória do juiz, de ofício, antes mesmo de iniciada a ação penal, em evidente violação ao sistema acusatório, vez que a produção de determinada prova durante a investigação pode configurar o envolvimento psicológico do magistrado com a causa e, assim, macular a sua imparcialidade. Contudo, o aludido inciso foi revogado

tacitamente pelo artigo 3º-A do CPP, pois é com ele incompatível. Assim, entende-se não mais ser possível a iniciativa probatória dos juízes durante a fase investigatória.

Outrossim, feita a análise do inciso II do artigo 156, o qual possibilita a atuação do magistrado de ofício, durante o curso do processo penal, para realização de diligências aptas a dirimir eventuais dúvidas, concluiu-se que dois são os principais argumentos utilizados por doutrinadores que defendem a iniciativa probatória do juiz durante a ação penal: a busca pela verdade real e o condão de a prova produzida beneficiar quaisquer das partes. Ocorre que, conforme demonstrado, a busca pela verdade real não corresponde com a realidade do processo penal brasileiro. E, quanto ao segundo argumento, visualizou-se que, na maior parte das vezes, o poder conferido ao magistrado pelo inciso II é utilizado em prejuízo dos réus, vez que o juiz, ao determinar diligências, o faz com o objetivo de buscar provas favoráveis à acusação, de forma a possibilitar uma condenação. Pois, se há dúvida em relação a determinada prova juntada pela acusação, a dúvida deve sempre beneficiar o acusado, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*.

Ainda, a iniciativa probatória do juiz fere o princípio da imparcialidade do juízo, vez que é impossível a quem produziu a prova ser em relação a ela imparcial. Para a concretização do sistema acusatório, não basta a separação inicial das funções dentro do processo penal, é preciso mantê-la em todo o curso da ação. Assim, ao conferir ao juiz a possibilidade de este participar da produção de provas, é dada a ele uma função que deve ser exclusiva das partes. Por tais razões, é a iniciativa probatória dos magistrados incompatível com o sistema acusatório, devendo ser retirada do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Suhrkamp Verlag, 1986.

APAMAGIS. **História da Magistratura**. Disponível em: <<https://apamagis.com.br/institucional/o-que-e-ser-um-magistrado/historia-da-magistratura/>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, de 8 de setembro de 1941.

BRASIL. **Exposição de Motivos do PSL n. 156**, de 1º de maio de 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CAVALCANTE, Elton Emanuel Brito. **Reflexões sobre o futuro da magistratura**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65385/reflexoes-sobre-o-futuro-da-magistratura>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

CHIAPETA, Ana Paula Pessoa Brandão; PAULA, José Geraldo Gonçalves de. **A gestão da prova pelo juiz no sistema penal acusatório**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67709/a-gestao-da-prova-pelo-juiz-no-sistema-penal-acusatorio>>. Acesso em: 03 out. 2019.

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

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, jul/set., 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; CANI, Luiz Eduardo; BALTAZAR, Shalom Moreira. **Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei "anticrime"**: mirando a Constituição. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA. **Instituições democráticas em Atenas**. Disponível em: http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protogoras2/links/inst_dem.htm>. Acesso em: 12 fev. 2021.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal**: uma análise a partir do modelo constitucional de processo. 209. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

FISCHER, Douglas. **O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e a PL 156**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal.

GENTIL, Milena Morelli; NASSER, Stephanny Arouca. **Resquícios do período inquisitório no Código de Processo Penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86903/resquicios-do-periodo-inquisitorio-no-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria General del Proceso**. Buenos Aires: Editorial Labor, 1936.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. O Sistema processual brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

LIMA, Ana Maria Bourguignon de. **A formação histórica do Ministério Público**: origens do Ministério Público na França, em Portugal e no Brasil. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Maranhão: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, abril, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Limite Penal**: Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 30 out. 2019.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: o processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 5, n. 3, p. 447-482, jul-ago-set., 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Histórico do Ministério Público no Brasil**. Disponível

em:<<http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20%C3%A9%20fruto,estado%20brasileiro%20e%20da%20democracia.&text=S%C3%B3%20no%20Imp%C3%A9rio%2C%20em%201832,das%20a%C3%A7%C3%B5es%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico>>.

Acesso em: 12 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Filipe Maia Broeto. **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/67126/a-gestao-da-prova-pelo-juiz-como-criterio->

identificador-do-sistema-processual-penal-vigente-no-direto-brasileiro>. Acesso em: 04 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“**Pacto de San José de Costa Rica**”), 1969.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2052>. Acesso em: 3 nov. 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRESOTI, Fábio Passos; SANTIAGO NETO, José de Assis. O processo penal constitucional e o devido processo legal como garantia democrática. *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 14, n. 2, p. 291-320, jul-dez, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RODRIGUES, Martina Pimentel. **Os sistemas processuais penais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26262/os-sistemas-processuais-penais#:~:text=O%20sistema%20processual%20penal%20acusat%C3%B3rio%20tem%20origem%20no%20segundo%20per%C3%ADodo,de%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20de%20determinados%20crimes>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

SAIBRO, Henrique. **A origem do processo penal**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/265044330/a-origem-do-processo-penal>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

SILVA, Evander de Oliveira Silva. **Desenvolvimento histórico do processo penal no Brasil e no mundo**. Disponível em: <<https://evanderoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/152036148/desenvolvimento-historico-do-processo-penal-no-brasil-e-no-mundo>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SILVA, Jadel. **Imparcialidade, neutralidade ou ativismo**: qual o papel do juiz no processo penal? 2017. Disponível em: <<http://esdp.net.br/imparcialidade-neutralidade-ou-ativismo-qual-o-papel-do-juiz-no-processo-penal/>>. Acesso em: 05 out. 2019.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **O processo penal como procedimento em contraditório**: (re)discussão do locus dos sujeitos processuais penais. 2011. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.