

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

BERNARDO MANIÇOBA COELHO

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO MAGISTRADO
NA FASE PROCESSUAL**

Recife
2017

BERNARDO MANIÇOBA COELHO

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO MAGISTRADO
NA FASE PROCESSUAL**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção de
título de bacharel em Direito.
Orientador: Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Recife
2017

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Coelho, Bernardo Maniçoba.

C672c A (IN) constitucionalidade da atuação de ofício do magistrado na fase processual / Bernardo Maniçoba Coelho. - Recife, 2017. 52 f.

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.
Inclui bibliografia

1. Direito (Processo Penal). 2. Atuação de ofício. 3. Gestão de prova. 4. Imparcialidade do julgador. I. Cardozo, Teodomiro Noronha. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

343.1 CDU (22. ed.)

FADIC (2017-009)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

Bernardo Maniçoba Coelho

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO MAGISTRADO NA
FASE PROCESSUAL

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a):

Examinador(a)

RESUMO

A presente pesquisa visou o estudo sobre a constitucionalidade da atuação de ofício feita pelo magistrado na fase processual e se essa referida atuação vai de encontro com os direitos fundamentais do acusado presentes em um estado democrático de direito, tendo como hipótese preliminar a fundamentação de que o único sistema processual penal que garante os direitos do acusado é o sistema acusatório, pois, é o único sistema que mantém o magistrado como um ser imparcial no processo. O método utilizado foi o hipotético dedutivo, onde foi confrontado posições contra e a favor da atuação de ofício feita pelo magistrado. Na primeira parte foi explanado os sistemas processuais, e abordou sobre qual desses é utilizado no ordenamento jurídico pátrio. Em segundo plano foi analisada a gestão da prova no sistema acusatório e também no código de processo penal e na ultima parte foi visto os direitos do acusado, passando pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Ressalta-se a importância do presente trabalho tendo em vista que se encontra em jogo os direitos do acusado no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Atuação de ofício, Gestão de prova, Imparcialidade do julgador.

ABSTRACT

The present research aimed at the study on the constitutionality of the ex officio action performed by the magistrate in the procedural phase and whether this action is in conflict with the fundamental rights of the accused present in a democratic state of law, having as a preliminary hypothesis the The only criminal procedural system that guarantees the rights of the accused is the accusatory system, since it is the only system that keeps the magistrate as an impartial being in the process. The method used was the hypothetical deductive, where it was confronted positions against and in favor of the ex officio action done by the magistrate. In the first part was explained the procedural system, and discussed on which of these is used in the legal order of the country. In the background, the management of evidence was analyzed in the accusatory system and also in the code of criminal procedure, and in the last part the rights of the accused were examined, through the constitutional principles of ample defense and contradictory. It is important to note the importance of this work in view of the fact that the rights of the accused in the Brazilian legal system are at stake.

Keys-words: Legal practice, Management of evidence, Impartiality of the judge.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	3
1.1	Problematização.....	3
1.2	Pergunta preliminar	3
1.3	Resposta preliminar	3
1.4	Metodologia.....	4
1.5	Objetivo geral	4
1.6	Objetivos específicos.....	4
1.7	Justificativa.....	5
2	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	7
2.1	Sistema acusatório	7
2.2	Sistema inquisitório	10
2.3	Sistema misto e o sistema processual brasileiro.....	14
3	A GESTÃO DA PROVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO	18
3.1	Prova Policial e a Ratificação Judicial dos Elementos Informativos	21
3.2	A gestão da prova no código de processo penal.....	24
3.3	A produção de prova de ofício: as correntes doutrinárias a respeito do tema	28
3.4	Doutrina defensora da inconstitucionalidade	28
3.5	Doutrina defensora da constitucionalidade.....	32
4	AS GARANTIAS DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	35
4.1	O devido processo legal o contraditório e a ampla defesa	35
4.2	A Imparcialidade do Juiz.....	42
4.3	A Produção de Provas pelo Juiz Frente ao Princípio da Presunção de Inocência	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

1.1 Problematização

O sistema processual penal brasileiro permite situações em que o magistrado atue de ofício, ocorre que essas atuações acabam por ferir princípios norteadores do processo penal e também princípios constitucionais garantidos em um estado democrático de direito.

Como é possível se observar no caso em que o código permite que o magistrado atue mesmo antes de iniciada a ação penal para ordenar realização de provas, desde que sejam consideradas necessárias e urgentes.

Tendo isso em vista, é de fácil percepção a mitigação do princípio processual penal em que afirma que o juiz deve ser inerte e que apenas analisará as provas que lhe forem levadas e colhidas. Sendo esse apenas um caso dentre vários que são mitigados frente à atuação de ofício feita pelo magistrado.

É de grande importância ser feita uma análise detalhada com vista às atribuições garantidas ao julgador no código de processo penal e observar se estas se encontram em consonância com os direitos garantidos constitucionalmente ao acusado.

O presente estudo tem o objetivo de demonstrar a (in) constitucionalidade que foi atribuída ao juiz em atuar de ofício na fase processual, pois, a Constituição Federal de 1988 aponta os princípios e garantias do devido processo legal, devendo estes ser respeitados em sua integralidade.

1.2 Pergunta preliminar

Dessa forma, procura-se responder à seguinte indagação: o magistrado agindo de ofício estaria ferindo os direitos inerentes ao acusado no Estado Democrático de Direito?

1.3 Resposta preliminar

Com fundamentação à pesquisa no sentido de se responder ao problema proposto, fazendo a devida análise dos sistemas processuais penais existentes com o intuito de responder à pergunta, é notório de que o único sistema em que garante todos os direitos inerentes ao acusado em um Estado Democrático de Direito é o sistema acusatório. Pois, no referido sistema existe uma clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, o referido

sistema mantém o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação, e passivo no que se refere à coleta de prova, ou seja, é essencial manter o juiz imparcial, respeitando o contraditório e demais regras do devido processo penal para a ocorrência de julgamentos justos e com todas as garantias asseguradas no Estado Democrático de Direito, algo somente possível no sistema acusatório consagrado na Constituição Federal de 1988.

1.4 Metodologia

A metodologia de pesquisa utilizada é o método hipotético dedutivo, que consiste na construção de conjecturas, hipóteses que devem ser submetidas a testes, os mais diversos possíveis, à crítica intersubjetiva, ao controle mútuo pela discussão crítica, à publicidade sujeitando o assunto a novas críticas e ao confronto com os fatos, para verificar quais são as hipóteses que persistem como válidas resistindo às tentativas de falseamento, sem o que seriam refutadas. É um método de tentativas e eliminação de erros, que não leva à certeza, pois o conhecimento absolutamente certo e demonstrável não é alcançado.

1.5 Objetivo geral

Analisar a constitucionalidade na atuação de ofício do juiz não apenas na fase do inquérito policial, mas também na fase processual, em que código de processo penal atribui poderes para que em casos excepcionais o magistrado atue desta forma.

1.6 Objetivos específicos

Os objetivos presentes neste trabalho são: apresentar e comparar os sistemas acusatório, inquisitório, como também analisar a gestão da prova dentro do sistema acusatório e por fim analisar a garantia aos direitos do acusado no direito brasileiro.

Na primeira parte do estudo é feita uma análise dos sistemas existentes, podendo dar como exemplos o sistema inquisitório, acusatório e o misto, sendo feita uma explanação de cada um dos sistemas, apontando suas características e as diferenças entre eles existentes, logo após o seu detalhamento, será mostrado qual dos sistemas é utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, pois, a carta magna atribui às características de um sistema acusatório, garantido ao indivíduo ao devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, ao juiz natural e tantos outros princípios norteadores, sendo de extrema importância a imparcialidade

do julgador, pois, não existindo, diversos direitos consagrados na Carta Magna ao acusado acabariam por serem violados.

Para parte dos doutrinadores brasileiros o sistema que vigora no Brasil é o misto, dando como fundamento para este entendimento que não basta observar apenas como esta na constituição, pois, o direito ao contraditório e ampla defesa são características do sistema acusatório, contudo, o código de processo penal atribui poderes para que o juiz possa atuar de ofício em determinados momentos, trazendo assim o caráter inquisitório. Então, far-se-á uma análise para chegar ao entendimento de qual sistema é adotado e se este vai ao encontro com o que este previsto na Carta Magna.

Na segunda parte do trabalho, será feita uma análise da gestão da prova dentro do sistema acusatório, apresentado alguns dispositivos do código de processo penal que se referem à atuação do juiz, permitindo que ele tome medidas de ofício na fase processual, como ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes, condenar mesmo quando o ministério público tenha opinado pela absolvição, e se tecerá comentários aos referidos dispositivos, com o intuito de se fazer uma análise de sua constitucionalidade, pois, a constituição delimita a função das partes dentro de um processo, afirmando qual é o papel do juiz, tendo este o dever de apenas ser um juiz-espectador, imparcial, não devendo agir quando não for requerido, portanto, serão feitas várias análises correlacionando o sistema inquisitório, que é a característica da fase pré-processual, com o acusatório que deveria ser o único utilizado na fase processual.

Na última parte do trabalho, far-se-á um estudo para verificar as consequências que são acarretadas com a intervenção do magistrado de ofício na fase processual, pois, para alguns doutrinadores, o agir do magistrado de ofício traz consigo uma característica do sistema inquisitório, sistema esse que não é adotado pela Constituição Federal de 1988, sendo esse sistema inquisitório adotado apenas na fase do inquérito policial. Verifica-se também a validade de provas produzidas quando deferidas de ofício pelo magistrado e a segurança jurídica que elas trazem consigo.

1.7 Justificativa

O referido tema abordado na presente monografia é de suma importância, pois, nela é discutido a constitucionalidade da atuação de ofício do magistrado na fase processual, pois, ao agir desta maneira poderia vir a ferir os direitos inerentes ao acusado em um Estado

Democrático de Direito. Nesse diapasão, essa monografia pode oferecer base argumentativa para formulação de argumentos e teses legais que beneficiarão os sujeitos processuais, de imediato, e a sociedade que gozam de um Estado mais amadurecido com relação aos direitos fundamentais.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A história do Direito moderno, na sua atual conjectura, foi marcada por uma constante alternância entre sistemas de opressão e liberdade, ao passo em que o Direito Penal e o Direito Processual Penal também não escaparam a essa regra.

Naturalmente, a medida em que o Estado viu-se ameaçado pelo avanço da criminalidade, o Direito Penal estabeleceu penas severas aos delitos, sendo necessário, dessa forma, um processo penal rude e inflexível, em resposta às exigências da legislação penal. Nesse ponto, o ilustre doutrinador Maier¹ explica que no Direito Penal: “a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais à flor da pele que nos demais ramos jurídicos”. Dessa forma, é natural que este mesmo fenômeno afete – e de maneira mais severa – o Direito Processual Penal.

Ocorre que o Direito Penal não afeta diretamente, por si só, os indivíduos da sociedade: esse papel é feito pelo processo penal. O que acontece é que as regras contidas no Direito Penal, incluindo aquelas que dizem respeito às penas a serem cumpridas pelos criminosos, só terão concretude com a atividade processual, que é quem retira o Direito Penal do mundo hipotético e o confronta com a realidade fática. Nas palavras de Aury Lopes Jr.²: “o Direito Penal não tem realidade concreta fora do processo penal, sendo as regras do processo que realizam diretamente o poder penal do Estado”.

Nesse contexto, em que o sistema penal como um todo transforma-se de acordo com as exigências e as ideologias da sociedade em que o mesmo é aplicado, destacam-se dois principais sistemas processuais: o sistema acusatório e o sistema inquisitório. O primeiro demonstra-se presente nos países onde há um maior respeito pela liberdade individual, onde, naturalmente, adota-se uma base democrática de governo.

É de se observar que, nos moldes atuais, não existem mais sistemas processuais puros, mas, partindo do núcleo central de cada sistema, é possível fazer uma distinção entre os mesmos, apontando suas principais características.

2.1 Sistema acusatório

Analisando, de início, o sistema acusatório, é interessante trazer a lição de Antônio Magalhães

¹ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2002, p. 260.

² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 92.

Gomes Filho³, o qual afirma que referido sistema, por ser fundado nos ideais iluministas, traz consigo os reflexos da luta pela igualdade, liberdade e separação dos poderes, alicerçado nos ideais de crítica ao aparato repressivo das Monarquias e à sua brutalidade. Sobre as bases históricas do sistema acusatório, bem esclarece Aury Lopes Júnior⁴:

Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XI, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos. A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual).

A gênese do sistema acusatório remete ao Direito grego, que tinha por característica a participação direta do povo, tanto na parte da elaboração da acusação, quanto no próprio julgamento dos acusados. Nesse cenário, os delitos graves eram julgados pelo sistema da ação popular, onde qualquer pessoa do povo podia efetuar a acusação⁵.

Já no direito romano, há o surgimento das duas formas de processo penal: a *cognitio*, que era encomendada aos magistrados, onde os mesmos tinham plenos poderes para esclarecer os fatos da forma como melhor julgasse seu juízo de discricionariedade; e a *accusatio*, onde a acusação poderia ser assumida, espontaneamente, por um cidadão, onde, dessa forma, a função da persecução penal era conferida a um ente alheio ao Estado e pertencente ao povo⁶.

Essa última fase do processo penal romano tinha como principais características as seguintes⁷:

- a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes;
- b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas;
- c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo;
- d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais);
- e) acusação era por escrito e indicava as provas;
- f) havia contraditório e direito de defesa;
- g) o procedimento era oral;

³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.

⁵ Idem. p. 93.

⁶ Ibidem.

⁷ Idem, pp. 93-94.

h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Com o passar do tempo e a evolução histórica, o sistema acusatório até então vigente acabou por se mostrar obsoleto e insuficiente, sobretudo quando da época do império, onde o sistema mostrou-se ineficaz para a punição dos delitos. Em virtude disso, os juízes passaram a invadir de maneira mais severa as atribuições dos acusadores privados, o que fez com que surgisse, pela primeira vez, a figura da união das funções de acusar e julgar em um mesmo órgão do Estado⁸.

Nesse momento histórico, surge um fenômeno extremamente importante para o presente trabalho: a partir daqui, os juízes passaram a proceder, eles mesmos, a investigação e, em momento posterior, o julgamento. Ou seja, os juízes passaram a exercer atividade de ofício no momento de investigação dos delitos. Aqui, a publicidade dos atos processuais foi substituída pelos procedimentos secretos, onde as sentenças, antes orais, passaram a ser escritas, garantido, ainda mais, a restrição de seu alcance. Percebe-se, assim, a construção do sistema inquisitório⁹, fortalecido pelo direito canônico e pela Inquisição Espanhola. Assim, sobre o processo inquisitório, Frederico Marques assim leciona¹⁰:

(...) instrumento de iniquidade e injustiças. Nele não se respeitavam os direitos do acusado, seu *status dignitatis* e sua incolumidade física. Empregando a tortura, para obter a confissão do réu (que era a rainha das provas); desconhecendo os direitos mais elementares do acusado para poder defender-se, o sistema inquisitivo, marcado pela violência e pelo arbítrio, constitui, na história da Justiça Penal, uma fase de triste, negra e ignominiosa lembrança.

Sobre a substituição do sistema acusatório pelo inquisitório, vale destacar a lição de Aury Lopes Júnior¹¹:

Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometeria seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade. Também representou uma ruptura definitiva entre o processo civil e penal.

Ainda segundo Aury Lopes, a adoção gradativa do sistema inquisitório teve início ainda com a vigência majoritária do sistema acusatório, quando, neste sistema, surgiu a

⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 94.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ MARQUES, Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 81.

¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 97-98.

possibilidade de um processo instaurado de ofício para apurar os casos de flagrante delito, onde, a partir daí, os poderes dos magistrados passaram a, cada vez mais, invadir as atribuições antes reservadas ao acusador privado¹².

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre juiz- inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador¹³.

História do direito processual penal inaugurou uma fase extremamente importante para o tema tratado no presente ponto: o sistema inquisitório e suas principais características.

2.2 Sistema inquisitório

No sistema inquisitório, o julgador passa a atuar de ofício frente a um fato típico, não precisando de qualquer provocação, e passa a recolher, também por sua própria iniciativa, as provas capazes de construir seu convencimento, sendo o juiz o órgão responsável por investigar o delito, dirigir o processo, acusar e, ao final, julgar o caso fático¹⁴.

O processo inquisitório dividia-se em duas fases distintas. A primeira delas era a inquisição geral, a qual possuía um caráter de investigação preliminar do fato, onde se buscava comprovar a autoria e a materialidade do delito. A segunda fase, definida como inquisição especial, ocupava-se do julgamento e castigo¹⁵.

É, então, durante o século XIII que surge a fase mais cruel do sistema inquisitório, com a instituição do Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, através do qual a Igreja Católica procurava reprimir e punir a heresia. Segundo Jacinto Coutinho¹⁶:

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido.

¹² FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 3 ed. Barcelona: Labor, 1964, p. 83.

¹³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 98.

¹⁴ GOLDSCHMIDT, James. **problemas jurídicos e políticos do processo penal**, cit., p. 67 e ss.

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 99.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

A inquisição foi um sistema fundado na intolerância, a qual era baseada na chamada “verdade divina”, que, por “vir de Deus”, era incontestável. Sobre o tema, Leonardo Boff explica que o Tribunal da inquisição foi fortalecido justamente pelo mito da segurança, advindo da verdade absoluta, onde a heresia mostrava-se como o maior perigo à sociedade, pois, qualquer experiência ou dado que entrasse em conflito com aquilo que era divinamente revelado, só podia constituir em um erro e um obstáculo a ser transposto em direção à eternidade¹⁷.

O que a inquisição perseguia não era o delito em si, mas sim a heresia, a oposição ao dogma: a heresia, por fechar o caminho para a eternidade, precisava, na concepção da inquisição, ser punida com o máximo de rigor possível. Foi criado, então, o Manual dos Inquisidores, escrito por Nicolau Eymerich em 1376 e ampliado em 1578 por Francisco de la Peña, instituindo rituais de tortura aos hereges e repressão à qualquer forma de heresia¹⁸.

Com o Império e a adoção do cristianismo como religião oficial, os métodos de tortura e combate à heresia passaram a ser oficiais, inserindo-se na esfera do interesse social e nas ideologias de segurança pública¹⁹. A partir de então, abolem-se as ideias de acusação e publicidade. Eram permitidas as chamadas denúncias anônimas, em um sistema onde as instituições da Igreja Católica mantinham caixas e gavetas para recebê-las. O juiz-inquisidor passa a atuar de ofício e em segredo, acumulando as funções de acusar e julgar, sendo o imputado apenas um objeto de verificação, não tendo, nesse momento histórico, a condição de parte, já que não vigorava o contraditório²⁰. Sobre o processo inquisitório, leciona Aury Lopes Jr.²¹:

O Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores – do catalão NICOLAU EYMERICH relata o modelo inquisitório do Direito Canônico, que influenciou definitivamente o processo penal: o processo poderia começar mediante uma acusação informal, denúncia ou por meio da investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisidor. Era suficiente um rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão. Bastavam dois testemunhos ara comprovar o rumor e originar o processo e sustentar a posterior condenação. As divergências entre duas pessoas levavam ao tumor e autorizava a investigação. Uma única testemunha já autorizava a tortura.

¹⁷ BOFF, Leonardo. Prefácio. **Inquisição**: um espírito que continua a existir. In: *Directorium inquisitorum – Manual dos Inquisidores*, cit., p. 9 e ss.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ BOFF, Leonardo. Prefácio. **Inquisição**: um espírito que continua a existir. In: *Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores*, cit., p. 9 e ss.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**, cit., p. 23.

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 101-102.

Nesse contexto, faz-se necessário uma análise mais detida sobre o tratamento que era conferido à confissão.

Durante o período ora analisado, a confissão era considerada a “rainha das provas”, capaz, por si só, de levar à condenação do acusado, não existindo na época qualquer outro meio probatório mais valioso do que a confissão. Tanto o era, que o papel do advogado no processo era o de fazer com que o acusado confessasse o mais rapidamente o seu delito/heresia²².

Por conta desse valor do qual era dotado a confissão, era permitido ao juiz inquisidor a prática da tortura e de castigos severos no intuito de buscar a prova maior, qual seja, a confissão. Segundo Cesare Beccaria²³:

Uma crueldade consagrada pelo uso na maior parte das nações é a tortura do réu durante a formação do processo, ou para obrigá-lo a confessar um crime, ou pelas contradições em que houver incorrido, quer para apontar os cúmplices, quer por não sei qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer finalmente por crimes de que seria culpado, mas de que não está sendo acusado.

As torturas eram, sobretudo, utilizadas como uma espécie de ameaça psicológica, objetivando que o medo fizesse com que o acusado confessasse aquilo que o juiz-inquisidor queria extrair do mesmo, sendo a confissão tida como verdade absoluta.

Nessa época, conforme bem esclarece Aury Lopes Jr., existiam cinco tipos progressivos de tortura, sendo que o suspeito tinha o direito de ser objeto de apenas uma das espécies de tortura por dia e, caso o acusado não confessasse no decorrer de quinze dias, o mesmo era considerado suficientemente torturado e, em consequência, posto em liberdade²⁴.

Pode-se perceber, em suma, que, no processo inquisitório, o juiz é o diretor do procedimento e concentra as funções de acusar e julgar, ficando o direito de defesa extremamente limitado – até mesmo inexistente, em algumas oportunidades –, não havendo, também, a publicidade dos atos processuais.

Pode-se afirmar que o processo inquisitório possui como características principais as seguintes: a) a intervenção de ofício do juiz; b) caráter sigiloso do processo, tanto com relação aos cidadãos, quanto ao próprio acusado; c) a desigualdade de poderes entre o juiz-acusador e o acusado; d) total liberdade do juiz na colheita da prova; e e) encarceramento preventivo do acusado.

²² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102.

²³ BECCARIA, Cesare. Trad. Vicente Sabino Júnior. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: CID, 2002, p. 45.

²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 102.

Os traços arbitrários do sistema inquisitório só foram gradativamente abandonados no século XVIII, com as novas ideologias trazidas pela Revolução Francesa, que inaugurou uma nova forma de enxergar o processo penal.

O sistema acusatório, em sua estrutura mais moderna, é marcado, sobretudo, pela atribuição das funções de acusar, defender e julgar a personagens distintos dentro do processo, adotando os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade como princípios norteadores de todo o processo.

Outro ponto relevante que diferencia o sistema acusatório do inquisitório está na valoração das provas: naquele adota-se o livre convencimento do magistrado, não existindo uma taxatividade prévia do valor das mesmas.

O ilustre doutrinador Gustavo Badaró traça elementos característicos desse sistema processual penal²⁵:

O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobrepondo a ambas. Há uma nítida separação de funções que são atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. E além de suas características históricas de oralidade e publicidade, vigora no processo acusatório, o princípio da presunção de inocência, permanecendo o acusado em liberdade até que seja proferida sentença condenatória irrevogável. Ainda do ponto de vista histórico, o juiz não possuía qualquer iniciativa probatória, sendo um assistente passivo e imóvel da atividade das partes. Além disso, outra característica do processo acusatório romano e do processo inglês é a natureza privada do acusador. Por fim entre as características do sistema acusatório está o julgamento por um júri popular.

Após toda essa evolução, o processo acusatório, nos seus atuais moldes, caracteriza-se pela²⁶:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 102-104.

²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 94-95.

Ao lado do sistema inquisitório e do sistema acusatório, os doutrinadores apontam a existência de um terceiro sistema processual: o chamado sistema misto ou acusatório formal. Referido sistema processual encontra sua gênese na Revolução Francesa, com seus ideais de liberalismo, e tem como principal característica a existência de uma instrução preliminar, esta secreta e escrita, a qual fica a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, tendo por objetivo a colheita de provas; posteriormente, inaugura-se a fase contraditória, onde se abre espaço para a ampla defesa e faz-se o julgamento do caso.

2.3 Sistema misto e o sistema processual brasileiro

Analisando as principais características do sistema processual misto, Antônio Alberto Machado leciona que²⁷:

(...) tem-se o processo de tipo misto, surgido com o Código de Instrução Criminal da França em 1808, que se caracteriza por ser bifásico. Ou seja, nesse tipo de processo a fase de investigação é dirigida por um juiz de instrução sem a possibilidade do contraditório; já a fase de julgamento, presidida por um outro juiz, o juiz da causa, é toda ela realizada sob contraditório e a ampla defesa, no modelo acusatório, sem nenhum resquício de inquisitorialidade. Observa-se, pois, que o processo de tipo misto se desdobra numa fase inquisitiva, sob a presidência do juiz de instrução, e numa fase contraditória, realizada perante o juiz da causa; daí a sua natureza eclética ou mista.

É relevante, nesse ponto, trazer a tona uma observação acerca do conceito de sistema processual misto: o mesmo parte da ideia de que a divisão do processo penal em duas fases possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, o que, por si, desenharia a figura de um terceiro sistema processual, qual seja, o sistema misto, o que mostra-se insuficiente. Sobre essa questão, bem leciona Aury Lopes Júnior²⁸:

A classificação de sistema misto peca por insuficiência em dois aspectos: considerando que os sistemas realmente puros são tipos históricos, sem correspondência com os atuais, a classificação de “sistema misto” não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante. A separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização. (...) Portanto, 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 e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa

²⁷ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 09.

²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105.

probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.

No sistema processual penal brasileiro, em que atualmente se adota predominantemente o sistema acusatório – apesar de não ser em seu modelo puro – houve, na gênese do direito penal brasileiro, a observância de outros sistemas processuais penais.

O processo penal brasileiro ter começado no período colonial, onde a classe social mais abastada era dotada de diversos privilégios, inclusive no que diz respeito a (não) aplicação das penas. Naquele momento, o Brasil adotava o sistema inquisitivo, regulado, até então, pela lei portuguesa, cenário que só foi alterado no período imperial, após a independência do Brasil, momento em que foi promulgada a primeira Constituição brasileira, datada de 1824, baseada em ideais liberais²⁹. Nesse cenário, o primeiro Código de Processo Penal, em vigor a partir de 1832, instituiu no país um sistema misto – o sistema Napoleônico³⁰.

No período republicano, após a promulgação da Constituição de 1891, os Estados membros passaram a ter o poder de legislar sobre matérias relacionadas ao Processo Penal, o que resultou em um retrocesso na aplicação da lei Penal. Foi somente com a promulgação da Constituição de 1934 que se estabeleceu em território brasileiro uma unidade processual, onde somente a União possuía a competência legislativa para tratar de processo penal³¹.

Com a Constituição Federal de 1937 houve também a inauguração de um novo Código de Processo Penal, mais precisamente no ano de 1941, não tendo, contudo, trazido nenhuma novidade, devido, sobretudo, à dificuldade da aplicação de lei penal³².

Com a atual Constituição brasileira, datada de 1988, passou a vigorar, com maior plenitude em solo brasileiro, o sistema acusatório, tendo sido conferido ao Ministério Público o monopólio da ação penal – em regra, pois há a possibilidade de a vítima do delito ser titular de referida ação, nos casos das ações penais privadas ou nas ações penais privadas subsidiárias da pública. Abolia-se, assim, o procedimento *ex officio* das contravenções penais, mantendo, contudo, a persecução penal pela vítima nas ações penais privadas³³.

²⁹ TAMBARA, Vinicius Otávio Cechin. **A evolução histórica dos sistemas processuais penais**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1123. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3040>>. “Acesso em: 25 set. 2017.”

³⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7-8.

³¹ TAMBARA, Vinicius Otávio Cechin. **A evolução histórica dos sistemas processuais penais**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1123. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3040>>. “Acesso em: 25 set. 2017.”

³² CARVALHO, Djalma Eutiímio de. **Curso de processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 11-12.

³³ Idem, p. 13.

Contudo, o Brasil não adota o sistema acusatório puro, haja vista o fato de o magistrado poder praticar certos atos de ofício durante a persecução penal. O magistrado não é um espectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa provatória, e podendo, de outra banda, modificar medidas cautelares. É essa também a linha expressamente afirmada pela relatoria da Comissão do Projeto de Código Penal, sugerindo uma leitura não radical do princípio acusatório. Esse comportamento do magistrado durante a persecução penal caracteriza o sistema acusatório brasileiro como o sistema acusatório que pode ser chamado de ortodoxo.

Há de se ressaltar que a existência do inquérito policial na persecução penal não retira o caráter acusatório do processo penal pátrio, haja vista o fato de o IP no sistema brasileiro ser apenas uma fase pré-processual, que tem por escopo fornecer elementos suficientes para fundamentar o convencimento do membro do Ministério Público competente para inaugurar a ação penal. Sendo assim, ainda não há, na fase inquisitorial, a presença do contraditório e nem da ampla defesa. Em casos assim, a autoridade policial deve assegurar a participação do investigado, conferindo, com isso, efetividade aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Sobre o sistema processual penal brasileiro, Aury Lopes Jr. faz severas críticas aos dispositivos legais brasileiros que conferem poderes instrutórios aos magistrados, pois, segundo o ilustre jurista, tal atitude tem por condão fomentar a criação de projetos de lei que ressuscitem ou fortaleçam a figura do juiz inquisidor. Segundo o doutrinador³⁴:

É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. (...) O mais interessante é que não aprendemos com os erros, nem mesmo com os mais graves, como foi a inquisição. Basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz. (...) Não podemos reincidir em erros históricos dessa forma, pois, como diria TOCQUEVILLE, uma vez que o passado já não ilumina o futuro, o espírito caminha nas trevas.

Aury Lopes ainda continua seu pensamento trazendo a afirmação de que o sistema processual penal brasileiro não pode ser caracterizado como acusatório e sim como neoinquisitório, isso porque, conforme explica o autor a prova no sistema processual penal brasileira é colhida por meio inquisitório e levada integralmente ao processo, fazendo com que, na quase totalidade das vezes, as condenações sejam baseadas em provas obtidas na fase

³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95.

inquisitorial do sistema processual penal pátrio, em regra, não é observado o contraditório e nem existe espaço para a ampla defesa³⁵.

O sistema processual penal brasileiro aproxima-se muito mais das ideias estabelecidas pelo atual sistema acusatório, onde percebe-se um apego ao contraditório e à separação – necessária – das funções de acusar e julgar em autoridades processuais distintas. Contudo, é de se observar que o nosso sistema processual mostra facetas dos dois principais sistemas já existentes: tem-se uma fase inquisitória, onde são colhidos elementos de convicção aptos a inaugurarem uma ação penal, e uma fase marcada pelo contraditório, onde todas as provas anteriormente colhidas podem ser questionadas e inaugura-se o debate de argumentos entre a acusação e a defesa, sendo que, ao final, e desde que respeitado o devido processo legal, um órgão julgador (personificado na figura do magistrado), decidirá sobre o caso.

Passada a explanação necessária sobre os sistemas processuais existentes e onde a atual sistemática processual penal brasileira encontra-se inserida, cumpre estabelecer um debate acerca da gestão da prova dentro da persecução penal no ordenamento jurídico pátrio.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106.

3 A GESTÃO DA PROVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO

Anteriormente, foram debatidas as características marcantes e diferenciadas dos três tipos de sistemas processuais – o inquisitório, o acusatório e o sistema misto. Nesse ponto, resta fundamental definir como o sistema processual penal brasileiro manifesta-se e com qual linha ideológica ele está mais alinhado. Para uma correta identificação sobre o sistema adotado no ordenamento processual penal brasileiro, deve ser levado em consideração não apenas seu arcabouço, mas, sobretudo, a finalidade da relação processual existente entre o Estado – e seus órgãos – e o sujeito objeto do processo.

Como dito no capítulo anterior deste trabalho, pode-se dizer que no Brasil – após uma análise mais aprofundada – adotou-se um sistema processual penal que pode ser denominado de (neo)inquisitivo, em que, mesmo havendo uma fase pré-processual na qual é demonstrada a ausência do contraditório, reserva-se algumas garantias individuais ao acusado. Contudo, correta é a observação da doutrina de que o modelo processual brasileiro inaugurou o sistema misto³⁶, que também pode ser chamado de inquisitório reformado³⁷, o que nada mais é do que natural, haja vista o fato de que qualquer vertente pura de sistema processual penal não encontra mais espaço nos dias atuais, mostrando-se modelos ultrapassados para as necessidades contemporâneas.

Conforme corretamente afirmou Tornaghi, o Brasil optou por um sistema misto justamente porque o mesmo caracteriza-se pela existência de duas fases, sendo a primeira predominantemente inquisitória e a segunda, a judicial, acusatória³⁸, sob o argumento de ser este o modelo que melhor responde a necessidade da repressão dos delitos, sem esquecer a exigência de respeito às garantias e direitos fundamentais. Contudo, parte da doutrina enxerga que tal sistema é falho, vez que é uma mera junção de outros dois modelos, não tendo um núcleo central que o unifique.

Sobre esse tema, Denis Sampaio³⁹ afirma que a manutenção de um sistema misto demonstra a figura de um modelo repressor, afastando o processo penal de uma busca pela prova de uma maneira democrática. Bem verdade, esse modelo atribui em primeiro plano a

³⁶ COUTINHO, Jacinto de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3/56.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 101/102.

³⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 17.

³⁹ SAMPAIO, Denis. **A gestão da prova no processo penal**: Continuidade do sistema inquisitório pela Lei 11.690/08. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal: 2009. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Penl_Sampaio%2001.pdf>. “Acesso em 27 set. 2017.”

busca pela verdade real, valendo-se de argumentos permitindo a inquisição com o argumento de que só seriam observados os direitos individuais posteriormente, apenas com o argumento de que o modelo inquisitório é o que mais se aproxima da verdade real.

No cenário brasileiro, a experiência fática mostra que a fase inquisitorial acompanha todo o processo penal, tanto em termos probatórios, quanto no convencimento psicológico do magistrado, que, por muitas vezes, acaba fundamentado em elementos colhidos antes da produção probatória pautada no contraditório.

Para Aury Lopes Jr., é importante salientar que a questão vai além de simplesmente se estabelecer o sistema processual (se inquisitivo ou acusatório): o principal ponto parte da necessidade de se observar as características da sistemática processual, sendo que parte da doutrina compreende que, na realidade, o que vai definir o núcleo central do sistema processual é a gestão da prova, ou seja, é a definição de quem tem o condão e a prerrogativa de produzir a prova⁴⁰.

Complementando a ideia de Aury Lopes Júnior, Geraldo Prado⁴¹ explica que “a gestão da prova e acusação são atividades que não dizem nada se não olharmos quem – que sujeitos [...] – realiza estes atos”. Notório é o fato de que o objetivo central do processo penal é o de reconstruir um fato histórico, sendo que a gestão da prova, nesse contexto, mostra-se como parte crucial para definir o tipo de sistema processual que é apresentado às partes⁴². Ainda segundo Aury Lopes Júnior⁴³, explanando a lição de Jacinto Coutinho, afirmar que:

(...) não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Para o autor, os sistemas, assim como os paradigmas e os tipos ideais, não podem ser mistos; eles são informados por um princípio unificador. Logo, na essência, o sistema é sempre puro. E explica, na continuação, que o fato de ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.

Nesse contexto Geraldo Prado explica que um dos mais relevantes pontos que separam o sistema inquisitório do acusatório está no fato dos meios que podem ser utilizados para a obtenção do corpo probatório, já que o primeiro se satisfaz com os resultados independentemente do modo como os tenha obtido, ao passo que o acusatório confere certas

⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110.

⁴¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade Constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 104.

⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 01, 2001.

⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 110.

prerrogativas ao acusado, bem como combate arbitrariedades por parte do órgão julgador⁴⁴. Além disso, o referido jurista salienta que, ao passo em que a prerrogativa da prova está nas mãos do magistrado, o sistema processual, sem dúvida, caracteriza-se como inquisitivo:

No sistema inquisitório, portanto, os atos atribuídos ao juiz devem ser compatíveis com o citado objetivo. [...] o juiz cumpre função de segurança pública no exercício do magistério penal. Essa linha de raciocínio permite abarcar todos os atos judiciais inquisitórios em um só plano. Exercer a ação penal no lugar de terceiro, quer originalmente como previa o artigo 531 do Código de Processo Penal brasileiro, quer de modo superveniente, interferindo na delimitação do objeto do processo (como ocorre com a *mutatio libelli*), significa prestigiar a ideia de que a punição não pode depender de um autor de ação penal independente e livre para apreciar se deve ou não acusar e o que deve (ou não) incluir na acusação⁴⁵.

O que ocorre é que atribuir à autoridade julgadora o poder de produzir as provas que servirão ao seu próprio convencimento deforma o duelo basilar – entre acusação e defesa – do sistema acusatório, construindo um cenário onde o magistrado pode fundamentar um julgamento já previamente formulado. Dentro desse sistema, a produção de provas de ofício faz com que o magistrado ingresse no chamado direito de ação, pois, nesses termos, o processo penal demonstra uma prevalência do interesse em punir sobre o de tutelar os direitos fundamentais do réu, podendo ser reunidas como tarefas de acusação⁴⁶.

Por tudo o que foi falado até o presente momento, verifica-se que a questão da gestão da prova demonstra-se o ponto central para a definição sobre qual sistema processual demonstra-se vigente – sendo que, no sistema processual brasileiro, é do juiz a função de gerir a prova durante o procedimento processual penal. Nesse cenário, a doutrina caminha para o fato de que, considerando a gestão da prova, o sistema processual penal brasileiro tende-se ao inquisitorial⁴⁷, contudo, em uma nova faceta.

No sistema acusatório, o juiz ocupa uma posição inerte diante do embate de provas e argumentos, exercendo a função de, ao final, julgar o que lhe foi posto durante toda a marcha proposita. Sobre essa questão, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assim leciona:

O mais importante (...) ao sistema acusatório (...) é que da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero,

⁴⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade Constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p.104

⁴⁵ Idem, p. 105.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Idem, p.106.

com razão, chamou de “quadro mental paranoico”, em face de não ser, por excelência, o gestor da prova, pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a “sua” versão⁴⁸.

O sistema acusatório objetiva, sobretudo, a imparcialidade do magistrado, visando a construção de um órgão julgador dotado da mais possível dose de neutralidade, que tutele os interesses das partes presentes no processo penal. Em virtude disso, é que, no sistema acusatório, a gestão da prova se encontra exclusivamente nas mãos das partes – o que, de maneira clara, não vigora no Código de Processo Penal brasileiro.

Com relação ao sistema misto, é necessário trazer a lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o qual afirma que, embora referido sistema exista, ele mantém uma essência ou inquisitória ou acusatória, já que não há um princípio informador misto: ou a gestão da prova é de encargo das partes – o que faz do sistema acusatório – ou do magistrado – o que faz do sistema inquisitivo⁴⁹.

Geraldo Prado, Aury Lopes Jr. e Jacinto Miranda Coutinho – defendem que o sistema processual penal brasileiro é, na realidade, o inquisitivo.

3.1 Prova Policial e a Ratificação Judicial dos Elementos Informativos

O sistema processual penal brasileiro divide-se em duas etapas: a etapa pré-processual, consubstanciada na fase inquisitorial – intitulada de Inquérito Policial – e a fase judicial, iniciada pela denúncia ou queixa-crime, em que a presença do contraditório, é entregue ao magistrado a função de analisar as provas e julgar o caso.

Percebe-se um cenário em que a acusação no processo penal pátrio já tem a seu favor todo um arcabouço probatório, colhido quando da fase inquisitorial, valendo-se, inclusive, da organização probatória feita durante a fase judicial. Em termos mais claros, percebe-se que, na sistemática processual brasileira, as provas que são produzidas em juízo têm por condão apenas ratificar a persecução criminal exercida na primeira fase da persecução penal, sendo, por muitas vezes, utilizadas – sozinhas – como fundamento de condenações. Além disso, em se tratando dos depoimentos das testemunhas, verifica-se que, por disposição

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 32.

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. P. 28.

legal, é permitido que o juízo leia para as mesmas o que foi dito durante a fase inquisitorial, sob o impedimento das mesmas trazerem quaisquer apontamentos por escrito, conforme dispõe o artigo 204 do CPP.

Aury Lopes⁵⁰ ensina que a fraude da falaciosa face acusatória do sistema processual penal pátrio reside no fato de que a prova colhida na inquirição do inquirido é trazida integralmente para dentro do processo na sua fase judicial e afirma que o processo torna-se apenas um meio de repetição do que foi feito na fase do inquirido policial.

Para amenizar a sensação de fracasso da adoção do sistema acusatório no sistema processual penal brasileiro, formulou-se uma alteração no art. 155 do CPP. Antes o mesmo dotada a prova no processo penal de uma variedade quase irrestrita, afirmando que somente com relação ao estado das pessoas é que se obedeceria às restrições observadas no direito civil. Com as mudanças, o artigo ganhou o seguinte texto:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Observa-se que, mesmo com a alteração, verifica-se a carga inquisitiva do referido dispositivo legal, quando da utilização da expressão “exclusivamente”. Isso porque, conforme leciona Denis Sampaio⁵¹: verifica-se no caso concreto, a vedação de uma sentença exclusivamente de provas produzidas na inquirição do inquirido policial. Contudo, se as provas colhidas no inquirido ratificadas em juízo, algo que se apresenta muito frequente na prática, a decisão será considerada legal.

Mas não se pode deixar esquecer que o elemento probatório que é produzido no inquirido policial possui como principal função criar a possibilidade do exercício da pretensão condenatória pela acusação, tendo em vista que o referido material não foi realizado junto ao juiz competente, violando de forma direta um dos princípios norteadores do processo penal, qual seja, o princípio do juiz natural.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106.

⁵¹ SAMPAIO, Denis. **A gestão da prova no processo penal**: Continuidade do sistema inquisitório pela Lei 11.690/08. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal: 2009. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Penl_Sampaio%2001.pdf>. “Acesso em 27 set. 2017.”

Além do art. 155, existem outros exemplos de como o sistema processual penal brasileiro se distancia das ideias do sistema processual penal acusatório. Uma das situações mais graves é, sem dúvida, a da prisão em flagrante, onde a decisão acerca da mesma acaba por se mostrar somente uma formalização chanceladora da atuação inquisitória. Para efeitos ilustrativos, vale a pena trazer a seguinte decisão:

Tendo o agente sido preso em flagrante delito ocorre a inversão do ônus da prova. Isto é, com o flagrante confirmado em juízo pela prova testemunhal, em princípio, a acusação comprovou a ocorrência do crime e a sua autoria. Qualquer alegação tendente a afastar esta presunção que gerou o flagrante é ônus do acusado. Passa a vigor a máxima contida no art. 156 do Código de Processo Penal, segundo a qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (TRF – 4ª. R. Rel. Juiz Volkmer De Castilho, 29/10/2001)⁵².

Fica evidente a construção de uma presunção jurídica ainda na fase inquisitorial, a qual antecipa uma dita verdade processual, direcionando o julgamento do órgão julgador.

Nessa linha, Salo de Carvalho afirma que a presunção acaba por afastar completamente o senso crítico acusatório e o senso do próprio julgador, fazendo com que o processo construa-se com base em uma ritualização ratificadora da primeira fase, qual seja, aquela totalmente inquisitória⁵³.

Aury Lopes Júnior esclarece que a fase judicial do processo penal deveria ser utilizada como um instrumento de correção do caráter alucinatório evidenciada durante o flagrante delito, em um cenário onde todas as evidências deveriam passar pelos filtros do processo, sob a égide do contraditório, formando-se, assim, um processo onde se buscasse o mais elevado grau de correção da alucinação inerente à evidência⁵⁴.

O inquérito policial, que deveria fundamentar apenas o posicionamento da acusação sobre a necessidade ou não do início da ação penal, contudo, mostra-se que na realidade é também utilizado como uma fonte de fundamentação de decisões, inclusive condenatórias, o que demonstra, claramente, que o modelo inquisitório se evidencia presente inclusive na fase judicial da persecução penal, em uma estrutura completamente voltada para

⁵² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: – comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 301-302.

⁵³ CARVALHO, Salo. **As presunções no direito processual penal** (estudo preliminar do ‘estado de flagrância’ na legislação brasileira. In *Processo Penal: Leituras Constitucionais*. org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 206.

⁵⁴ LOPES Jr. Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.165.

a repressão, em um cenário em que o processo para ser mero instrumento de aplicação de sanção penal.

3.2 A gestão da prova no código de processo penal

O código de processo penal vigente sofreu importantes alterações que foram trazidas pelas leis n. 11.689/2008, n. 11.690/2008 e n. 11.719/2008. Essas leis dizem respeito ao procedimento do Tribunal do Júri, aos procedimentos penais de uma maneira geral e às provas, tudo no intuito de modernizar o sistema processual e dar mais celeridade à toda a persecução penal. Nesse cenário, também foram feitas importantes alterações no que tange ao poder do juiz ordenar a produção antecipada de provas, mesmo antes do início da ação penal.

A Carta Magna vigente, datada de 1988, estabelece em seu art. 129 um modelo processual acusatório, instituindo uma relação jurídica triangularizada, onde figuram como partes o titular da ação penal, o acusado e o juiz imparcial. Ao lado da Constituição, o CPP, contudo, estabelece um modelo que, conforme os argumentos trazidos acima, aproxima-se bem mais da sistemática inquisitiva, na medida em que a gestão da prova encontra-se nas mãos do órgão julgador, ou seja, o juiz. Dessa forma, faz-se necessária uma análise mais detida dos principais dispositivos legais acerca da gestão da produção probatória.

O primeiro – e um dos mais relevantes – é o art. 156, o qual traz em seu texto uma permissão de ordenar a produção da prova nas duas fases da persecução penal: tanto na fase inquisitorial, onde encontra-se ausente o contraditório, quanto na parte judicial, iniciada após o exercício da faculdade de ofertar denúncia ou queixa. Veja-se:

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

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

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

A reforma de Lei nº 11.690, de 2008, manteve o *caput* do artigo, o qual menciona que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. A regra geral no Direito Processual Penal

brasileiro é um pouco mais específica: via de regra, é a acusação que detém o ônus da prova, defendendo fundamentar a sua pretensão punitiva apresentada em juízo através da denúncia ou queixa-crime. Contudo, quando o acusado alegar em seu benefício fato que tenha o condão de proporcionar a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, o mesmo chamará para si a responsabilidade da prova.

Ressalte-se que, quando se fala de ônus da prova, o destinatário que se pretende alcançar é o juiz, pois, a prova está direcionada à formação do convencimento do magistrado, que buscará, ao longo do processo e por meio das provas obtidas, construir sua certeza acerca dos fatos narrados na ação penal, sendo que qualquer dúvida gera, por obrigatoriedade, a absolvição do acusado.

O que ocorre, porém, com a redação dada pelo art. 156 e seus incisos é um cenário contrário à regra que deveria ser observada. Na atual sistemática processual pátria, o juiz possui a faculdade de ordenar a produção antecipada de provas, mesmo sem provocação das partes e independentemente de já ter sido iniciada a ação penal, podendo, também, realizar, de acordo com seu julgamento, diligências para dirimir qualquer dúvida sobre ponto relevante que surja durante a instrução ou antes da prolação da sentença. Em outras palavras, o juiz possui um grande poder instrutório, o que viola a garantia de sua imparcialidade e se afasta completamente dos moldes do modelo acusatório⁵⁵.

Nereu José Giacomolli explica que “as diligências *ex officio* não encontram sustentação num processo penal acusatório, pois na dúvida sobre ponto relevante aplica-se o *in dubio pro reo*, com solução absolutória”. E ainda afirma, categoricamente, que “determinar diligências de ofício, nessas hipóteses, significa produzir prova acusatório em detrimento do acusado⁵⁶”.

Correta é a afirmação de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho de que o magistrado é na sistemática processual brasileira um órgão *super partes*, no sentido de que o mesmo está no processo para além dos interesses das partes⁵⁷. Sobre esse fato, o doutrinador Geraldo Prado⁵⁸ afirma que, ao ponto em que o magistrado se vê na necessidade de ordenar a produção de provas durante a persecução penal, significa dizer que o mesmo está desconfiado da culpa do acusado e com isso “investe o juiz na direção de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão da acusação”. Ressalta ainda o autor que “quem procura sabe ao

⁵⁵ LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I. p. 525.

⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juríd, 2008, p. 36.

⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001 p.137.

certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador⁵⁹”.

O atual sistema processual penal brasileiro vai se afastando cada vez mais do modelo acusatório, haja vista o fato de que, com a possibilidade de se ordenar a produção de prova de acordo com seu entendimento, “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro⁶⁰”. O magistrado acaba por poder fundamentar sua decisão baseado em elementos de prova que ele mesmo incorporou no processo.

Aury Lopes Júnior leciona: "O art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra de igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Com decorrência, acabam com a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador⁶¹". Complementando o que vem aqui sendo discutido, Fernando da Costa Tourinho Filho⁶² faz os seguintes comentários:

(...) o juiz somente em casos excepcionais deve empreender a pesquisa de ofício. Seu campo de ação na área de pesquisa probatória deve ser por ele próprio limitado, para evitar uma sensível quebra de sua imparcialidade. (...) o juiz que desce do seu pedestal de órgão superpartes e destas equidistante, para proceder à pesquisa e colheita do material probatório, compromete, em muito, a sua imparcialidade. (...) o inciso I do art. 156 deixa entrever que o nosso processo mais se aproxima do misto que do acusatório, uma vez que a produção de provas *ex officio* pelo juiz não é função própria de uma pessoa de quem se exige absoluta imparcialidade.

O artigo 156 do Código de Processo Penal vai de encontro aos princípios norteadores do sistema acusatório, ferindo, inclusive, a imparcialidade do magistrado.

Parte da doutrina afirma, inclusive, que o art. 156 não significa um rompimento do sistema processual pátrio com o modelo acusatório, pois referido dispositivo legal apenas se coaduna com a busca pela verdade real, tecendo posteriormente uma crítica ao referido instituto.

⁵⁹ Idem, p.137.

⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, p. 37.

⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I. p. 523.

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. III. pp. 248-249.

Contudo, é de ressaltar que o art. 156 não é o único resquício inquisitorial encontrado no Código de Processo Penal brasileiro. Vale destacar o artigo 127 do referido diploma legal:

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

Nota-se, assim, que o magistrado pode determinar, mesmo sem qualquer pedido das partes, o sequestro, bastando que o mesmo convença-se da existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Outro artigo que demonstra os traços inquisitoriais do Código de Processo Penal é o 196. Veja-se: “Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”.

Aqui, a prova encontra-se, novamente, nas mãos do órgão julgador, ao qual é conferido plenos poderes para gerir a prova de acordo com sua livre convicção, o que fere sua inércia e o núcleo basilar do sistema acusatório.

Destaca-se também o artigo 209 do diploma processual penal brasileiro:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.
§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem (...)

Por fim, vale dar ênfase ao artigo 311 do Código de Processo Penal:

Art. 311 - Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelado, ou mediante representação da autoridade policial.

Na atual sistemática do processo penal pátrio, o magistrado não ocupa uma posição de ser imparcial e inerte no processo. Pelo contrário, pode determinar livremente a produção de provas – mesmo sem pedido das partes nesse sentido – e decretar de ofício a prisão do investigado durante qualquer fase do inquérito policial.

O núcleo central para a definição do sistema processual penal reside, sobretudo, na questão da gestão da prova, ou seja, na análise de quem conduz o processo penal e a

colheita probatória para a busca pela certeza do delito. No sistema inquisitório, isso fica a cargo do juiz-inquisidor. No sistema acusatório, é das partes o ônus de colher as provas necessárias.

Verifica-se que a sistemática processual brasileira afasta-se do núcleo acusatório, por permitir em seus artigos legais a construção de um juiz com poderes de parte e que pode, de acordo com seu entendimento e sem necessidade de provocação, guiar o processo penal em direção ao julgamento já previamente construído, ocorrendo, assim, a desconstrução da imparcialidade e da inércia do Judiciário face ao processo, aproximando-se, assim, o processo penal pátrio do sistema inquisitório.

3.3 A produção de prova de ofício: as correntes doutrinárias a respeito do tema

Com a promulgação da Lei nº 11.690/2008, que, conseqüentemente, alterou o artigo 156 do Código de Processo Penal, iniciou-se uma grande discussão na doutrina acerca da constitucionalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado. Assim, cumpre discutir os principais argumentos de cada uma das correntes.

3.4 Doutrina defensora da inconstitucionalidade

Ao se tratar de produção de prova feita pelo magistrado de ofício, a grande parte da doutrina entende pela sua inconstitucionalidade, sob o argumento de que essa atividade fere a imparcialidade do magistrado, haja vista o fato de o mesmo intervir na função acusatória, o que faria com que seu julgamento já ficasse tendencioso a uma das partes.

Filiado a essa corrente, Paulo Rangel⁶³, defende que não é possível que se imagine um juiz isento e imparcial se o mesmo se propõe a colher as provas durante a fase inquisitorial, sendo que as levará em conta no momento do julgamento da lide.

Em suma, Paulo Rangel⁶⁴ defende a impossibilidade de o magistrado que conduz a produção de prova na fase inquisitorial conseguir um total desligamento desses indícios, que o mesmo conduziu o resultado, no momento em que for julgar o caso, já que o julgador não é

⁶³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 953.

⁶⁴ Ibidem.

uma máquina para simplesmente deletar informações. Portanto, o julgador estaria se afastando de sua imparcialidade, atuando em favor da acusação dentro da dialética processual, quando o mesmo deve, apenas, garantir as liberdades das partes, mantendo-se, para isso, distante das mesmas e de suas funções (as quais incluem a produção probatória).

O que esta corrente doutrinária defende é que o agir de ofício por parte do magistrado no momento inquisitorial da marcha processual penal torna duvidosa a sua imparcialidade, já que esta deve se apresentar de forma intrínseca à dialética processual. Diferentemente dos casos de impedimento, suspeição e incompatibilidade – que são causas externas que possuem o poder de influenciar no julgamento da causa –, a atuação de ofício do juiz na fase processual é uma causa interna que macula sua imparcialidade, o que torna o fato ainda mais gravoso para as garantias do sujeito passivo, afrontando o próprio sistema acusatório.

Nesse aspecto, afirma Aury Lopes Junior⁶⁵ que o juiz deve atuar com muita cautela e de maneira muito limitada durante a fase inquisitorial, afirmando com veemência que o juiz ideal não deve se comportar como investigador ou instrutor, e sim como fiscal e controlador da legalidade dos atos, proporcionando também o respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo do feito.

Vale ressaltar que não é apenas a imparcialidade do juiz que se encontra em jogo, a corrente defensora da inconstitucionalidade da produção probatória de ofício pelo magistrado aponta que mais dois outros princípios são feridos com tal atividade estatal: os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que estão mencionados no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor. Isso porque prevalece o sistema partindo do princípio inquisitivo na fase de investigação criminal e, assim, o réu não possui condições legais de exercer seu direito de defesa, não podendo, assim, contradizer a prova colhida⁶⁶, dessa forma a prova não estaria obedecendo aos ditames do devido processo legal, por ter sido prejudicado o direito ao contraditório. Em suma, “a prova obtida durante o inquérito policial e não reproduzida em juízo seria considerada inconstitucional, uma vez que

⁶⁵ Lopes Junior, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 679.vol.1.

⁶⁶ ROCHA, Claudiceia do Nascimento. **A produção de provas ex officio pelo juiz**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15035>. “Acesso em 01/11/2017.”

não poderia embasar a condenação do acusado, por não ter passado pelo crivo do contraditório⁶⁷.

Quando da confecção da sentença o CPP é bem claro, em seu artigo 155, ao determinar que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”⁶⁸. Os doutrinadores sustentam que a prova colhida no inquérito policial possui, em regra, natureza repetível, então, caso não seja novamente produzida durante o processo, observado o contraditório, será a mesma inconstitucional.

Nesse sentido, Paulo Rangel⁶⁹ afirma que a sentença deve ser prolatada com base em provas produzidas ou confirmadas durante a fase processual, esta – acusatória – dotada do contraditório e da ampla defesa. Não é correto e portanto, não deve o juiz se valer das informações obtidas no inquérito policial para basear a fundamentação de suas sentenças (com exceção das informações cautelares, não repetíveis e antecipadas).

Aury Lopes Júnior ao fazer a distinção entre os atos de prova e os atos de investigação. Conforme o citado autor, os atos de prova: “a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança; d) servem à sentença; e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; f) são praticados ante o juiz que julgará o processo”⁷⁰.

Por outro lado, os atos de investigação caracterizam-se por⁷¹:

a) não se referem a uma afirmação, as a uma hipótese; b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *factus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de

⁶⁷ ROCHA, Claudiceia do Nascimento. **A produção de provas ex officio pelo juiz**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15035>. “Acesso em 01/11/2017.”

⁶⁸ BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. “Acesso em 02/11/2017.”

⁶⁹ Lopes Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 679.vol.1

⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 322-323.

⁷¹ Idem, p. 323.

imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter profissional; h) podem ser praticadas pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.

O inquérito policial, instrumento característico da fase inquisitiva, gera apenas atos de investigação, que possuem valor de prova bastante limitado, já que os atos de investigação são realizados por um órgão administrativo, sem observância do contraditório e da ampla defesa.

Sobre esse aspecto, vale ressaltar que, embora defendida por parte da doutrina, não existe previsão legal de uma suposta presunção de veracidade dos atos do inquérito policial. Sobre esse tema, Aury Lopes Júnior⁷² ensina que o único condão do inquérito policial é o de permitir o juízo de pré-admissibilidade da acusação, servindo, somente, para que o juiz decida pelo processo ou não processo.

O que se pode afirmar é que o Código de Processo Penal não trouxe qualquer disposição que atribua presunção de veracidade aos atos praticados durante o inquérito policial, servindo o mesmo como instrumento apto a justificar a propositura da ação penal, o que torna necessário que a sentença judicial leve em conta somente os atos praticados ou validados durante a fase processual, dotada de contraditório e ampla defesa.

A corrente que alega a inconstitucionalidade do artigo 156 do CPP ainda traz como argumento chave o fato de que o mesmo violaria o disposto no artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988⁷³, o qual confere ao Ministério Público a titularidade privativa para a propositura da ação penal pública. Dessa forma, uma vez titular, cabe ao *Parquet* preparar suas provas, devendo, pela natureza e objetivo de suas funções, requisitar as diligências que entender necessárias durante a investigação criminal para o oferecimento da denúncia. Dessa forma, ao infringir o artigo 129, I, o julgador estaria violando um dispositivo constitucional devidamente positivado⁷⁴.

Apesar da maioria da doutrina filiar-se à tais argumentos, torna-se necessária uma pequena explanação acerca da doutrina que defende a constitucionalidade de o magistrado poder determinar a produção de ofício de provas, mesmo durante a fase inquisitorial.

⁷² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 321.

⁷³ BRASIL, **Constituição Federal 1988**. Saraiva, 2013. Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

⁷⁴ ROCHA, Claudiceia do Nascimento. **A produção de provas ex officio pelo juiz**. Disponível em: < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15035>. “Acesso em 05/11/2017.”

3.5 Doutrina defensora da constitucionalidade

A corrente doutrinária favorável a constitucionalidade do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal utilizam como principal argumento o fato de que o mesmo traduz um dos princípios basilares do processo penal, qual seja, o princípio da verdade real.

Dessa forma, na intenção de busca pela verdade real, o julgador não deve contentar-se em aguardar os resultados dos trabalhos realizados pela acusação ou defesa, já que a verdade real – objetivo do processo – possui maior relevância que o respeito à tais formalidades, motivo pelo qual deve o magistrado gerir a prova de ofício, para que possa, por fim, aplicar a lei ao caso concreto⁷⁵.

Nesse sentido é que Silva⁷⁶ descreve que o objetivo central do magistrado não pode estar limitado pela simples hipótese de rompimento da imparcialidade e preocupado com uma caracterização de nulidade no julgamento a ser futuramente prolatado. Assim, o juiz que age de ofício não estaria ofendendo a imparcialidade, vez que está, na realidade, apenas exercendo o seu dever de ir em busca da verdade real.

Segundo esses doutrinadores, o artigo 156, do CPP, não traz a figura do juiz inquisidor de volta ao ordenamento jurídico brasileiro, vez que o magistrado que busca gerir as provas está cumprindo com seu dever constitucional de busca pela verdade real.

Justamente nesse sentido que Silva⁷⁷ sugere que não há correspondência entre as figuras do juiz inquisidor com a do juiz cumpridor de sua função, pois o primeiro vai em busca das provas que lhes são convenientes, na intenção de ratificar um julgamento já preestabelecido. Diferentemente, o juiz cumpridor de sua função possui a intenção de produzir todas as provas necessárias para ao final poder prolatar a decisão mais justa possível, pois, a intenção do magistrado nesse caso é a busca pela verdade real.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 190.

⁷⁷ SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pagina 66.

O conceito de verdade foi historicamente construindo, no período da inquisição, com o intuito de que fossem justificados o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo) que eram característicos do sistema inquisitório⁷⁸.

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor)⁷⁹.

Em seu surgimento, a prova judiciária possuía a missão de reconstruir os fatos analisados no processo, sendo, assim, seu principal objetivo o alcance da verdade material, ou seja, a reprodução no processo dos fatos tais como aconteceram na realidade. Contudo, conforme bem leciona o jurista Teodomiro Noronha Cardozo⁸⁰, a verdade real não guarda compatibilidade com a natureza do processo penal.

Enfatize-se, não obstante, que a verdade real não é e nunca foi compatível com a natureza do processo. Hodiernamente, grandes estudiosos do pensamento filosófico não adotam mais a existência de uma verdade de outrora como correspondência à realidade. O pragmatismo, orientação filosófica dos Estados Unidos da América, defende a construção de uma filosofia sem essência, procedimentalista, sem preocupação da verdade como correspondência e ou coerentismo. A fortiori, para o pragmatismo a verdade deve brotar de argumentos racionais.

Leciona Ferrajoli⁸¹, que a busca pela verdade substancial, fora das regras e controles, acaba por degenerar o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato. Assim, conforme esclarece o já referido jurista, a verdade processual não pretende ser a verdade fática, mas sim uma verdade construída com base no respeito aos procedimentos e garantias da defesa, sendo a verdade processual mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial.

⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 579.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ CARDOZO, Teodomiro Noronha. **A Gestão da Prova no Processo Penal: A Atividade Subsidiária do Juiz**. p. 3. (no prelo).

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do garantismo penal**. Editora RT, 4 ed. 2014. p. 44.

Sobre a verdade real e a possibilidade de a referida ser alcançada no processo penal, Aury Lopes Júnior⁸² afirma que “quem fala em verdade real confunde o ‘real’ com o ‘imaginário’, pois o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação”. A verdade processual estaria relacionada com a adequação do fato à norma, sendo que o ilustre doutrinador afirma⁸³:

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um gravíssimo erro falar em “real” quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.

Assim, percebe-se a fragilidade do argumento fundamentado na busca pela verdade real, haja vista ser este um conceito já superado pela doutrina pátria. Nesse aspecto, bem leciona o jurista Teodomiro Noronha Cardozo⁸⁴, afirmando que:

O dogma da verdade real, que até bem pouco tempo tinha a incumbência de legitimar excessos e desvios de autoridades públicas, além de macular o processo penal e a própria verdade processual, atendia muito mais a um sistema inquisitivo do que acusatório em que o princípio da igualdade, como corolário da dignidade humana, sob o manto da legalidade, passou a permitir a existência não só do devido processo legal como corolário da amplitude de defesa, do contraditório e da licitude da prova.

Percebe-se que o conceito de verdade real já encontra-se superado pela doutrina pátria, não podendo mais ser utilizado como fundamento para alegar a constitucionalidade de qualquer dispositivo.

⁸² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 582.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ CARDOZO, Teodomiro Noronha. **A gestão da prova no processo penal: A atividade subsidiária do juiz**. p. 4. (no prelo).

4 AS GARANTIAS DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O conglomerado jurídico brasileiro adota, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, um sistema garantista, composto por diversos princípios e dispositivos que visam assegurar direitos fundamentais do indivíduo, como a liberdade, a integridade física e moral e a presunção de sua inocência. Tais normas encontram-se dispostas na Carta Magna e em vários diplomas da legislação infraconstitucional, sobretudo o Código de Processo Penal, o que, por ordem lógica, influencia na condução da persecução penal.

São estes dispositivos – os garantistas – que despertam grande inquietação em parte da doutrina com o fato de o magistrado ter a possibilidade de gerir, de ofício, a prova durante o processo penal, pois tal atividade acaba por beirar o limite do desrespeito a princípios constitucionais básicos, como o contraditório, o devido processo legal e, sobretudo, a imparcialidade do julgador⁸⁵.

4.1 O devido processo legal o contraditório e a ampla defesa

Sobre os dispositivos garantistas, o mais basilar deles, sem dúvida, é o do devido processo legal, o qual veio estampado pela primeira vez na Constituição Federal vigente, datada de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso LIV, o qual dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Antes mesmo de estar disposto no sistema constitucional pátrio, o princípio do devido processo legal encontrava-se presente na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸⁶, o que demonstra ser esse princípio uma verdadeira garantia de liberdade que transcende o ordenamento jurídico pátrio e está ligado à própria condição humana.

Tanto o é que o devido processo legal foi, também, posteriormente reconhecido na Convenção de São José da Costa Rica⁸⁷, documento que detalhou mais tal garantia,

⁸⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade Constitucional**. 5. ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. pp. 189 a 190.

⁸⁶ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). “Acesso em 30/10/2017”, disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>.

⁸⁷ BRASIL, Decreto nº678 setembro 1992, Pacto de São José da Costa Rica. “Acesso em 07/11/2014”: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>.

disciplinando direitos básicos, como, por exemplo, o do acusado ser ouvido por juiz competente e imparcial.

Do devido processo legal, desdobram-se diversos outros, como o princípio do contraditório. Segundo conceitua Claudiceia do Nascimento Rocha, “o contraditório é o direito existente entre em as partes de serem ouvidas no decorrer processual, sendo assim, é o exercício da dialética processual, marcado pela bilateralidade da manifestação dos litigantes”⁸⁸.

Cumpra salientar que o contraditório traz como elementos imprescindíveis a necessidade informação e a possibilidade de reação à mesma. Nesse ponto, bem esclarece o jurista Vicente Greco Filho ao sintetizar o princípio do contraditório da seguinte maneira:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável⁸⁹.

O princípio do contraditório expõe a necessidade dos sujeitos de um processo tomarem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, devendo, ainda, ser garantida a possibilidade das partes manifestarem-se sobre tais acontecimentos.

O contraditório pode ser tratado como um mecanismo de confrontação da prova e de comprovação da verdade, fundando-se sobre um conflito entre as partes do processo penal: acusação e defesa. Nesse sentido, esclarece o ilustre jurista Aury Lopes Júnior que:

O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da “pequena história do

⁸⁸ ROCHA, Claudiceia do Nascimento. **A produção probatória ex officio pelo juiz frente ao princípio da imparcialidade e do devido processo legal**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15035>. “Acesso em 30/10/2017.”

⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, 2. Vol. 11. Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 1996. p. 90.

delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo⁹⁰.

O contraditório traz a necessidade de o juiz ouvir as partes do processo, para que esteja configurada sua imparcialidade diante do julgamento da causa. Em virtude disso é que, no ordenamento jurídico brasileiro, a importância do princípio do contraditório é exemplificada pela Súmula 707 do STF, que assim leciona: “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”⁹¹. No tocante à súmula citada e ao princípio do contraditório, o egrégio tribunal esclarece que o devido processo penal, e todos os demais princípios que lhe são correlatos, devem estar presentes durante todo o caminho processual, inclusive em sua fase recursal, cabendo ao sentenciado o direito de, entre outras coisas, acompanhar até mesmo o julgamento de seu recurso.

As partes têm direito à estrita observância do procedimento tipificado na lei, como concretização do princípio do devido processo legal, a cujo âmbito pertencem as garantias específicas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República). O exercício do contraditório deve, assim, permear todo o processo, garantindo sempre, com ônus, a possibilidade de manifestações oportunas e eficazes da defesa, desde a de arazoar e contra-arazoar recursos, até a de se fazer ouvir no próprio julgamento destes. Em recurso em sentido estrito, interposto contra decisão de rejeição da denúncia, o denunciado que, como é óbvio, ainda não foi citado, deve ter assegurado o exercício do ônus de se manifestar nos autos, pois seu interesse primordial reside em não ser réu, ou seja, em não lhe ser instaurada ação penal. Foi tal entendimento que levou esta Casa a editar a súmula 707⁹².

Complementando o entendimento da súmula 707, o STF editou também a súmula 708, a qual reforça a necessidade do respeito ao contraditório e ao devido processo legal ao afirmar que “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”. Tal norma é assim utilizada na jurisprudência pátria:

⁹⁰ LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3 Ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008. v. I. p. 221.

⁹¹ <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2641>> “Acesso em 30/10/2017.”

⁹² HC 87926, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 20.2.2008, DJe de 25.4.2008.

Apesar da expressa renúncia do mandatário e de seu pedido para intimação do paciente para constituir novo defensor, tais fatos não foram percebidos pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que realizou o julgamento do recurso de apelação sem que o ora paciente tivesse defensor constituído, sequer sendo designado defensor dativo para representá-lo, o que evidencia flagrante ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que o réu deve ser cientificado da renúncia do mandato pelo advogado para que constitua outro, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa. Tal entendimento restou sedimentado no enunciado da Súmula nº 708 do Supremo Tribunal Federal⁹³.

Como Rangel Dinamarco⁹⁴, o conceito moderno de processo não envolve apenas o procedimento que o caracteriza, mas também o contraditório, sem o qual não existe a ideia de relação processual, sendo este princípio uma verdadeira essência da sistemática processual.

No que diz respeito às provas do processo, o contraditório surge como elemento essencial à validade de todo o decurso processual, o que significa dizer que, na falta dele, ocorre a nulidade absoluta do processo, se for comprovado o prejuízo ao acusado.

No que tange às provas, o contraditório pode ser classificado em:

(...) imediato (direto) ou diferido. O primeiro ocorre quando a prova é produzida sob o império da participação das partes (por exemplo, a oitiva de testemunhas). Mas existem provas que são produzidas sem o contraditório imediato: são as chamadas provas cautelares, como as provas periciais. Neste último caso, fala-se em contraditório diferido⁹⁵.

O princípio do contraditório guarda uma relação com outro princípio basilar do sistema processual brasileiro: o princípio da ampla defesa. Este contém duas regras fundamentais: a possibilidade de se defender e a de recorrer de decisões desfavoráveis. Basicamente, o princípio da ampla defesa acaba por traduzir a liberdade inerente ao indivíduo de alegar fatos e trazer provas que estejam a defesa de seus interesses⁹⁶. Sobre essa questão, complementa o ilustre doutrinador Greco Filho afirmando que são meios inerentes à ampla defesa:

a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa

⁹³ HC 94282, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento em 3.3.2009, DJe 24.4.2009.

⁹⁴ DINAMARCO, Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo, Malheiros, 1990. p. 177.

⁹⁵ CAMPOS, Gustavo Henrique Barbosa. **O contraditório e a ampla defesa no processo penal**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12318>. “Acesso em 02/11/2017.”

⁹⁶ CAMPOS, Gustavo Henrique Barbosa. **O contraditório e a ampla defesa no processo penal**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12318>. “Acesso em 02/11/2017.”

técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art.133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável⁹⁷.

O contraditório, nesse cenário, apresenta-se como um instrumento técnico para que seja concretizada a ampla defesa, já que, em suma, tem por finalidades permitir ao acusado contrariar a acusação; requerer a produção de provas pertinentes à comprovação de suas alegações; fazer o acompanhamento da produção de tais provas; ter o direito de manifestar-se nos atos e termos processuais que exijam sua presença; recorrer em caso de inconformismo⁹⁸.

A defesa é o mais legítimo dos direitos do homem. A defesa da vida, da honra e da liberdade, além de inatos, são direitos inseparáveis de seus respectivos objetos. Tanto é assim que o ordenamento jurídico pátrio, através do mais ilustres dos tribunais brasileiros, o STF, editou as Súmulas 523 e 14 – esta vinculante – que trazem, respectivamente, em seus textos os seguintes comandos: “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”; e “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Em virtude disso é que o princípio da ampla defesa é tão defendido e aclamado pela legislação pátria. Nesse aspecto, Claudiceia do Nascimento Rocha⁹⁹, afirma que o direito a ampla defesa é um benefício garantido ao acusado para que se obtenha um processo e por consequência um julgamento justo, a doutrinadora afirma ainda que o referido princípio junto ao do contraditório são requisitos para ocorrência do devido processo legal, pois, sem estes os direitos garantidos ao acusado estariam sendo mitigados.

A ampla defesa abrange dois aspectos: a defesa técnica e a defesa pessoal. A defesa técnica, como bem conceitua Aury Lopes Júnior¹⁰⁰, pressupõe a assistência de uma pessoa que possua conhecimentos teóricos do Direito, o qual será tratado como advogado de defesa ou defensor.

⁹⁷ GRECO FILHO. **Tulela constitucional das liberdades**, pp.110,126 e 129.

⁹⁸ CAMPOS, Gustavo Henrique Barbosa. **O contraditório e a ampla defesa no processo penal**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12318>. “Acesso em 02/11/2017.”

⁹⁹ ROCHA, Claudiceia do Nascimento. **A produção probatória ex officio pelo juiz frente ao princípio da imparcialidade e do devido processo legal**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15035>. “Acesso em 10/11/2017.”

¹⁰⁰ LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3 Ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008. v. I. p. 224.

Sobre esse aspecto, Foschini¹⁰¹ afirma que a defesa técnica é considerada indisponível, pois é uma verdadeira garantia do sujeito passivo do processo, tornando-se uma verdadeira condição de paridade das partes, além do fato de existir um interesse coletivo na elucidação do fato criminoso.

Moreno Catena¹⁰², diz que a defesa técnica atua como um verdadeiro mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, efetivando o requisito da igualdade das partes no processo.

Cabe o questionamento acerca da possibilidade de um único defensor atuar na defesa de dois acusados dentro de um mesmo processo. Sobre esse questionamento, leciona Aury Lopes Júnior¹⁰³: “No Brasil não existe previsão legal e a jurisprudência foi encarrega de consolidar uma “impossibilidade relativa” de que um mesmo advogado atue na defesa de dois ou mais acusados. Para tanto, firmou entendimento de que é inviável quando existir colidência de teses defensivas capaz de gerar uma deficiência do direito de defesa”.

Conceituando a defesa técnica, o jurista Teodomiro Noronha Cardozo¹⁰⁴ leciona:

(...), o direito à defesa técnica, de natureza indisponível e irrenunciável, é aquele exercido por um profissional habilitado, em face da garantia constitucional do devido processo legal: ampla defesa e contraditório, não, apenas formal, de modo que o advogado deve estar regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e também intimado para todos os atos do processo.

Ao lado da defesa técnica, existe ainda a defesa pessoal, aquela que permite que o polo passivo do processo, pessoalmente, se contraponha à acusação que lhe é feita. A defesa pessoal é corretamente conceituada pelo jurista Teodomiro Noronha Cardozo¹⁰⁵ nos seguintes termos:

(...) a acusação deve ser restrita para possibilitar a ampla defesa que, por ser tão importante alberga, no seu bojo, a autodefesa: direito de audiência e direito de presença. O primeiro é o de produzir prova em audiência pelo próprio acusado, por ocasião do seu interrogatório (autodefesa e meio de prova). O segundo corresponde ao direito de comparecer a juízo, a partir da conveniência e oportunidade, porquanto o acusado pode invocar o direito constitucional ao silêncio ainda que compareça a

¹⁰¹ FOSCHINI, Gaetano. *L'Imputato*. Milano, Dott, A. Giuffrè, 1956, p. 26.

¹⁰² CATENA, Moreno. *La Defensa en el Proceso Penal*. Madrid, Civitas, 1982. p. 112.

¹⁰³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227.

¹⁰⁴ CARDOZO, Teodomiro Noronha. *A gestão da prova no processo penal: A atividade subsidiária do juiz*. p. 2. (no prelo)

¹⁰⁵ Ibidem.

juízo, já que ele não está obrigado a produzir prova contra si próprio: *nemo tenetur se detegere*.

A defesa pessoal pode, ainda, ser positiva ou negativa. A primeira pode ser conceituada como “o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc.”¹⁰⁶. Cumpre ressaltar que a defesa pessoal positiva também exerce suas influências mesmo durante a fase inquisitiva, leciona Aury Lopes Júnior¹⁰⁷:

Mesmo no interrogatório policial, o imputado tem o direito de saber em que qualidade presta as declarações, de estar acompanhado de advogado e, ainda, de reservar-se o direito de só declarar em juízo, sem qualquer prejuízo. O art. 5º, LV, da CB é inteiramente aplicável ao IP. O direito de silêncio, ademais de estar contido na ampla defesa (autodefesa negativa), encontra abrigo no art. 5º, LXIII, da CB, que ao tutelar o estado mais grave (preso) obviamente abrange e é aplicável ao sujeito passivo em liberdade.

Já a defesa pessoal negativa é o direito que o acusado possui de permanecer em silêncio e se abster de produzir provas contra si mesmo, estando tal direito expressamente previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que é aplicado tanto ao acusado preso quanto ao sujeito passivo em liberdade.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o direito ao silêncio não pode gerar qualquer prejuízo ao acusado e nem resultar em uma presunção de culpabilidade, sendo apenas “uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio”¹⁰⁸.

Dessa forma, o que esses princípios buscam é a efetivação de uma Justiça Penal submetida a exigências de igualdade efetiva entre os litigantes. Ter um processo justo significa um olhar atento para as desigualdades materiais que ocorrem no curso de toda persecução penal, fomentadas pela atuação de magistrados capazes de interferir na produção de provas, o que põe em risco a imparcialidade do órgão julgador. Portanto, para que se obtenha um percurso processual legítimo, deve-se estar presente o direito fundamental ao

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 228.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 232.

contraditório, em que se tenha um juiz natural e a participação de uma defesa técnica atuante, com o intuito de se fazer uma construção legal do convencimento do órgão julgador, sendo este sempre feito de forma motivada, como garantia adequada da função judicante.

4.2 A Imparcialidade do Juiz

O princípio da imparcialidade do juiz é considerado um princípio implícito do direito brasileiro, haja vista não estar expressamente previsto na Carta magna. Dessa forma, afirma-se entre os doutrinadores que trata-se de um princípio inerente à própria exigência de um devido processo legal, no qual não se pode admitir a existência de agentes que atuem guiados por motivos pessoais.

É de se ressaltar, contudo, que, para a existência de imparcialidade, faz-se necessária também a existência de independência do órgão julgador, motivo pelo qual a CB consagrou em seu artigo 95 algumas prerrogativas conferidas aos magistrados, para blindá-los de influências externas em suas decisões.

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Cumprindo à Carta Magna, o legislador ordinário também apresenta dispositivos que visam preservar a imparcialidade do membro julgador, dispondo nos artigos 252, 253 e 254 do CPP as chamadas causas de impedimento e suspeição dos juízes, as quais proíbem os magistrados de atuarem em causas nas quais estejam presentes pessoas que possuam alguma

relação pessoal com o julgador, significando verdadeira garantia das partes de serem julgadas por juiz imparcial¹⁰⁹.

Ressalta-se que a diferença entre imparcialidade e neutralidade. Tendo em vista a imparcialidade, Gisela Esposel¹¹⁰ questiona:

Exige-se que o juiz seja imparcial, jamais neutro. A neutralidade não condiz com a sociedade complexa e plural em que vivemos. É surreal a intenção de colocar os julgadores em uma bolha, intocáveis imaginando que dessa forma a decisão será justa. Justa para quem?

A neutralidade demonstra-se um conceito impossível para os seres humanos, haja vista que pressupõe uma indiferença do intérprete com relação ao resultado de seu trabalho, o que é impossível diante de toda a carga histórica, cultural e pessoal do qual já é dotada o magistrado quando a causa lhe chega para julgamento.

É entendimento majoritário na atual doutrina que a permissão de se buscar elementos que não possuam caráter probatório que sejam devidamente requeridos pelas partes fere a imparcialidade, interferindo diretamente na sentença do processo. Portanto, chega-se a conclusão de que a existência de dúvida por parte do magistrado, esta é suficiente para que prolate uma decisão absolutória, tendo como fundamento jurídico o princípio do in *dúbio pro reo*. A parcela defensora afirma que o juiz continua sendo imparcial, buscando sempre a verdade real, algo que mostra um verdadeiro viés inquisitivo. Os que defendem que o juiz pode manter-se imparcial baseiam-se no princípio da busca da verdade real, princípio este que demonstra um verdadeiro viés inquisitivo¹¹¹.

Nesse sentido é que Ada Pellegrine Grinover¹¹² afirma que o agir do magistrado na busca de provas não é fator capaz de comprometer sua imparcialidade, já que o mesmo não

¹⁰⁹ ROCHA, Claudiceia do Nascimento. **A produção de provas ex officio pelo juiz**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15035>. “Acesso em 01/11/2017.”

¹¹⁰ ESPOSEL, Gisela Vasconcelos. **A atividade probatória do juiz no processo penal**. 2013. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2013, pp. 94 e 96.

¹¹¹ ROCHA, Claudiceia do Nascimento. **A produção de provas ex officio pelo juiz**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15035>. “Acesso em 01/11/2017.”

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Artigo publicado na **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, nº 68, jan/jun 1999.

tinha o poder de adivinhar qual seria o resultado da prova que, ao entender necessária, ordenou a produção.

4.3 A Produção de Provas pelo Juiz Frente ao Princípio da Presunção de Inocência

O chamado princípio da presunção de inocência está expressamente previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor, o qual traz em sua redação o comando de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Tal princípio é um dos norteadores do sistema processual acusatório, sendo imprescindível para o respeito à dignidade e aos direitos essenciais da pessoa humana.

Sobre esse princípio, Alexandre de Moraes¹¹³ destaca que o mesmo constitui um verdadeiro requisito para a formação e continuidade de um Estado de Direito, pois tem como um de seus principais objetivos a proteção à liberdade dos cidadãos contra o arbítrio estatal, ficando o Estado com o ônus de provar as acusações que forem feitas aos sujeitos passivos do processo penal.

A presunção de inocência possui duplo significado: se por um lado ele atua como forma de tratamento do acusado, que exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal, de outro significa verdadeira regra a ser observada pelo ente estatal, com o qual fica todo o ônus da prova à acusação, sendo necessária, inclusive, a absolvição do acusado em caso de dúvida.

Nesse ponto, é de suma importância para o presente tema abordado a segunda concepção da qual se veste o princípio da presunção de inocência, o qual torna imperativa a necessidade de se eliminar qualquer dúvida acerca da autoria e materialidade do delito para que seja prolatada uma sentença penal condenatória, o que encontra-se intrinsecamente vinculado ao princípio do *in dubio pro reo*, como bem esclarece Badaró¹¹⁴, expressando que, na dúvida, deve o juiz absolver o acusado. Os dois princípios mencionados são referenciados

¹¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Editora Atlas: São Paulo, 2006, p. 105.

¹¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. Editora Revista dos tribunais, 2003, p. 285.

pelo critério do favor rei, que constitui “uma limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão”¹¹⁵.

Sobre o princípio da presunção de inocência, afirma Aury Lopes Júnior¹¹⁶ que, sendo o imputado presumidamente inocente, o mesmo fica totalmente desincumbido da obrigação de provar, vez que é dever da acusação ver destruída a presunção de inocência trazida pelo legislador, não tendo nem o réu e nem o juiz qualquer dever de contribuir com essa desconstrução.

Na sistemática do processo penal pátrio, fica a cargo do Ministério Público o ônus substancial da prova, tendo referido órgão a obrigação de fornecer os elementos suficientes para a efetiva aplicação da pretensão punitiva por parte do Estado. Não há, dessa forma, que se falar em repartição do ônus de prova, pois a carga probatória fica inteiramente nas mãos do sujeito ativo do processo – a acusação.

Nessa situação, ao réu fica resguardada a faculdade de negar os fatos que lhe são imputados, não havendo, contudo, a obrigação de fazê-lo, vez que o mesmo possui o direito ao silêncio, não podendo este ser interpretado em prejuízo do acusado. Portanto, o sujeito passivo do processo penal receberá, sempre, o benefício da dúvida, que, subsistindo ainda na fase de prolação da sentença, demonstrará que a acusação não cumpriu com seu ônus de provar que o acusado foi, de fato, o sujeito que praticou a infração penal.

Gomes Filho¹¹⁷, afirma que não basta que a acusação demonstre os fatos alegados contra o réu: é necessária que isso seja feito através de provas lícitas e seguras, ao ponto de que, caso reste no órgão julgador dúvidas também acerca da legalidade das provas, a presunção não estará desfeita, levando à absolvição do acusado.

Diante do princípio da presunção de inocência, constitucionalmente consagrado, que confere à acusação a total responsabilidade em provar os fatos alegados contra o sujeito passivo do processo penal, seria lógico que o magistrado se mantivesse afastado do ato de produção probatória, vez que, caso contrário, estaria cumprindo uma função conferida ao Ministério Público (ou ao titular da ação penal privada, sendo o caso). Contudo, mesmo com a discussão acerca de sua constitucionalidade, é notório que a lei 11.690/2008 promoveu a

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, Teoria do garantismo penal**. Editora RT 4 ed. 2014, p. 84.

¹¹⁶ LOPES Junior, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008, p. 495.

¹¹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: Marco Antonio Marques da Silva e José de Faria Costa (coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 322.

existência da produção de prova de ofício, inclusive a antecipada, contanto que estejam presentes os requisitos da necessidade, proporcionalidade, urgência e relevância, exigindo-se ainda que a prova produzida seja lícita e moralmente admitida – tais requisitos devem estar devidamente fundamentados na decisão judicial que determinar a produção probatória.

Na prática, o novo artigo 156 do CPP, alterado pela Lei 11.690/2008, ainda gera discussões. No julgamento do HC 93.157/SP, que discutia a designação da oitiva de testemunhas de ofício pelo magistrado, mesmo com o réu revel, tendo o juiz justificado a urgência pela precariedade da memória das testemunhas presenciais da prática delituosa, o ilustríssimo relator Ministro Ricardo Lewandowski votou pela anulação da referida decisão, alegando que o magistrado não havia justificado tal medida – embora permitida pelo Código de Processo Penal¹¹⁸. O relator acima citado alegou que seu voto possuía um cunho pedagógico, no intuito de se evitar que ocorra o automatismo, ou seja, produção automática de provas pelos juízes. Contudo, é de se salientar que referido voto foi vencido pelos demais ministros.

A jurista e Ministra do STF, Carmém Lúcia, ainda no HC acima citado¹¹⁹, foi um dos votos que sustentou a produção de provas pelo juiz criminal, sob o argumento de que este tem o problema diário de garantir o direito fundamental do réu e o direito da sociedade. No mesmo julgamento, o Ministro Marco Aurélio também votou pela validade da decisão, sustentando que a prova produzida *ex officio* pelo magistrado – no caso em questão a oitiva de testemunhas – estava nos moldes dos artigos 225 e 366 do CPP.

Há de se reconhecer que assiste razão à Ministra Carmém Lúcia quando de seu voto acima citado, pois existem situações em que, mesmo não havendo prova segura do crime que dê ao magistrado a certeza dos fatos, existem fortes indícios aos olhos do órgão julgador e da própria sociedade. Ocorre que o constante aumento da criminalidade organizada, unida à complexidade com a qual se apresenta, torna por vezes necessária a utilização de todos os meios lícitos de se obter a verdade material acerca dos delitos. Dessa forma, o intuito do legislador ao permitir que o juiz ordene, de ofício, a produção de provas, foi o de conferir maior celeridade e efetividade ao processo penal.

¹¹⁸ Brasil, Site do Supremo Tribunal Federal, HC 93.157 julgado em 23/09/2008, acesso em 11/11/2014, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561169>. “Acesso em 01/11/2017.”

¹¹⁹ Brasil, Site do Supremo Tribunal Federal, HC 93.157 julgado em 23/09/2008, acesso em 11/11/2014, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561169>. “Acesso em 01/11/2017.”

Salienta-se que a atividade do magistrado de ordenar de ofício a produção de provas deve, em primeiro lugar, respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e os demais princípios norteadores do processo penal. Outro aspecto a ser observado é de que a atividade probatória do magistrado deve se caracterizar como poder instrutório supletivo para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Nesse sentido é que Afrânio Silva Jardim¹²⁰ defende que o poder instrutório do juiz deve ser sempre supletivo com relação aos demais sujeitos processuais.

A determinação da produção de provas de ofício, uma vez permitida pela legislação pátria, deve ser usada com a máxima cautela e somente no intuito de dirimir dúvidas que impeçam o magistrado de formar o seu convencimento acerca de uma decisão justa. Ressalte-se que, mesmo após toda dilação probatória, ainda restar dúvidas acerca da autoria delitiva, deve o sujeito passivo ser poupado de qualquer punição estatal, sob pena de se estar ofendendo a Carta Magna.

¹²⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 160.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda explanação, percebe-se que a questão da produção da prova de ofício pelo juiz é ainda bastante discutida na doutrina processual pátria. É de se ressaltar, que, embora exista discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo, é de se olvidar para o fato de que o art. 156 do CPP, recentemente alterado pela Lei 11.690/2008, permite que o magistrado ordene, de ofício, a produção das provas, justificando sua decisão com os fundamentos que apontem para a necessidade e a urgência da medida.

Mesmo reconhecida pela legislação ordinária, a produção de provas de ofício pelo magistrado ainda gera discussão na doutrina acerca de sua constitucionalidade. A doutrina que filia-se em defender a constitucionalidade do instituto baseia-se, sobretudo, na busca pela verdade real, anteriormente objeto do direito processual penal.

A busca pela verdade real significa a tentativa de se reconstruir no processo os fatos exatamente como se deram na realidade fática. Em síntese, é trazer à dialética processual a integralidade do que ocorreu no mundo fático. Contudo, o dogma da verdade real já se encontra superada pela doutrina atual, já que os fatos criminosos acontecerem no passado, só existem na memória daqueles que participaram, de alguma forma (como delinquentes ou vítimas), do ato, não existindo como haver uma reconstrução do que exatamente se deu no momento da prática do ato criminoso.

Na realidade o que deve ser buscado dentro de um processo criminal onde existem três polos distintos, quais sejam a acusação, em que na maioria das vezes é feita pelo ministério público, a defesa, e o órgão julgador, é a busca pela verdade processual, oportunizando a defesa o exercício da ampla defesa e do contraditório, para então se chegar a verdade que foi construída dentro de um processo criminal com um viés acusatório.

A verdade real é, na realidade, uma herança deixada pelo sistema inquisitório, em que se buscava a fundamentação de uma “verdade” já construída na mente dos julgadores, os quais tinham a necessidade de fundamentarem suas sentenças, já construídas, em elementos fáticos. Dessa forma, percebe-se a fragilidade da corrente defensora da constitucionalidade da produção de provas de ofício pelos magistrados.

Em contrapartida, a corrente que defende a inconstitucionalidade da produção de provas de ofício pelo juiz – esta majoritária – baseia seu discurso nos pilares do sistema acusatório, quais sejam, a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do magistrado.

Ocorre que, podendo o magistrado determinar a produção de provas ainda na fase inquisitorial, estará o mesmo adentrando em uma função que foi conferida à acusação, geralmente personificada no Ministério Público. Dessa forma, o magistrado acaba por tender seu julgamento a um dos polos do processo: o polo ativo.

Além disso, as provas produzidas durante a investigação criminal não se encontram envoltas no manto do contraditório, não podendo o sujeito ativo confrontá-las ou produzir provas em contrário nesse momento. Sendo assim, sua sentença fundamentar-se-á em provas que desrespeitam o devido processo legal.

Percebe-se que, embora legalmente aceita, a produção de ofício de provas pelo magistrado acaba ferindo o caráter garantista da legislação pátria, sobretudo a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

1 Livros

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BECARIA, Cesare. Trad. Vicente Sabino Júnior. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: CID, 2002.

BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: *Directorium Inquisitorum*: Manual dos Inquisidores. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

CATENA, Moreno. **La defensa en el proceso penal**. Madrid, Civitas, 1982.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **A gestão da prova no processo penal: A atividade subsidiária do juiz**. (no prelo).

CARVALHO, Djalma Eutiímio de. **Curso de processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Salo. **As presunções no direito processual penal** (estudo preliminar do 'estado de flagrância' na legislação brasileira. In *Processo Penal: Leituras Constitucionais*. org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 01, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 3. ed. Barcelona: Labor, 1964.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, Teoria do garantismo penal**. Editora RT 4 ed. 2014.

FOSCHINI, Gaetano. **L'Imputato**. Milano, Dott, A. Giuffrè, 1956.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona, Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo, 1996.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2002.

MARQUES, Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Editora Atlas: São Paulo, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. III. 29. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007a, v. III.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

2 sites/web

CAMPOS, Gustavo Henrique Barbosa. **O contraditório e a ampla defesa no processo penal**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12318>.

ROCHA, Claudiceia do Nascimento. **A produção de provas ex officio pelo juiz**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15035>.

SAMPAIO, Denis. **A gestão da prova no processo penal: Continuidade do sistema inquisitório pela Lei 11.690/08**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal: 2009. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Penl_Sampai%2001.pdf>.

TAMBARA, Vinicius Otávio Cechin. **A evolução histórica dos sistemas processuais penais**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1123. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3040>>.