

CURSO DE DIREITO

Rosane de Oliveira Garcia

**SISTEMA ACUSATÓRIO: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRODUÇÃO
DE PROVA DE OFÍCIO PELO JUIZ**

Santa Cruz do Sul
2015

Rosane de Oliveira Garcia

**SISTEMA ACUSATÓRIO: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRODUÇÃO
DE PROVA DE OFÍCIO PELO JUIZ**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Mestre Caroline Fockink Ritt
Orientadora

Santa Cruz do Sul
2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Rosane de Oliveira Garcia adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. Mestre Caroline Fockink Ritt
Orientadora

RESUMO

O presente trabalho monográfico que ora é apresentado tem por tema a (in) constitucionalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado diante do sistema acusatório, que passou a ser adotado no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, com a absoluta distinção entre a função do órgão acusador, defensor e julgador. Contudo, há quem entenda que o referido sistema processual não é absoluto, fazendo menção, ainda, ao Sistema Inquisitivo, onde as funções de cada órgão se confundem. Assim, diante de tais posicionamentos jurídicos distintos, será analisado cada sistema processual, bem como seus efeitos no Processo Penal atual, em consonância com a Constituição Federal de 1988, buscando pesquisar, também, os dispositivos existentes no Código de Processo Penal e a sua adequação com a Constituição Federal, pois a referida Lei Federal fora publicado em 1941, antes da atual Constituição de 1988, que adotou o Sistema Acusatório. Objetivou verificar a (in) constitucionalidade da produção de prova de ofício e demais atos praticados pelo magistrado, diante do Sistema Acusatório. Para tanto, foi adotado o método comparativo, pois almeja averiguar as diferenças entre os sistemas processuais penais, assim como a influência de cada um no mundo jurídico e a sua (in) constitucionalidade. Além disso, será empregado o método descrito, o qual será desenvolvido através de uma conceituação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, assegurados na Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como o dedutivo, que por meio de uma apreciação geral do tema é possível chegar ao caso concreto. Através das seguintes indagações: Qual a diferença entre os sistemas processuais penais? O que implica na prática? Como é aplicada a produção de provas no atual sistema acusatório? O juiz pode produzir prova de ofício? Seria Constitucional? Quais os outros atos que, se praticados pelo magistrado, além da produção de provas, feriria o Sistema Acusatório?

Palavras-chave: sistema acusatório, constitucionalidade, produção de provas e magistrado.

ABSTRACT

This monograph that now is submitted is about the (un) constitutionality of the production craft of evidence by the magistrate before the adversarial system, which is adopted in Brazil since the 1988 Federal Constitution, with the absolute distinction between function of the accuser, defender and judgmental organ. However, there are those who understand that such procedural system is not absolute, mentioning also the Inquisitive system, where the functions of each organ are confused. Thus, faced with such different legal positions, each procedural system will be analyzed as well as its effects in the current Criminal Procedure, in line with the Federal Constitution of 1988, seeking to investigate also the existing devices in the Criminal Procedure Code and its appropriateness with the Federal Constitution, as the said Federal Law was published in 1941, before the current Constitution of 1988, which adopted the adversarial system. Aimed at verifying the (un) constitutionality of the craft of taking evidence and other actions taken by the magistrate before the adversarial system. Therefore, the comparative method was adopted because it aims to ascertain the differences between criminal procedural systems, as well as the influence of each of the legal world and its (un) constitutionality. It will also be used the described method, which will be developed through a concept of fundamental rights and guarantees of the human being, guaranteed in the Federal Constitution of 1988 as well as the deductive, that through a general appreciation of the theme can get to the concrete case. Through the following questions: What is the difference between the criminal procedures systems? Which are its practical implications? How is the production of evidence in the current adversarial system? Can the judge produce craft proof? Would it be constitutional? What other acts which, if committed by the magistrate, in addition to producing evidence, would hurt the adversarial system?

Keywords: adversarial system, constitutionality, production of evidence and magistrate.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	9
2.1	Do sistema inquisitório.....	10
2.2	Do sistema acusatório	14
2.3	Do sistema misto.....	20
3	A PRODUÇÃO DA PROVA E DEMAIS ATOS PRATICADOS PELO JUIZ DIANTE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	25
3.1	A produção da prova penal no Inquérito Policial	26
3.2	O Ministério Público e sua função probatória no atual ordenamento jurídico brasileiro.....	30
3.3	A participação da Defesa na produção da prova policial e judicial	34
3.4	Da função do juiz: inércia ou participação na produção da prova?	36
4	A PROVA PENAL PRODUZIDA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO SOB O ASPECTO DO PRNCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE.....	41
4.1	Princípios constitucionais frente ao sistema acusatório	42
4.2	O juiz pode ou não realizar a produção da prova penal de ofício?	50
5	CONCLUSÃO	55
	REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado no presente trabalho monográfico é a (in) constitucionalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado diante do sistema acusatório, que passou a ser adotado no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, com a absoluta distinção entre a função do órgão acusador, defensor e julgador.

Entretanto, há quem entenda que o referido sistema processual não é absoluto, fazendo menção, ainda, ao Sistema Inquisitivo, onde as funções de cada órgão se confundem.

Considerando tais posicionamentos jurídicos distintos, será feita uma análise detalhada de cada sistema processual, bem como seus efeitos no Processo Penal atual, em consonância com a Constituição Federal de 1988, buscando pesquisar, também, os dispositivos existentes no Código de Processo Penal e a sua adequação com a Constituição Federal, pois a referida Lei Federal fora publicado em 1941, antes da atual Constituição de 1988, que adotou o Sistema Acusatório.

Em razão dos diversos dispositivos existentes no Código de Processo Penal, com características inquisitórias, será feito, também, um estudo aprofundado de todos os princípios constitucionais que norteiam o processo penal, bem como de eventual (in) constitucionalidade de tais artigos constantes no referido Código de Processo Penal.

O presente trabalho justifica-se na sua importância social e jurídica, tendo em vista que se pretende debater sobre os princípios e garantias constitucionais do acusado no processo penal brasileiro, a fim de que o mesmo seja julgado com todos os seus direitos assegurados.

Existe a necessidade de a jurisdição ser exercida de forma que se ajuste ao princípio da imparcialidade do julgador, sem que haja qualquer violação ao Sistema Acusatório. O estudo visa garantir, ainda, que a instrução criminal seja realizada com base nos direitos fundamentais assegurados ao réu pela Constituição Federal, direitos estes presentes em diversos princípios constitucionais, tais como o devido processo legal, *in dubio pro reo*, imparcialidade do juiz, presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, entre outros.

Então, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a (in) constitucionalidade da produção de prova de ofício e demais atos praticados pelo magistrado, diante do Sistema Acusatório. Tem-se como objetivos específicos,

analisar, historicamente, os sistemas processuais penais já adotados no ordenamento jurídico, investigar como é aplicada no atual modelo de sistema processual penal brasileiro a produção da prova, bem como os demais atos praticados pelo magistrado que envolva o tema tratado e, por fim, analisar, sob o aspecto do Princípio da Imparcialidade, se o juiz pode ou não realizar a produção da prova penal de ofício e qual a sua (in) constitucionalidade.

O trabalho irá se desenvolver utilizando o método comparativo, tendo em vista que se almeja averiguar as diferenças entre os sistemas processuais penais, assim como a influência de cada um no mundo jurídico e a sua (in) constitucionalidade. Além disso, será empregado o método descrito, o qual será desenvolvido através de uma conceituação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, assegurados na Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como o dedutivo, que por meio de uma apreciação geral do tema é possível chegar ao caso concreto. Tendo por base a leitura de livros, artigos e *sites* será empregada como técnica de pesquisa bibliográfica.

Assim, será analisado através das seguintes indagações: Qual a diferença entre os sistemas processuais penais? O que implica na prática? Como é aplicada a produção de provas no atual sistema acusatório? O juiz pode produzir prova de ofício? Seria Constitucional? Quais os outros atos que, se praticados pelo magistrado, além da produção de provas, feriria o Sistema Acusatório?

Para tanto, o trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro discute, a partir de uma análise histórica, a diferença entre os sistemas processuais penais. O segundo aborda o modo como é aplicada a produção da prova no modelo de sistema processual penal brasileiro. Por fim, o terceiro capítulo analisa se o juiz pode ou não produzir a prova de ofício e qual a sua (in) constitucionalidade.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Historicamente, o processo penal apresentou constantes mudanças a respeito do sistema processual a ser utilizado, estando tal alternância entre dois sistemas, o Sistema Acusatório e o Sistema Inquisitório, muito embora, na maioria das vezes, nenhum desses sistemas tenha sido adotado na íntegra, de forma pura, surgindo, então, o Sistema Misto.

A mutação que ocorreu entre os referidos sistemas processuais penais ao longo do tempo e nas diferentes culturas se deu em razão da busca pelos direitos fundamentais, antes inexistentes.

Os primeiros empreendimentos filosóficos que abordaram os chamados princípios ideais vieram da Grécia e, posteriormente, em Roma já se falava em igualdade, dignidade e ideia universal da humanidade. No entanto, foi no Cristianismo que surgiram de fato os direitos fundamentais, mas, obviamente, não liberado das contradições históricas determinadas pelo modo que já se encontrava na sociedade feudal (PRADO, 2006).

Na segunda metade da Idade Média, se difundiram documentos que reconheciam os direitos fundamentais, tais como os forais e cartas de franquia e, mais tarde, as disposições a favor de outras categorias de súditos se ampliaram. Ainda, em 1215, o Papa Inocêncio III proibia, no Concílio de Latrão, as ordálias, reduzindo, assim, o sofrimento causado pelo modo de persecução e expiação das infrações penais (PRADO, 2006).

A consciência dos direitos básicos, relacionados à liberdade do indivíduo e à condição diversa em que se viam inseridos, na prática, ocorreu também na Baixa Idade Média, nas comunas e burgos livres da Europa Ocidental, em oposição radical à fragmentação social e às servidões feudais.

Em se tratando da igreja, por sua vez, o primeiro grande passo dado na direção dos direitos fundamentais foi a liberdade religiosa, em decorrência da quebra do vínculo entre Estado e Igreja (PRADO, 2006).

Enquanto a burguesia e o proletariado se uniam para retirar do poder a classe aristocrática dominante, os direitos fundamentais foram se difundindo, uma vez que essenciais à dignidade da pessoa, justamente o que se buscava naquela época (PRADO, 2006).

Aos poucos, os direitos fundamentais foram ganhando espaço, até que surgiu a necessidade da mudança nos sistemas processuais, os quais possuem

suas próprias peculiaridades, influenciado pela época, transformações sociais e, principalmente, de acordo com as políticas que ali se passaram.

2.1 Do sistema inquisitório

O sistema inquisitório refere-se ao processo adotado desde o século XII pelos tribunais eclesiásticos, para fins de investigações criminais, sendo que o Papa Gregório IX foi quem, no século XIII, instituiu a Inquisição como justiça e tribunal eclesiásticos na Idade Média, onde se julgava os delitos contra a fé, em sua forma definitiva e persecutória, tendo como objetivo final exterminar todos aqueles que eram considerados hereges (RODRIGUES, 2013, www.jus.com.br).

Até o século XII, na Europa, predominava o sistema acusatório, não existindo processo sem acusador legítimo, mas, com o aumento dos delitos entre os séculos XII e XVI, o modelo acusatório, onde os particulares eram responsáveis pela acusação, foi se tornando insuficiente, sendo a solução encontrada na época para combater a delinquência, passar a função de acusar para o Estado (LOPES JR., 2010).

Segundo Rangel (2008), o sistema inquisitório surgiu nos regimes monárquicos, mas foi no direito canônico que se aperfeiçoou e, nos séculos XVI, XVII e XVIII, passou a ser adotado em quase todas as legislações europeias. Esse sistema processual penal sustentava a ideia de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, ao passo que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O Estado, então, reivindicou para si o poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.

A partir de então, as funções de acusar e julgar se concentrou nas mãos do Estado-Juiz, sendo esta a solução encontrada na época para assegurar a inexistência de impunidade do autor do delito. Este é a principal característica do sistema inquisitório, mesmo, claramente, comprometendo a imparcialidade do julgador, o qual passou a tomar a iniciativa da própria acusação a ser julgada por ele mesmo (RODRIGUES, 2013, www.jus.com.br).

Ocorre que, posteriormente, os poderes dos magistrados foram violando cada vez mais a esfera de atribuições pertencentes ao acusador, até que se reuniram, em um mesmo órgão, as funções de acusar e julgar. De início, esse sistema foi adotado pela Igreja e, após, por todos os legisladores da época. Tinha o

propósito inicial de evitar injustiças, contudo as autoridades da época visualizaram naquele modelo processual uma poderosa arma, motivo pelo qual se espalhou entre os Tribunais, transformando-o em instrumento de opressão (ARRUDA, 2014, www.conteudojuridico.com.br).

O Sistema Inquisitivo é típico dos sistemas ditatoriais, no qual a figura do acusador, defensor e julgador se confundiam, fazendo com que existisse uma grande desigualdade entre as partes.

Avena (2014, p.10), a respeito do Sistema Inquisitivo, expõe que

não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*. Nesta mesma linha, faculta-se ao magistrado substituir-se às partes e, no lugar destas, determinar, também por sua conta, a produção das provas que reputar necessárias para elucidar o fato. O acusado, praticamente, não possui garantias no decorrer do processo criminal (ampla defesa, contraditório, devido processo legal etc.), o que dá margem a excessos processuais. (Grifo original).

Nota-se, deste modo, que neste contexto o papel da Defesa fica totalmente restrito e, por consequência, surge um grande prejuízo ao réu que, por sua vez, não tem seus direitos e garantias assegurados.

O elemento que configura esse sistema é a busca desmedida pela verdade, pouco importando se, para isso, fossem usadas provas inteiramente unilaterais e desprovidas de qualquer controle que permitisse a contenção regrada do poder punitivo (KHALED JR., 2013).

Veja-se que, além disso, presume-se sempre a culpa do réu, sendo muito comum, então, a decretação de sua prisão e, por sua vez, incomum ver o réu respondendo ao processo em liberdade.

Segundo Ferrajoli (2002, p. 434-435), o modelo do Sistema Inquisitivo assenta-se

na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma *verdade máxima*, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa [...] o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam). (Grifo original).

O modelo inquisitório mudou a fisionomia do processo radicalmente, pois o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, passou a ser uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o

acusado. O juiz assumiu a posição de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. As atividades de juiz e acusador se confundem, e o acusado, por sua vez, perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação (LOPES JR., 2010).

Além disso, a publicidade dos atos processuais, que anteriormente predominava, aos poucos foi substituída por processos sigilosos. Sentenças que eram lidas oralmente, na época Republicana, no Império assumem a forma escrita e passam a ser lidas na audiência (RODRIGUES, 2013, www.jus.com.br).

Acerca do sistema processual penal inquisitório, Khaled Jr. (2013, p. 21-22) esclarece que

o magistrado podia atuar no esclarecimento dos fatos diretamente, reunindo em si todas as funções processuais: chamava para si espontaneamente o conhecimento de uma imputação sem necessidade de provocação exterior e realizava a investigação de acordo com seu puro arbítrio. Não existiam regras processuais que limitassem a instrução e decisão; não havia limites quanto ao poder do magistrado de esclarecer os fatos como melhor lhe parecesse. O juiz não necessitava de provocação para agir, não existiam trâmites processuais determinados previamente, nem regramento das provas e de sua forma de recepção, nem nenhum direito estabelecido para a intervenção do acusado.

Ainda, cabe ressaltar que as práticas de tortura eram frequentemente admitidas como meio de se obter a confissão do acusado, pois o réu era visto como mero objeto da persecução nesse sistema, que era sigiloso, sempre escrito, sem direito ao contraditório e reunia na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar (CAPEZ, 2008).

Além da reunião das funções na pessoa do juiz, ser sigiloso e o réu ser mero objeto do processo penal, outras características importantes merecem ser ressaltadas, tais como a confissão ser a rainha das provas, a existência da presunção de culpa, sendo o réu culpado até que se prove o contrário, bem como a inexistência de garantias constitucionais, pois não se falava em contraditório, ampla defesa, devido processo legal, entre outros (NAGIMA, 2011, www.direitonet.com.br).

Nesse contexto, o juiz que está na condição de gestor da prova faz a busca para confirmar o que pensa sobre o fato, utilizando as provas colhidas apenas para comprovar seu pensamento, por isso se buscava, principalmente, a confissão do réu, que era obtida mediante tortura ou outros meios cruéis, visando obter as respostas que lhe convir, muitas vezes através de provas ilícitas (NAGIMA, 2011, www.direitonet.com.br).

Também, nesse sistema, o testemunho de um clero ou nobre possuíam

valores muito maiores, por exemplo, ao de uma mulher (NAGIMA, 2011, www.direitonet.com.br).

Não existia, nesse modelo, uma estrutura dialética, pois não havia relação jurídica, ao passo que a investigação cabia unilateralmente ao juiz inquisidor.

A respeito do tema, esclarece Netto (2003, p. 25) que

o processo tipo inquisitório puro é a antítese do acusatório. Nele, não há o contraditório, e por isso mesmo, inexistem as regras de igualdade e liberdade processual. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas (na origem), a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito, nenhuma garantia se confere ao acusado.

A busca pela verdade real era a justificativa utilizada para que, por diversas e reiteradas vezes, se usasse os meios de tortura contra o acusado, a fim de que se alcançasse a confissão, prova máxima regida pelo sistema processual penal inquisitório.

Acerca da produção probatória, ainda, ressalta-se que havia a intervenção *ex officio* do juiz, que verdadeiramente se identificava com o acusador, tendo em vista que ele tinha a liberdade de colher provas. Normalmente, o acusado permanecia preso durante o curso do processo e, na busca pela verdade, era torturado até confessasse a autoria do delito (BADARÓ, 2003).

O sistema inquisitório baseia-se, em suma, em um princípio de autoridade, segundo o qual, quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador na produção da prova, melhor acertada é a verdade obtida. Há uma substituição da concepção argumentativa por uma concepção demonstrativa da prova, no campo probatório (BADARÓ, 2003).

As provas eram tarifadas por lei, ou seja, cada prova tinha o seu valor probatório, diferindo o valor dado a cada uma delas, sendo que a confissão, como já mencionado, era a rainha das provas, aquela que era a mais valiosa, superando, inclusive, as obtidas mediante tortura. No que tange às provas documentais e testemunhais, a tarifação do seu valor variava de acordo com a condição das testemunhas, seja o sexo, parentesco com a vítima, entre outros aspectos. Havia, também, uma graduação para comprovação de determinados fatos, como, por exemplo, no crime de roubo, onde se provava com número específico de testemunhas do sexo masculino ou, então, do sexo feminino e, ainda, no delito de

homicídio, a autoria era comprovada por um número diverso (NETTO, 2003).

Com efeito, o sistema inquisitório não é compatível com os direitos constitucionais que devem prevalecer em um Estado Democrático de Direito, sendo que, caso o objetivo seja assegurar ao cidadão as mínimas garantias acerca da dignidade da pessoa humana, tal sistema processual penal deve ser afastado das legislações (RANGEL, 2008).

2.2 Do sistema acusatório

O sistema processual penal acusatório teve sua origem no Direito Grego, onde havia a participação direta do povo na atividade acusatória e, também, como julgador.

O sistema adotado pelos gregos contém elementos fundamentais para o sistema acusatório, uma vez que há a nítida separação das funções da acusação e do julgador, a produção da prova incumbe às partes e, além disso, os atos eram públicos e orais. Havia a supremacia do contraditório, não podendo o juiz agir de ofício, nem tampouco investigar os fatos, sendo que o seu papel consistia exclusivamente em examinar o que era trazido pelas partes ao processo e proferir um julgamento. Por outro lado, os castigos eram muito severos, desconsiderado quaisquer direitos dos indivíduos (KHALED JR., 2013).

O sistema adotado pelos romanos, por sua vez, de início era inquisitório, mas como acabou se tornando uma arma política nas mãos de quem julgava, gerou uma grande insatisfação nos cidadãos, abrindo-se, então, a possibilidade da superação desse sistema inquisitivo pelo acusatório.

Após a reforma do direito processual romano, houve a completa imposição do sistema acusatório e o estabelecimento de tribunais populares, com jurados encarregados de proferir as decisões, sendo tais tribunais chamados de comícios centuriais ou centúrias. Logo, percebe-se que a persecução penal pública foi transferida para os cidadãos.

A partir daí, o sistema romano assumiu características semelhantes ao sistema grego, passando a ser público e oral, sendo que os debates eram utilizados como fundamento das decisões e ao Estado, por sua vez, cabia somente o conhecimento e julgamento da ação criminosa em caso de *delicta publica* (PRADO, 2006).

No entanto, em razão do crescente número de acusações infundadas e

motivadas por vingança, dentre outros motivos, surgiu em Roma a *cognitio extra ordinem*, de acordo com as novas ideias políticas. O poder de julgar passou a ser centralizado, ao passo que o direito de acusar, que antes era do povo, permaneceu apenas em se tratando de delitos privados. Passou-se a ter a figura de um acusador oficial, o qual tomava para si a denúncia anônima ou atuava por sua própria iniciativa. A fase preliminar passou a ser secreta e, ainda que permanecesse a publicidade dos debates, estes passaram a se dar diante do julgador, que era o representante da jurisdição extraordinária do Senado ou do próprio Imperador (KHALED JR., 2013).

Com o passar do tempo, ressurgiu o sistema inquisitivo, tendo sido abandonada por completo a publicidade processual antes conquistada e, segundo Lopes Jr. (2010, p. 58), “nesse momento surgem as primeiras características do que viria a ser considerado como um sistema: o inquisitório”.

A insatisfação com o sistema acusatório, na época, fez com que os magistrados voltassem ao controle, aos poucos, das atribuições dos acusadores, originando a junção, novamente, das funções de acusar e julgar. Contudo, diante da Revolução Francesa e suas novas ideologias, as quais valorizavam o homem, houve o abandono gradual do modelo inquisitório e o sistema garantista foi retomado aos poucos (LOPES JR., 2010).

O processo acusatório ressurgiu, ainda que com características peculiares, no direito germânico, onde havia o contraditório entre as partes, citação, prazo contestar, produzir provas. Mas, como dito, era peculiar porque o valor da verdade tinha pouca importância, já que os conflitos eram resolvidos com base na prova, a qual consistia em desafios que ambas as partes aceitavam e se submetiam. Era um meio de luta entre as partes, sendo que uma delas demonstrava maior força de suas afirmações sobre o direito ora invocado, provas estas de caráter social, verbal, corporais ou físicas, chamadas de ordálias.

Nesse sentido, Khaled Jr. (2013, p. 37) explica que

provas de caráter social eram voltadas para a força, o peso e a importância de quem dizia. No sistema verbal, um erro de gramática – ou uma simples troca de palavras – invalidava a fórmula e não a verdade do que era dito. O duelo significava que os adversários abandonavam o litígio por palavras para tomar a via do combate físico. Apesar de algumas nuances, o funcionamento do sistema era “estruturado nos chamados *Juízos de Deus*, basicamente nas formas do *juramento* (em geral para os que mais possuíam), do *duelo* (de regra para os mais hábeis nas ações agonísticas) e das *ordálias* para o povo em geral”. (Grifo original).

Por outro lado, na Inglaterra, o processo penal é um autêntico processo de partes, diverso do sistema inquisitivo antes tratado. O contraditório é pleno, o juiz está em posição passiva e não participa da produção da prova, pois o processo surge como uma disputa entre as partes, que argumentavam perante o juiz, em local público (COUTINHO, 1998).

Veja-se que, à luz desse novo sistema, passa a ser assegurado ao réu o direito à ampla defesa e ao contraditório, na medida em que a Defesa passa a ter o direito de se manifestar após a acusação, sendo que ambas as partes, em razão do Princípio da Isonomia, estão em equilíbrio no processo, têm as mesmas oportunidades de intervenção e possibilidades de acesso, a fim de que possam demonstrar aquilo que alegam (AVENA, 2014).

Quando se fala em sistema acusatório puro, entende-se que o interesse público de perseguição e punição compete ao representante da acusação, enquanto o interesse na absolvição pertence ao defensor. O juiz, portanto, é inerte e deve ter um olhar imparcial.

Para Khaled Jr. (2013, p. 111), este sistema “é caracterizado tanto pela separação das funções de acusar e julgar como pela gestão da prova, que cabe exclusivamente às partes”.

O modelo garantista se destaca pela existência do *actum trium personarum*, tendo como característica principal as divisões das funções de acusar, julgar e defender, as quais passam a ser atribuídas à pessoas distintas (ARRUDA, 2014, www.conteudojuridico.com.br).

O Estado cria um órgão próprio, o Ministério Público, a fim de garantir a necessária separação de funções, com origem nos procuradores do rei da França do final do século XIV. Assim, o órgão ministerial passa a ser o responsável pela propositura da ação penal quando pública, mantendo-se a iniciativa da ação penal privada, ou dependente de representação, nas mãos do particular (RODRIGUES, 2013, www.jus.com.br).

Sendo a antítese do sistema inquisitivo, o acusatório, além da nítida separação de funções, passa a ter o juiz como órgão imparcial da aplicação da lei, o qual passa a se manifestar apenas quando devidamente provocado. O autor é quem faz a acusação, dizendo a imputação penal, mais o seu pedido, assumindo o ônus da acusação e o réu, por sua vez, deixa de ser mero objeto da persecução penal, passando a exercer todos os direitos inerentes a sua personalidade, se defendendo através de todos os recursos disponíveis (RANGEL, 2008).

O juiz se limita apenas a decidir, no sistema acusatório, deixando a interposição de pedidos e o recolhimento do material àqueles que têm interesses opostos, ou seja, as partes (LOPES JR., 2010).

Badaró (2003, p. 109) explica que

eliminada a divisão de tarefas não há processo acusatório. Sem tal separação é inviabilizada a existência de uma verdadeira relação jurídica processual, não há que se falar em sujeitos de direito, sendo o acusado convertido em um objeto do processo. Na verdade, sem separação de funções e sem relação processual, não há sequer um verdadeiro processo.

As principais características do modelo acusatório, para Lopes Jr. (2010), são a distinção entre as atividades de acusar e julgar, a iniciativa probatória das partes, o juiz é tido como terceiro imparcial que não participa da coleta da prova, há tratamento igualitário entre as partes, o procedimento é, em regra, oral, há a plena publicidade de todo o procedimento, existe a possibilidade do contraditório e da defesa, não há uma tarifa probatória, sendo a sentença sustentada pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional, a instituição da segurança jurídica da coisa julgada e, por fim, a possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Ainda nesse sentido, abordando as características fundamentais do sistema acusatório, a que mais se destaca é a separação das pessoas e os seus respectivos poderes que atuam no processo, tendo em vista que o acusador é aquele que requer e persegue criminalmente, o juiz ou tribunal julga, ao passo que o acusado pode se defender, resistindo à acusação. O juiz apenas decide nos limites da ação processual de um acusador, baseando-se no conteúdo da referida ação (ARRUDA, 2014, www.conteudojuridico.com.br).

No tipo processual penal acusatório, tanto o autor como o réu encontram-se em pé de igualdade, estando o juiz, por sua vez, na condição de órgão jurisdicional imparcial de aplicação da lei.

Em se tratando do modelo acusatório, há uma maior tranquilidade social, uma vez que se evita eventuais abusos estatais, os quais podem se manifestar na figura daquele juiz que busca insistentemente um resultado a partir da sua própria investigação e que, ao sentenciar, não se limita aos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação (RODRIGUES, 2013, www.jus.com.br).

Acerca da posição desempenhada pelo magistrado no sistema acusatório,

Prado (2006, p. 109) diz que

a posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na ideia reitora do princípio do juiz natural – garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição – que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo. (Grifo original).

No entanto, por outro lado, há quem critique o sistema acusatório, sendo a principal crítica em relação à inércia do magistrado, pois ao deixar exclusivamente nas mãos dos litigantes a produção probatória, terá que se conformar com eventuais consequências de uma produção da prova incompleta, tendo, então, a necessidade de decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado (RODRIGUES, 2013, www.jus.com.br).

Em atenção ao sistema acusatório puro, considera-se que a gestão da prova é exclusivamente das partes, figurando o juiz como mero espectador, permanecendo o processo como um instrumento de descoberta de uma verdade. O juiz dirá, com base exclusivamente nas provas produzidas, o direito a ser aplicado no caso em concreto.

Diante da atual estrutura democrática do Estado, o sistema acusatório é um imperativo do processo penal moderno, devendo ser aplicado de efetiva e não como meras promessas (RODRIGUES, 2013, www.jus.com.br).

Quando o juiz participa da produção da prova, sua imparcialidade fica comprometida e sua decisão, na condição órgão julgador, contaminada. Caso isso ocorra, não se está mais diante do sistema acusatório e, para Prado (2006, p. 137), “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.

Assim, no modelo acusatório, o juiz é sujeito inerte, sendo a atividade de produzir e trazer a prova aos autos das partes, acusação e defesa.

O acusado não fica em uma situação de passividade, como mero expectador, pelo contrário, ele tem a possibilidade de se defender. Os atos de colaboração, entre as partes e o juiz, estão subordinados a uma forma procedimental, onde a imparcialidade, em nenhum momento, é posta em risco, sendo que o *jus puniendi* do Estado e o direito de liberdade do réu são focalizados e

devidamente debatidos (ARRUDA, 2014, www.conteudojuridico.com.br).

A divisão de funções entre acusação, defesa e julgador, para Badaró (2003, p. 107), “tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: impedir a concentração de poder, evitando que o seu uso se degenere em abuso”.

Nos países da *common Law*, a regra básica desse modelo é a participação ativa das partes, por outro lado, o magistrado tem o papel de sujeito passivo, agindo neutramente entre as partes, mas a função probatória incumbe somente às partes (BADARÓ, 2003).

No Brasil, o sistema acusatório foi adotado pela Constituição Federal de 1988, ficando definidas as funções de acusar e julgar em órgãos distintos. São inúmeros os princípios e garantias previstos na Carta Maior, os quais ratificam tal sistema, onde se fala na ação penal pública, promovida privativamente pelo Ministério Público, na publicidade dos atos processuais, assim como menciona que a autoridade julgadora é a autoridade competente, o juiz natural.

Para Rangel (2008), no processo penal brasileiro vige o sistema acusatório, já que a função de acusar foi entregue, após a Constituição Federal de 1988, privativamente a um órgão distinto, o Ministério Público e, em casos excepcionais, ao particular.

No mesmo sentido, Mirabete (1996) sustenta que no Brasil o sistema vigente é o acusatório porque a Constituição Federal estabelece o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ainda, cabe ressaltar o entendimento de Capez (2008, p. 45), onde diz que

o sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). (Grifo original).

Os princípios mais importantes, norteadores do sistema acusatório, são o da imparcialidade do juiz e do contraditório, podendo-se dizer que os demais princípios são secundários, visto que o princípio da demanda ou iniciativa das partes, por exemplo, mesmo sendo próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador, sem a qual toda a atividade jurisdicional restará viciada.

Assim, a tendência é retirar do Poder Judiciário toda e qualquer função persecutória, devendo, então, a atividade probatória do magistrado ficar restrita à instrução criminal, supletivamente ao atuar das partes (ARRUDA, 2014, www.conteudojuridico.com.br).

Ratificando as posições já expostas, Prado (2006) ensina que caso seja aceita a norma Constitucional que assegura ao Ministério Público o exercício da ação penal pública, de forma privada, garantindo a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, com o julgamento realizado por juiz competente e imparcial, características elementares do princípio acusatório, se chegará à conclusão de que a Constituição da República o adotou, embora não expressamente.

Nota-se, dessa forma, que o sistema acusatório é o modelo de sistema processual penal dos direitos e das garantias ao acusado, onde prevalece a dignidade da pessoa humana frente ao arbítrio do Estado. Logo, a Constituição Federal Brasileira prevê garantias ao acusado a título de direitos fundamentais com o escopo de retirar todos os traços inquisitivos que por ventura pudessem contaminar o processo.

2.3 Do sistema misto

Com a Revolução Francesa, em 1789, houve grande influência no sistema processual penal da época, pois em razão do fracasso do modelo inquisitório e a volta gradativa do sistema acusatório, ocorreu uma modificação no tipo processual penal utilizado. O Estado não podia devolver a função da persecução criminal nas mãos dos particulares, então decidiu dividir o processo penal em duas fases, atribuindo a função de acusar e julgar a órgãos e pessoas distintas (LOPES JR., 2010).

O Código Francês de 1808 inaugurou o chamado Sistema Misto, no qual o processo penal era dividido, então, em duas fases, instrução e debate/juízo. A fase de instrução tinha características inquisitórias, ao passo que era escrita, secreta, privada de contraditório e inteiramente dominada pela acusação. Já a fase do debate, por sua vez, tudo era publicado, com debates orais, livre defesa e plena discussão.

Considerando os ensinamentos de Capez (2008), o sistema misto

caracteriza-se por ter uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, seguindo com a fase final, onde se procede ao julgamento do acusado, com todas as garantias do processo penal acusatório.

Neste sistema, chamado de misto, a inquisição e o sistema acusatório andavam juntos no mesmo procedimento. Contudo, evidente que a fase de instrução, cominada pelo sistema inquisitivo, tinha mais peso na decisão, além de que a leitura de tais atos era inevitável em caso de mudança de declarações ou testemunhas ausentes.

A respeito da fase instrutória no sistema misto, Khaled Jr. (2013, p. 123) diz que

o resultado era mais do que previsível: a fase proposta como acusatória era cominada pelos elementos colhidos de forma monológica, secreta e solitária pelo juiz instrutor na etapa inquisitória. Não basta apenas afirmar que tais elementos devam ter sua importância reduzida: simplesmente não devem ser admitidos no processo. Não resta dúvida de que o acesso do juiz à investigação preliminar é prejudicial à sua imparcialidade: qualquer pessoa que os leia tenderá a formar um juízo prévio sobre os fatos que serão debatidos no processo.

Já na segunda fase, nos debates, o acusado tinha sua defesa garantida com a publicidade dos atos e sua presença neles e, além disso, era assistido por um defensor que tinha o direito ao contraditório. Ocorre que nem mesmo nessa segunda etapa o sistema inquisitivo foi totalmente deixado para trás, tendo em vista que poderiam ser solicitadas novas informações e, em procedimentos do júri, o presidente tinha poder discricionário, podendo tomar todas as medidas necessárias para o descobrimento da verdade de acordo com os novos fatos apresentados (KHALED JR., 2013).

No entanto, o sistema misto é fraudado na medida em que a prova era colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo, bastando ter a decisão do julgador para imunizá-la, uma vez que, ao fundamentar tal decisão, o juiz diz que a prova do inquérito é corroborada pela prova colhida judicialmente, justificando, assim, a condenação, a qual vem calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição (LOPES JR., 2010).

Nesse sentido, Prado (2006, p. 137) refere que

aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes

para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.

Nesse sistema, a imparcialidade do juiz continua comprometida, pois o magistrado continua na colheita da prova antes mesmo de se ter uma acusação, momento este que deveria ser presidido pelo Ministério Público, o qual é o responsável por controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária ou, ainda, caso necessário, realizando-as pessoalmente, a fim de formar sua *opinio delicti* e dar início a ação penal (RODRIGUES, 2013, www.jus.com.br).

O sistema processual penal adotado no Brasil, para Nucci (2009, p. 25), é o modelo misto, também chamado de inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou, ainda, acusatório mitigado, onde

os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto.

O fundamento utilizado por aqueles que acreditam que o sistema misto é o modelo adotado pelo Direito Processual Penal Brasileiro é devido ao fato de que, em regra, a apuração de um crime inicia-se na polícia, onde se instaura o devido inquérito policial, o qual tem natureza inquisitória (ARRUDA, 2014, www.conteudojuridico.com.br).

Por outro lado, existe uma crítica a esse sistema, baseado no fato de que a classificação do sistema processual penal como sendo misto seria insuficiente e redundante, uma vez que não existem mais sistemas puros, os quais são tipos históricos, já que todos são mistos. Assim, é preciso localizar o princípio informador de cada sistema, seu núcleo, para enfim ser formado um sistema, o qual será inquisitivo ou acusatório (LOPES JR., 2010).

Embora a Constituição Federal adote o sistema acusatório, muitos dos princípios opostos a esse sistema são implementados todo dia no ordenamento jurídico. Há formas inquisitórias claramente utilizadas no processo penal brasileiro,

fazendo com que, na prática, o atual sistema adotado seja chamado de misto.

Para Khaled Jr. (2013, p. 129), a adoção do sistema misto não foi visto como uma medida positiva, pois para ele é uma decisão política que

delineou a estruturação do sistema em questão, fazendo com que a característica patológica da produção inquisitória da verdade fosse ardilosamente encoberta. Se no sistema da Inquisição o juiz apenas confirmava uma verdade a que ele mesmo havia dado origem, no sistema bifásico a “verdade” obtida geralmente não correspondia aos fatos, mas, sim, às intenções dos investigadores originais. Como o objetivo por trás do sistema era manter a ordem, foi concedida grande margem de discricionariedade ao arbítrio judicial quanto à confirmação de hipóteses acusatórias oriundas da investigação preliminar. Isso conduziu a um procedimento processual eminentemente pragmático e de caráter inquisitório, que consagrava na prática a sujeição criminal, em franca oposição ao caráter garantista originalmente proposto. (Grifo original).

De acordo com o entendimento de Prado (2006, p. 195), acerca da adoção do sistema misto como modelo processual penal utilizado no ordenamento jurídico, “o princípio e o sistema acusatórios são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade”.

Na prática, Nucci (2009, p. 25) explica que

nesse procedimento administrativo, colhem-se provas a serem utilizadas, posteriormente, no contraditório judicial, com força probatória definitiva (laudos, medidas cautelares etc.). Durante o referido procedimento, há a atuação de um magistrado, não raras vezes o mesmo que irá receber futura denúncia ou queixa e julgará o réu. Esse juiz, fiscalizador do inquérito, pode decretar uma prisão preventiva ou uma busca e apreensão. Posteriormente, recebe a peça acusatória, instrui o feito e, de maneira imparcial, julga a causa. Esta é a realidade contra a qual doutrina alguma pode opor-se. Este é o sistema existente, que é misto. Há laços inquisitivos e toques acusatórios.

Para Rangel (2008), o sistema processual penal adotado no Brasil é o acusatório, embora, na sua essência, não seja puro, tendo em vista que o inquérito policial, regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como mero objeto de investigação, integra os autos do processo.

O sistema misto, conhecido como sistema francês, acabou proporcionando uma solução intermediária entre os sistemas inquisitivo e acusatório, reunindo a eficiência inquisitória na investigação dos delitos e o tipo processual acusatório, o qual é o mais adequado na defesa dos direitos humanos (ARRUDA, 2014, www.conteudojuridico.com.br).

Ocorre que, no modelo misto, o juiz acaba saindo da sua inércia para invadir a atribuição das partes, praticando, assim, atividades probatórias. Rompe-se, dessa forma, o princípio da separação das funções de acusar e julgar, bem como a gestão da prova pelas partes, típicas do sistema acusatório, sob o argumento de que existe a busca pela verdade real.

No entanto, enquanto se busca a tão esperada verdade real, não se menciona eventuais reflexos que certamente atingirão o acusado, deixando de existir a garantia dos direitos humanos.

3 A PRODUÇÃO DA PROVA E DEMAIS ATOS PRATICADOS PELO JUIZ DIANTE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, o sistema processual penal sofreu grande mudança no mundo jurídico, passando, a partir daí, a observar rigorosamente as garantias constitucionais do acusado.

Assim, o sistema processual penal adotado após a Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe a igualdade entre as partes e diversos direitos e garantias ao acusado, sistema este chamado de Sistema Acusatório, no qual, em sentido oposto ao Sistema Inquisitivo, traz a distinção entre as funções de acusar, defender e julgar.

No entanto, considerando que o Código de Processo Penal Brasileiro é lei anterior à Constituição Federal Brasileira de 1988, alguns de seus dispositivos não estão de acordo com o chamado Sistema Acusatório, adotado pela atual Carta Magna.

A finalidade do procedimento penal é a averiguação da verdade e da justiça, mas há dois caminhos distintos para buscá-las, o inquisitório e o acusatório. Em se tratando do caminho pelo meio acusatório, o juiz encarregado da jurisdição penal se limita aos pedidos elaborados pelas partes, tornando-se, então, o processo penal uma disputa entre partes.

Para o modelo acusatório, este é o melhor meio para averiguar a verdade e a justiça, pois a prova será produzida por ambas as partes, as quais têm interesses opostos e sustentam opiniões divergentes, dispensando, assim, o juiz dessa tarefa, que terá, ainda, garantida a sua imparcialidade e, acima de tudo, respeitando a dignidade do acusado enquanto cidadão.

Tratando-se do modelo atual brasileiro, entende-se que o sistema processual penal adotado é o Sistema Misto, modelo intermediário entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, na medida em que embora observe as garantias constitucionais, tais como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, mantém alguns resquícios do sistema inquisitivo, como, por exemplo, a faculdade que assiste ao juiz de produzir a prova *ex officio* e das restrições à publicidade do processo, as quais podem ser impostas em determinadas hipóteses (AVENA, 2014).

Segundo Coutinho (1998, p.16), “salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados.

Se assim o é, vigora sempre sistemas mistos”. Ainda, para o autor, o sistema misto é um sistema essencialmente inquisitório, tendo em vista que a gestão da prova está nas mãos do juiz.

Logo, em se tratando do Código de Processo Penal Brasileiro, especialmente quanto à produção probatória, seja na fase do inquérito policial, seja na fase da instrução criminal, verifica-se que alguns de seus dispositivos ainda têm resquícios do sistema inquisitivo, o que leva a uma análise crítica quanto à sua aplicação.

3.1 A produção da prova penal no Inquérito Policial

A discussão acerca do modelo de sistema processual penal a ser adotado em nosso ordenamento jurídico, atualmente, não se dá apenas na fase judicial, ao passo que a fase extrajudicial, na produção do inquérito policial, mesmo após a Constituição Federal Brasileira de 1988, continua sendo mais inquisitiva do que acusatória.

Os argumentos utilizados por quem defende este sistema na fase extrajudicial são no sentido de que o inquérito policial deve ser secreto, apesar de ser garantido ao advogado, pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e súmula vinculante número 14 do Supremo Tribunal Federal, amplo acesso aos autos. Mas, por não permitir o contraditório nas provas produzidas, fica evidente que o sistema adotado tem grandes características do Sistema Inquisitivo.

Para contrapor esta fase inquisitiva e não permitir que sejam excluídas as garantias constitucionais asseguradas ao acusado na fase judicial, o artigo 155 do Código de Processo Penal, incluído com a reforma do código em 2008, dispõe que ninguém poderá ser condenado com base em elementos probatórios colhidos exclusivamente na fase policial, possibilitando, assim, que também existam provas produzidas sob o crivo do contraditório para fundamentar eventual sentença condenatória.

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.

Como se vê, a prova produzida no inquérito policial não poderá, por si só, basear uma condenação, sob pena de ferir o princípio constitucional do contraditório,

não podendo, nem mesmo, utilizar somente a ressalva das cautelares, pois sozinha ela não é suficiente. É necessário, para ser utilizada, que a prova passe pelo contraditório judicial (FERNANDES, 2010).

O inquérito policial possui natureza administrativa, pois é instaurado pela autoridade policial e, além disso, se trata de um procedimento inquisitorial, destinado a angariar informações necessárias à elucidação de crimes, onde não há ampla defesa no seu curso, nem mesmo o contraditório, salvo em relação ao inquérito objetivando a expulsão de estrangeiro (AVENA, 2014).

Diante da ausência de garantias constitucionais, Avena (2014, p. 152) explica que

há muito tempo consolidaram-se os tribunais pátrios no sentido de que o inquérito policial possui **valor probante relativo**, ficando sua utilização como instrumento de convicção do juiz condicionada a que as provas nele produzidas sejam renovados ou ao menos conformadas pelas provas judicialmente realizadas sob o manto do devido processo legal e dos demais princípios informadores do processo. (Grifo original).

Ademais, cabe referir que o conteúdo do inquérito policial é meramente informativo, não sendo o procedimento imprescindível ao ajuizamento da ação penal, desde que o Ministério Público, no caso da ação penal pública, ou o ofendido, no caso da ação penal privada, já dispuserem dos elementos necessários ao oferecimento da denúncia ou da queixa-crime, quais sejam, indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato. Caso estejam presentes tais elementos, o procedimento policial poderá ser dispensado sem que importe qualquer irregularidade, nos termos dos artigos 39, §5º e 46, §1º, ambos do Código de Processo Penal de 1941.

Segundo Capez (2008), o inquérito policial é um procedimento de caráter administrativo, instaurado pela autoridade policial, que tem como destinatário imediato o Ministério Público e o querelante e, ainda, como destinatário mediato, o juiz, o qual se utilizará dos elementos de informações constantes no procedimento para o recebimento da peça inicial, bem como para formar o seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.

Como se trata de um procedimento onde não há as garantias constitucionais asseguradas na fase instrutória, por exemplo, como já referido as provas precisam ser confirmadas em juízo, entretanto, mesmo se tratando do inquérito policial, todo o indiciado tem direito à defesa. O acusado possui direito de ser defendido pelos meios legais, sendo que, mesmo que ele não possua advogado, o Estado deverá

nomear Defensor Público, a fim de que não se configure violação dos direitos subjetivos daquele a quem se imputa a autoria do crime (FEITOSA, 2011, www.jurisway.org.br).

Ainda, o inquérito policial não se sujeita à declaração de nulidade, uma vez que embora sua confecção não siga formalidades sacramentais, as quais sequer possuem um procedimento específico para sua feitura, não pode padecer de vícios que o anule, o que não significa, evidentemente, que uma determinada prova produzida dentro deste inquérito policial não vir a ser considerada nula no curso do processo criminal. Nessa hipótese, a prova é que será nula e não o inquérito policial num todo (AVENA, 2014).

Nesse sentido, é de suma importância abordar a independência formal do inquérito, na medida em que , segundo Avena (2014, p.153)

no caso de serem inobservadas, na sindicância policial, normas procedimentais estabelecidas para a realização de uma determinada diligência, a consequência não será a nulidade automática do processo, mas unicamente a redução do já minimizado valor probante que é atribuído ao inquérito. Neste sentido, são reiteradas as decisões do Superior Tribunal de Justiça, compreendendo que eventual mácula no procedimento policial não contamina a ação penal superveniente, vez que aquele é mera peça informativa, produzida sem o crivo do contraditório.

Depois do início do processo, quando a Defesa tiver amplo acesso às provas produzidas no curso do inquérito policial, poderá indicar possíveis ilicitudes, que serão analisadas e decididas pelo juiz, sendo que, caso ele entenda que tal prova seja legal, ela estará pronta para o contraditório em juízo, a fim de que possa ser utilizada em eventual caso de condenação.

Por outro lado, caso o juiz reconheça a nulidade alegada pela Defesa, aplicará o disposto no artigo 157, §3º, do Código de Processo Penal, no sentido de determinar o desentranhamento e a inutilização das provas viciadas.

Portanto, o inquérito policial nada mais é do que um conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal, bem como de sua autoria, a fim de que possa haver o ingresso da ação penal em juízo pelo titular (CAPEZ, 2008).

Para Tourinho Filho (2008, p.124), o inquérito policial se define como sendo “o instrumento pelo qual o Delegado de Polícia materializa a investigação criminal, compila informações a respeito da infração penal, de suas circunstâncias e resguarda provas futuras que serão utilizadas em juízo contra o autor do delito”.

A maior discussão, acerca do inquérito policial, é a aplicação, ou não, do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa, considerando a característica inquisitiva do inquérito policial. Há quem diga que proporcionar ao indiciado, nesta fase, direito ao contraditório e a ampla defesa prejudicaria as investigações, pois não teria o sigilo necessário para a correta elucidação do delito, tanto que, nesta fase, não vigora o princípio da publicidade, como ocorre na fase processual (FEITOSA, 2011, www.jurisway.org.br).

No entanto, em sentido contrário, a Constituição Federal, ressaltando a prisão, não admite nenhuma outra forma de restrição de direitos individuais do ser humano, motivo pelo qual há quem entenda, também, que o contraditório deve ser aplicado a todo o indiciado que também deverá ter direito à defesa. Tanto é assim, que é assegurado ao acusado ser acompanhado por advogado durante o seu interrogatório, podendo o procurador, inclusive, intervir no interrogatório, impetrar em juízo mandado de segurança ou habeas corpus em favor do indiciado (FEITOSA, 2011, www.jurisway.org.br).

Logo, diante da nova sistemática constitucional, o advogado regularmente constituído pelo indiciado possui o direito de acompanhar os atos do inquérito policial, desde que isto não implique frustrar o objetivo da diligência, como no caso das interceptações telefônicas, por exemplo.

Poderá, então, participar de depoimentos de testemunhas, do interrogatório do investigado, de levantamentos, de reconstituições e de outros atos que não tenha fundamento legal para sua exclusão. Esses direitos, contudo, não asseguram ao advogado a intervenção na produção da prova, como, por exemplo, exigir a palavra para formulação de perguntas a testemunhas, nem a condução da linha investigativa neste ou naquela direção, tendo em vista que essa faculdade é exclusiva da autoridade policial, que tem discricionariedade para tanto (AVENA, 2014).

Por tais motivos é que a prova produzida durante as investigações criminais deve ser confirmada diante do magistrado quando da fase processual, onde será assegurado ao réu todos os direitos e garantias constitucionais a ele concedidos na Constituição Federal de 1988.

Acerca da aplicação das provas produzidas no inquérito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é claro ao vedar a fundamentação de sentença condenatória com base exclusivamente em provas produzidas no inquérito policial. Vejamos o julgado a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBOS DUPLAMENTE MAJORADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. [...] No tocante a um dos fatos denunciados (3º fato), contudo, prova colhida no caderno processual contra o réu é frágil. Quanto a isso, destaca-se que o art. 155 do CPP é claro ao vedar a fundamentação de sentença condenatória com base, exclusivamente, na prova extrajudicial, porque ela é produzida à revelia dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. No caso, a vítima deste fato não foi ouvida em Juízo, inexistindo, assim, provas judicializadas que confirme com solidez e segurança suas declarações durante o inquérito policial, Nesta moldura, a prova produzida é frágil, instaurando dúvida invencível sobre a autoria do réu, razão pela qual a sua absolvição em relação ao terceiro fato denuncia é medida impositiva, com força no princípio humanitário *in dubio pro reo*, com o que vai mantida a sentença recorrida no ponto. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Crime Nº 70063184220, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 08/10/2015). (Grifo próprio).

Como se vê, o Relator Aymoré Roque Pottes de Mello (2015, p. 145) destacou que a prova produzida durante o processo judicial foi frágil, na medida em que a vítima não foi ouvida, existindo apenas aquelas provas da fase policial, no inquérito, as quais foram produzidas à revelia dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Diante deste contexto, não restou alternativa a não ser a absolvição do réu, considerando a vedação da utilização apenas de provas extrajudiciais para fundamentar sentença condenatória. Fundamentou, ainda, sua decisão com base no princípio do *in dubio pro reo*.

3.2 O Ministério Público e sua função probatória no atual ordenamento jurídico brasileiro

O Ministério Público representa, na órbita criminal, o Estado-Administração, onde é o responsável, principalmente nos crimes de ação penal pública, pelas providências necessárias perante o Estado-Juiz para que se concretize a pretensão punitiva. Ainda, quanto aos delitos de ação penal privada, é o responsável pela fiscalização da instauração e do desenvolvimento regular do processo, bem como o cumprimento e a aplicação da lei no caso concreto (AVENA, 2014).

A *opinio delicti*, nos crimes de ação penal pública, é exclusiva do Ministério Público, não podendo o juiz obrigá-lo a oferecer denúncia, nem mesmo o Tribunal, tendo em vista que o juiz não tem função persecutória e deve aguardar a provocação do acusador. Com base no exposto, se fundamenta o princípio da inércia na jurisdição (THUMS, 2006).

Quando o magistrado sair de sua inércia para buscar a prova, decidindo

sobre ela e tendo a iniciativa instrutória, revela o princípio inquisitório e, além de ferir o Sistema Acusatório, adotado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, também viola um preceito constitucional referente ao titular da ação penal pública, que é o Ministério Público (THUMS, 2006).

De acordo com o artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal, entende-se que o promotor de justiça é competente para realizar atividades próprias da investigação, pois consta no referido inciso que é função do Ministério Público expedir notificações e requisitar informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência. Logo, em se tratando de procedimento administrativo, cabe falar em procedimentos de investigação criminal (FERNANDES, 2010).

Embora a função de investigação, pelo artigo 144, §4º, da Constituição Federal, seja da polícia judiciária, exercida pelos delegados de carreira, nada impede que o promotor de justiça acompanhe o inquérito policial ou, ainda, requirite diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, nos termos do artigo 129, incisos VII e VIII, da Constituição Federal.

Para Avena (2014), mesmo quando o Ministério Público exerce a posição de autor da ação penal, pode-se dizer que ele é parte imparcial no processo, visto que não fica adstrito ao pleito condenatório. Após o ajuizamento da demanda criminal, caso o agente ministerial venha a se convencer da inocência do réu ou, simplesmente, não se convença de sua responsabilidade criminal pelo fato imputado, poderá, em sede de memoriais, requerer a absolvição do acusado.

Nesse sentido, o artigo 385, do Código de Processo Penal, dispõe que nos crimes de ação penal pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição.

A partir do fundamento constitucional de que ninguém será processado e sentenciado senão pela autoridade competente, disposto no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, surgiu o princípio do promotor natural.

Ainda, como consequência desse princípio, de acordo com o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, é do Ministério Público a atribuição de titular exclusivo da ação penal pública. Dispõe o referido artigo que são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Com base nesta previsão, o artigo 26, do Código de Processo Penal, passou a ser inconstitucional, pois permitia que o juiz ou o delegado de polícia, por meio de

portaria ou auto de prisão em flagrante, dessem início ao processo criminal, função esta que, atualmente, compete apenas ao Ministério no caso ação penal pública, ou ao ofendido no caso de ação penal privada.

A produção da prova, no processo penal, cabe a quem afirma determinado ato, fato ou circunstância e, no caso da acusação, caberá provar a existência do fato imputado na ação penal e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, bem como a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras (AVENA, 2014).

Com a reforma do Código de Processo Penal em 2008, a alteração do artigo 212 gerou grande discussão jurídica acerca de sua aplicação, o que acarretou, por diversas vezes, nulidades absolutas nos processos em o procedimento estabelecido não fora observado. A partir da reforma, as partes passaram a formular diretamente suas perguntas às testemunhas, conforme disposto:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

De acordo com o disposto neste artigo, caberá ao juiz apenas complementar a inquirição nos pontos não esclarecidos, sendo que a função de formular as perguntas diretamente à testemunha passou a ser das partes.

Quando o juiz inicia a inquirição de uma testemunha da acusação, por exemplo, e depois passa a palavra para o Ministério Público, que está presente na audiência, entende-se que é caso de nulidade relativa, onde é permitida a renovação do ato instrutório, conforme entendimento do Relator Julio Cesar Finger (2015, p. 115), em análise de caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vejamos:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRELIMINAR. ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ANIMUS NECANDI. DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO. 1. **Inquirição iniciada pelo juiz configura nulidade relativa, dependendo de arguição e demonstração de prejuízo. Precedentes.** 2. Contexto probatório que não apresenta indícios suficientes de animus necandi descrito na denúncia. A prova, analisada objetivamente, leva a convicção de que a intenção do agente não era atentar contra a vida da vítima. 3. Nesse limiar de certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, impõe-se a desclassificação da acusação, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, nos termos do art. 419, ambos do CPP. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70064362072,

Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 14/10/2015). (Grifo próprio).

Entretanto, há casos em que o Ministério Público não se faz presente na audiência em que foi colhida toda a prova oral, fazendo com que o magistrado passe a atuar como titular da ação penal, formulando as perguntas para as testemunhas, o que gera, diferentemente do caso anterior, a nulidade absoluta do feito.

Nesse sentido, segue julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NULIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. O Ministério Público, como titular exclusivo da ação penal, deve intervir em todos os termos do processo por ele intentado, sob pena de nulidade, conforme artigo 564, III, "d", do CPP. Portanto, devem ser desconsiderados os depoimentos colhidos em audiências que, devidamente intimado, o representante da acusação não se faz presente, uma vez que eivado de nulidade absoluta. Outrossim, ainda que reconhecida a nulidade da prova produzida nas referidas audiências, descabe cogitar de refazer os atos processuais, tendo em vista que ninguém pode se beneficiar da nulidade a que deu causa. Assim, por ser nulo, os depoimentos prestados nas referidas solenidades não podem servir como prova para o julgamento. APELO DEFENSIVO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70054771225, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 24/07/2013). (Grifo próprio).

No entendimento do Relator Francesco Conti (2013, p. 126), a ausência de intervenção do Ministério Público na audiência de instrução é causa de nulidade absoluta, que tem por consequência a absolvição do acusado.

Ademais, ressaltou que o agente ministerial é o titular exclusivo da ação penal e, embora intimado, não compareceu ao ato processual, o qual foi realizado mesmo assim. Ainda, finalizou esclarecendo que não há o que se falar em reforma do ato processual declarado nulo, uma vez que ninguém pode se beneficiar da nulidade a que deu causa.

Diante do exposto, verifica-se a importância do Ministério Público tanto na investigação criminal, como na fase processual, uma vez que cabe a ele desenvolver o papel da acusação, requerendo as diligências que entender necessárias, garantindo, assim, que o processo se inicie e termine sem nulidades, observando as garantias constitucionais asseguradas pela Constituição Federal de 1988.

3.3 A participação da Defesa na produção da prova policial e judicial

A indisponibilidade do direito de defesa, bem como a necessidade de estar acompanhado por pessoa com capacidade técnica para tornar efetivo o exercício desse direito acarreta na obrigatoriedade de assistência de defensor ao acusado (AVENA, 2014).

Tratando-se da Constituição Federal, o seu artigo 133 estabelece que o advogado é indispensável à administração da justiça e, no âmbito da legislação infraconstitucional, o Código de Processo Penal estabelece em seu artigo 261 que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Segundo o entendimento de Thums (2006, p. 265),

no Estado Democrático de Direito o acusado é considerado na relação processual como a parte mais fraca, diante do aparato estatal do Ministério Público para promover a ação penal. Por isso que a defesa técnica deve ser levada a efeito por profissional qualificado. O sistema acusatório pressupõe a igualdade de partes, enquanto o modelo inquisitório procura dificultar a atividade defensiva.

No entanto, não basta apenas a presença física de um defensor acompanhando os atos processuais, sendo de suma importância se verificar a eficiência da defesa realizada. No caso do magistrado constatar que a atuação do profissional é falha, deverá realizar a nomeação de outro para prosseguir na defesa do réu e, tratando-se de defensor constituído pelo réu, incumbe ao juiz conceder prazo para que ele providencie a constituição de novo advogado para atuar em sua defesa (AVENA, 2014).

De acordo com o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, através da súmula 523, a ausência de defesa gera nulidade absoluta no processo, enquanto a deficiência de defesa somente acarreta nulidade processual no caso de provado o prejuízo.

Ao analisar até que ponto poderia se dizer que há falha na atuação profissional do advogado, Thums (2006, p. 266) esclarece que “a deficiência de defesa seria o mau desempenho da defesa técnica, sustentando teses incompatíveis com o quadro probatório ou destituídas de lógica jurídica”.

No que tange à atuação da defesa no inquérito policial, embora o procedimento tenha como principal característica ser de natureza inquisitiva, o advogado devidamente constituído pelo investigado poderá acompanhar os atos

praticados e, além disso, sua presença se faz necessária no momento do interrogatório do acusado.

No caso da prisão em flagrante, por exemplo, caso o acusado seja interrogado sem a presença de um advogado, estar-se-á diante da hipótese de relaxamento da prisão, em razão da inobservância dos requisitos legais exigidos, devendo o magistrado, imediatamente, determinar a expedição do alvará de soltura do acusado. Veja-se que, nesse caso, há a inobservância do disposto no artigo 5º, incisos LXIII e LXV, da Constituição Federal, conforme segue:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

[...]

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

No mesmo sentido, segue entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

HABEAS CORPUS. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. ILEGALIDADE. RELAXAMENTO DA PRISÃO. O magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante deverá relaxar a prisão quando constatar a inobservância de formalidade legal imprescindível à sua constituição. **A assistência de advogado é garantia assegurada constitucionalmente ao preso, de modo que a inobservância de tal preceito implica na ilegalidade da custódia, que deve então ser relaxada.** POR MAIORIA, ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (Habeas Corpus Nº 70057850414, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 18/12/2013). (Grifo próprio).

Perceba-se que, no caso exposto, o Relator Francesco Conti (2013, p. 461) observa que quando o magistrado constatar a inobservância de formalidade legal imprescindível à sua constituição deverá relaxar a prisão, como é o caso da ausência de advogado acompanhando o acusado em seu interrogatório.

Na fase processual, da mesma forma, o acompanhamento da defesa é essencial para a legalidade dos atos processuais, sob pena de ser declarada a nulidade do feito por cerceamento de defesa.

Para Avena (2014, p. 462), a prova cabe àquele que afirma determinado fato, logo, não é papel apenas da acusação esta incumbência, podendo a defesa

fazer prova de “eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado”.

O processo exige partes em posições opostas, uma delas, necessariamente, em posição de defesa, sendo que para a correta aplicação da justiça no seu desenvolvimento, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. Assim, são a defesa, o contraditório e a ação, manifestamente simultâneos, ligados entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro (FERNANDES, 2010).

3.4 Da função do juiz: inércia ou participação na produção da prova?

Sob a ótica do princípio da imparcialidade do juiz, se torna evidente que se a mesma pessoa que assumiu a investigação do fato coletou as provas e, ainda, as valorou para emitir decisão, está claramente violando o referido princípio da imparcialidade.

A respeito do tema, usando as características dos sistemas, Prado (2006, p. 106) diz que “se na estrutura inquisitória o juiz ‘acusa’, na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz do centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade do julgador”.

No sistema acusatório, o juiz deve ser espectador, dedicado à valoração objetiva e imparcial dos fatos, portanto, mais prudente. Por outro lado, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e dotado de capacidade investigativa (FERRAJOLI, 2002).

A busca pela verdade pelo magistrado no processo penal é, na verdade, característica do sistema inquisitório que permaneceu no sistema misto, hoje adotado, ainda que de forma velada (KHALED JR., 2013).

No entanto, há quem entenda que não há incompatibilidade entre o processo penal acusatório e um juiz ativo, que determine a produção de prova de ofício, se estas se fizerem necessárias para a descoberta da verdade, pois a essência do sistema acusatório é separação das funções de acusar, defender e julgar, enquanto que a ausência de poderes instrutórios do juiz é apenas uma característica histórica do processo acusatório, não sendo uma característica essencial (BADARÓ, 2003).

Com entendimento semelhante, Gomes Filho (2001, p.111) diz que o juiz

pode utilizar os elementos trazidos ao processo por sua própria iniciativa, desde que os submeta ao contraditório, considerando as eventuais alegações apresentadas pelas partes a respeito.

Mas, a respeito deste entendimento específico acerca da utilização da prova desde que submetida ao contraditório, Khaled Jr. (2013, p. 150) refere que tal argumentação parece “borrar a distinção entre juiz e parte no processo: não faz qualquer sentido a ideia de que as partes devam entrar em contraditório com o juiz que deva julgá-las, ainda mais a respeito de uma prova produzida pelo próprio julgador”.

Entende-se, como já dito anteriormente, que a utilização da prova produzida de ofício pelo magistrado fere o princípio do *in dubio pro reo* e, diante deste entendimento, Khaled Jr. (2013, p. 151) expõe que

não conseguimos vislumbrar casos em que essa atividade não se mostre danosa ao acusado, motivo pelo qual a consideramos em flagrante descompasso com a exigência de democraticidade, o que nos parece inaceitável; afinal, tal atividade desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só podem ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regrada de contenção do poder punitivo, a dúvida não pode qualquer outro resultado que a absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*.

Outrossim, para Figueiredo Dias, um processo com princípio de acusação não é o mesmo que processo de tipo acusatório, sendo que este primeiro pode estar presente em tipo misto ou tipo inquisitório mitigado. Princípio da acusação, para o autor, significa que o julgador pode investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação com fundamentada e feita por um órgão diferenciado. Ainda, menciona o que significa o princípio da investigação, que é o poder-dever de esclarecer o fato sujeito a julgamento, ou seja, está-se, aqui, falando do princípio da verdade material (DIAS, 2004).

De acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal de 1941, é facultado ao juiz, de ofício, produzir a prova, vejamos:

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.

Percebe-se que, diante de tal dispositivo legal, o magistrado pode produzir provas para dirimir eventuais dúvidas acerca do fato, em nome da busca pela verdade real. Ocorre que este artigo, dentre outros existentes no Código de Processo Penal, está em desacordo com o que vem expresso na Constituição Federal Brasileira de 1988, principalmente no que tange ao princípio do *in dubio pro reo*, onde diz que o juiz, em caso de dúvida, deve absolver o acusado, não havendo a hipótese de buscar mais provas de ofício para sustentar uma eventual condenação.

Este assunto é muito discutido pela doutrina, sendo que, ao passo que alguns doutrinadores entendem que o juiz não pode produzir prova de ofício, outros entendem que sim, como é o caso de Avena (2014), quando diz que não se pode esquecer o princípio da verdade real e que, embora não possa o magistrado trazer para si o poder de uma ampla iniciativa probatória, dado que tal ônus compete às partes, também não se pode dizer que a sua conduta deve ser estática, como mero espectador diante dos acontecimentos patrocinados pelas partes.

Nesta linha de raciocínio, não se pode, efetivamente, não se pode dizer que o magistrado pode, a qualquer tempo e segundo seu próprio arbítrio, realizar atos de investigação, determinando, por exemplo, uma interceptação telefônica a partir de notícia publicada na imprensa, pois estaria o juiz, neste caso, exercendo funções próprias da polícia judiciária e do Ministério Público, em inobservância da imparcialidade que lhe é conferida pela Constituição Federal (AVENA, 2014).

Contudo, em sentido oposto, há o entendimento baseado no sistema acusatório, onde não basta a existência de órgãos distintos de acusação, defesa e julgamento, mas sim se faz necessária uma total imparcialidade do juiz, o qual não pode ter preconceitos nem pré-julgamentos sobre a matéria em debate, que será por ele julgada (THUMS, 2006).

Ainda, para Thums (2006, p. 260), “a imparcialidade do juiz requer a ausência de qualquer interesse na causa, quer particular, quer público ou institucional”.

O sistema acusatório visa distanciar o juiz das partes, objetivando dar-lhe mais imparcialidade para o momento do julgamento, considerando que não se pode admitir que um juiz parcial, que participou da produção da prova, podendo, até mesmo, tê-la produzido, julgue ao final o acusado. Se o Estado chamou para si a tarefa de promover a justiça, tal missão não seria cumprida se não houvesse no processo a imparcialidade do julgador (TOURINHO FILHO, 2008).

Ao permitir que o magistrado produza provas de ofício, ou seja, por impulso oficial e sem o requerimento de qualquer das partes, em atenção aos dispositivos do Código de Processo Penal que ainda o autorizam, mas que, frise-se, são anteriores à atual Constituição Federal, significa dizer que se permite a existência de um juiz investigador, inquisidor, figura que há tempos está extinta e não é condizente com as garantias constitucionais (COSTA, 2013, www.jus.com.br).

De acordo com este entendimento, Thums (2006, p. 260) ensina que

a realização de atos de instrução, por determinação de ofício, coloca o juiz em situação crítica acerca da imparcialidade, tanto para condenar quanto para absolver. No caso de não terem as partes produzido as provas para formar o convencimento do julgador, a solução está em beneficiar a parte mais fraca com o princípio do *favor rei*. (Grifo original).

Quanto ao mencionado princípio da verdade real, entende-se que deve ser visto com reservas no processo penal brasileiro, considerando que é utilizado como fundamento para que o juiz determine a produção de provas de ofício, o que pode ser perigoso, em decorrência das arbitrariedades que podem ocorrer no caso em concreto.

Não se está dizendo, aqui, que esta busca não deve ser feita. Pelo contrário, ela pode e deve ser feita, mas não pelo magistrado, pois as partes é que devem buscar a verdade e mostrá-la ao julgador. São as partes que devem requer e produzir as provas que entenderem cabíveis e convenientes aos seus interesses, não cabendo ao juiz, nem mesmo, sair de sua inércia para complementar a prova, uma vez que, caso exista dúvida, esta favorece ao acusado, com base no princípio do *in dubio pro reo* (COSTA, 2013, www.jus.com.br).

No mesmo sentido, LIMA (2011, p. 876) diz que

se o escopo do juiz for o de buscar provas apenas para condenar o acusado, além da violação ao sistema acusatório, haverá evidente comprometimento psicológico com a causa, subtraindo do magistrado a necessária imparcialidade, uma das mais expressivas garantias inerentes ao devido processo legal.

Ainda, de suma importância para o tema tratado são os ensinamentos de Thums (2006, p. 262) acerca da utilização do denominado sistema misto como um modelo processual, pois menciona que

o receio de assumir a pecha de sistema inquisitório leva os autores tradicionais a construir um modelo híbrido que, em vez de receber o nome

de “inquisitório reformado”, é cognominado de “acusatório misto”. É o mesmo argumento que se utiliza para afirmar a compatibilidade entre democracia e ditadura.

Sempre foi difícil, e continuará sendo, reconhecer o sistema acusatório na sua plenitude. Embora adotado pela Constituição Federal/88, nem os tribunais, nem os doutrinadores, nem mesmo o próprio Ministério Público conseguem assimilar sua magnitude, tanto que o Judiciário continua no controle pleno do inquérito policial. (Grifo original).

Diante dos posicionamentos expostos, verifica-se que diversos são os entendimentos acerca do modelo de sistema processual penal a ser adotado, mas a grande preocupação é, sem sombra de dúvidas, assegurar as garantias constitucionais ao acusado, uma vez que o processo penal deve estar de acordo com o estabelecido na Constituição Federal de 1988, embora em alguns aspectos permaneçam as características do modo inquisitivo.

4 A PROVA PENAL PRODUZIDA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO SOB O ASPECTO DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE

No atual modelo de sistema processual penal, baseado na Constituição Federal Brasileira de 1988, Sistema Acusatório, cada parte tem a sua própria função, seja acusar, defender ou julgar. Há uma relação triangular, onde a acusação e a defesa são parciais, produzindo suas provas e o juiz, por sua vez, deve ser imparcial, para que possa julgar a lide de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo (AVENA, 2014).

A Constituição Federal não prevê, de forma expressa, que o modelo processual penal a ser utilizado é o sistema acusatório, mas, de acordo com a interpretação de seus princípios que valorizam o homem e a dignidade da pessoa humana, identifica-se o sistema acusatório, pois tais características configuram seus pressupostos básicos.

A respeito do tema, Lopes Jr. (2010, p. 182-183) menciona com clareza que

inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica (grifo original).

Para que se tenha um processo penal democrático, como reza a Constituição Federal, impõe-se que o funcionamento do sistema penal seja baseado em um princípio maior, a dignidade da pessoa humana, oposto da lógica persecutória que no passado mantinha sistemas voltados para a perseguição dos indesejáveis, tidos como inimigos. O nosso cenário atual, democrático-constitucional, impõe, acima de tudo, o respeito ao plural (KHALED JR., 2013).

A concepção de jurisdição deve adequar-se à concepção de processo acusatório democrático, tendo-se, assim, um limite ao poder punitivo, isso significa ter um Estado Democrático de Direito.

4.1 Princípios constitucionais frente ao sistema acusatório

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, não restou espaço para normatizações que atentem contra os direitos e garantias fundamentais, uma vez que princípios constitucionais como o da isonomia, contraditório e ampla defesa passaram a ser elementares no processo penal, onde se discute a privação do direito de liberdade (AMARAL, 2013, www.conteudojuridico.com.br).

Ademais, além dos princípios já mencionados e outros que ainda serão trabalhados, é de suma importância ressaltar o princípio constitucional da imparcialidade do juiz, o que significa dizer que o magistrado, situando-se na relação processual, entre acusação e defesa, deve solucionar a demanda, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas produzidas dentro do processo (AVENA, 2014).

A atividade do magistrado não pode ser confundida com o ônus que compete às partes, pois, quem quer provar algo, que apresente suas provas ao julgador. De acordo com o entendimento de Thums (2006, p. 126) “é absurdo imaginar um juiz ativo, investigador, inquisidor, à procura de provas para se convencer”.

No mesmo sentido, o princípio do juiz natural ou legal garante que não haverá júízo ou tribunal de exceção, não podendo ninguém ser julgado ou processado senão pela autoridade competente, a qual deverá ser imparcial (LENZA, 2014).

A previsão legal, nesse sentido, vem expressa no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVII – não haverá júízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

A imparcialidade pressupõe a independência do juiz, razão pela qual a Constituição Federal lhe assegurou algumas prerrogativas basilares no seu artigo 95, objetivando evitar que o magistrado venha a sofrer qualquer tipo de influências

ou coações, sendo elas a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (AVENA, 2014).

Com o objetivo de assegurar, ainda, a aplicação do princípio da imparcialidade, o legislador ordinário definiu situações em que o magistrado estaria impedido de atuar em determinadas causas, justamente pela ausência de capacidade subjetiva. Nesse sentido, o Código de Processo Penal prevê, em seus artigos 252, 253 e 254, causas de impedimento e suspeição dos magistrados, as quais, caso sejam confirmadas, poderão impedi-los de atuar no processo.

Para Nucci (2012), o rol de situações ilustrativas do art. 254, do Código de processo Penal é meramente exemplificativo, pois outras situações podem surgir, as quais serão demonstrativas da imperfeição do juiz para julgar a causa, fazendo com que um julgador parcial decida a demanda, o que seria inadmissível, considerando a relevância do princípio do juiz imparcial, o qual transcende as linhas da lei ordinária, auferindo status de garantia humana fundamental.

E, além de ser imparcial, o juiz deve ser inerte, haja vista que não se admiti, no modelo de sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, que o juiz tenha poderes de iniciativa, podendo determinar a produção de provas de ofício. A conduta de agir de ofício retira do juiz a sua imparcialidade e, caso desrespeitado este princípio, não se estaria obedecendo as garantias constitucionais do acusado, inexistindo, assim, um Estado Democrático de Direito (THUMS, 2006).

Nesse contexto, Thums (2006, p. 127) explica que

as dificuldades do garantismo residem na ausência de uma estrutura cultural, não só no mundo jurídico, mas em toda a sociedade, notadamente na mídia. A ideia de cumprimento de pena antecipada, sem processo e sem condenação, com violação da garantia constitucional da presunção de inocência, está tão arraigada na cultura popular. Assim, por pressão de mídia, o Judiciário se curva e decreta prisões provisórias absurdas. Por isso a realização de um modelo garantista, que tem há por base o respeito dos direitos fundamentais, é o grande desafio do Direito Penal e do processo Penal moderno.

Concretizando a ideia de inércia na jurisdição, surge o princípio da iniciativa das partes, o qual produz consequências importantes para o desencadeamento da ação penal, ao desenvolvimento válido do processo, inclusive na sua fase recursal (AVENA, 2014).

Primeiramente, cabe ressaltar o início da ação penal, que fica condicionada à iniciativa do Ministério Público nos crimes de ação penal incondicionada, e ao ofendido nos crimes de ação penal privada.

Segundo Avena (2014), a jurisprudência ampliou consideravelmente a abrangência do princípio da iniciativa das partes, utilizando-o como fundamento para restringir ou, até mesmo, para impedir determinados pronunciamentos de ofício dos juízes e dos órgãos colegiados dos Tribunais. Como exemplo, ele explica que as decisões dos tribunais encontram limitação no recurso da acusação quando neste não forem impugnados todos os pontos da sentença sujeitos à modificação em 2º grau.

Assim, não pode o Tribunal reformar uma decisão para condenar um réu pelo delito de roubo se o recurso pleiteava apenas a desclassificação da conduta para o tipo penal de furto qualificado. A condenação pelo crime de roubo implicaria estar o Tribunal, de ofício, agravando a situação do réu condenado. Logo, há a necessidade da iniciativa das partes.

O princípio da isonomia processual, da mesma forma, traz garantias ao acusado, de modo que, a partir da promulgação da atual Constituição Federal, ambas as partes, em juízo, devem contar com as mesmas oportunidades e ser tratadas de forma igualitária. Tal princípio encontra-se fundamentado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, ao dispor que todas as pessoas serão iguais perante a lei em direitos e obrigações (AVENA, 2014).

Outrossim, um dos mais importantes princípios postulados no sistema acusatório é o do contraditório, tendo em vista que se trata de direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, permitindo que possam se manifestar e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão do juiz (AVENA, 2014).

O princípio do contraditório tem estreita ligação com o princípio da ampla defesa, tanto que ambos estão assegurados no mesmo dispositivo constitucional, art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Vejamos:

Art. 5º. [...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Contudo, se comparadas essas duas garantias, o contraditório possui maior abrangência do que a ampla defesa, na medida em que serve tanto para a defesa como para a acusação, pois ambas as partes devem ter ciência dos atos praticados pela parte adversa.

O exercício do contraditório é configurado com a mera abertura da chance para analisar e, querendo, contrariar, ou seja, não é a manifestação contrária de uma parte, dirigida a outra, que faz valer o contraditório. Para Nucci (2012, p. 314), “este emerge legítimo, quando se concede a oportunidade para manifestação em relação a algo, no processo, mesmo que não seja utilizada”.

A ampla defesa, por sua vez, de acordo com os ensinamentos de Avena (2014, p. 38) “traduz o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada”.

Ainda, significa dizer que o acusado tem assegurado o direito de exercer sua defesa processual de forma ampla, incluindo o direito à defesa técnica, à autodefesa, bem como o direito de se fazer presente em audiência, a fim de que possa ver a prova sendo produzida (THUMS, 2006).

A garantia do direito de ampla defesa se trata de direito, segundo Thums (2006, p. 128), “à pretensão à tutela jurídica e que compreende três direitos de natureza processual: direito de informação, direito de manifestação e direito de consideração dos argumentos”.

Diante da Constituição Federal de 1988, ocorreu grande mudança no preceito constitucional de ampla defesa no processo penal brasileiro, acarretando, principalmente, a reforma do Código de Processo Penal em 2008. A partir daí, firmou-se o entendimento de que, para a garantia da ampla defesa, o profissional constituído pelo réu deve ser sempre intimado para a realização de todos os atos processuais e, além disso, passou a ter a exigência de que tanto o acusado quanto o seu defensor sejam intimados para que possa ocorrer o trânsito em julgado da sentença condenatória (FERNANDES, 2010).

Segundo Fernandes (2010, p. 267), outra importante evolução do sistema, no que tange ao melhor exercício da defesa, é no sentido de que

apesar de afirmado o sigilo das investigações no art. 20 do CPP, percebeu-se que, em face do princípio da ampla defesa, esse sigilo não podia ser oposto ao advogado do suspeito, vedando-se o seu acesso aos autos do inquérito policial. [...] Em virtude disso, os Estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil vêm garantindo ao advogado o direito de acesso às repartições policiais e o direito de consultar os autos do inquérito. O atual Estatuto prevê, no art. 7º, XIV, o direito de o advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”. Finalmente, o STF, por meio da Súmula Vinculante 14, assegurou o acesso do advogado aos elementos obtidos no inquérito policial. (Grifo original).

Decorre, também, da ampla defesa, o dever estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, garantia esta que vem insculpida no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, onde diz que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Assim, mesmo a prestação jurisdicional ser um dever do Estado, ela só pode ser prestada mediando o devido processo legal. Não basta que o Estado apenas edite as leis, é preciso que haja um mecanismo de aplicação efetiva ao caso concreto. Logo, o processo é o meio ou a forma pela qual o Estado presta a jurisdição, ele é um instrumento de garantia e proteção de direitos do acusado (THUMS, 2006).

O princípio do devido processo legal está consagrado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, onde estabelece que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio.

No âmbito do direito penal, ele constitui-se pela aplicação efetiva dos princípios penais, principalmente os de alçada constitucional, interligando-se a aspectos fundamentais do conceito de crime. A ação e o processo penal somente respeitam o devido processo penal quando seguem fielmente esses princípios, bem como os processuais, durante a persecução penal, garantindo ao acusado produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente (NUCCI, 2012).

Em se tratando de processo penal, do devido processo legal surge uma série de direitos ao acusado, entre os quais se sobressaem a garantia de acesso ao Judiciário, à citação e ao prévio conhecimento do teor da acusação, a um julgamento público e célere, ao contraditório e a ampla defesa, à igualdade entre as partes, à observância do princípio do juiz natural, à produção probatória, ao duplo grau de jurisdição, entre outros (AVENA, 2014).

No que tange ao princípio da publicidade, tem-se que ele é um fator determinante na transparência e na moralidade, fazendo com que a atuação estatal seja aberta, voltada ao seu real destinatário, que é a sociedade. A realização pública da justiça pertence a todos e passa a ser de conhecimento geral, conferindo, então, legitimidade às posturas estatais de mando e de imposição de regras (NUCCI, 2012).

A publicidade do ato, bem como a sua transparência, reforçam as garantias da independência, imparcialidade e responsabilidade do juiz, além de que se

consagra como uma garantia para o acusado, que, em público, fica menos suscetível a eventuais pressões, violências ou arbitrariedades (AVENA, 2014).

O princípio da publicidade está previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – **todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos**, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Grifo próprio).

Contudo, há outro dispositivo constitucional que limita esta publicidade, sendo tal limitação expressa no art. 5º, inciso LX, onde prevê que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

A composição dos interesses individuais foi contemplada nesses dispositivos constitucionais, na medida em que se assegura tanto a publicidade dos atos processuais e dos julgamentos e se garante, por exceção, a intimidade e o interesse público com o segredo de justiça em função de atos processuais e julgamentos (NUCCI, 2012).

Além das garantias asseguradas pela publicidade dos atos, já mencionadas, por outro lado têm-se as garantias de sua limitação, as quais advêm dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, fatores de equilíbrio para o indivíduo, no Estado Democrático de Direito, uma vez que nem todos os conflitos devem ser expostos ao público. Preservando-se a publicidade, consegue-se atingir a posição ideal de respeito harmônico a outros interesses, como se dá no cenário da intimidade, sem deslegitimar a figura do juiz imparcial (NUCCI, 2012).

Ainda, Nucci (2012) ensina que o conflito existente entre os direitos à intimidade e à informação é meramente aparente, pois, na realidade, tende à harmonização, desde que se compreenda o autêntico alcance e a finalidade de cada um deles.

O princípio da legalidade, por sua vez, caracteriza-se pela submissão de todos à lei, inclusive os órgãos estatais, os quais têm suas atividades delimitadas pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais. Assim, este princípio traça os

limites da atuação do poder público na sua relação com as pessoas, impedindo a prática de arbitrariedades. Ao Estado só é permitido fazer o que a lei autoriza, enquanto o cidadão pode fazer tudo que a lei não proíbe (THUMS, 2006).

No sistema vigente, outro princípio constitucional importante é o da oficialidade, tendo em vista que é a partir dele que se atribui a determinados órgãos do Estado a apuração de fatos delituosos, bem como a aplicação da pena que vier, eventualmente, a ser aplicada. Nesse contexto, à autoridade policial e ao Ministério Público incumbirá a atividade persecutória, enquanto aos órgãos do Poder Judiciário caberá a prestação da jurisdição penal (AVENA, 2014).

Esse princípio possui fundamento legal com base nos artigos 129, inciso I e 144, § 4º, ambos da Constituição Federal.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Outra garantia fundamental expressa na Constituição Federal é o estado de inocência ou presunção de inocência, princípio básico do Estado Democrático de Direito no campo das garantias processuais penais, que visa tutelar as liberdades individuais, coibindo eventuais abusos do Estado na limitação da liberdade. Tal proteção constitucional se limita ao período que decorre entre o fato ilícito, a investigação e o processo (THUMS, 2006).

No campo penal, a pessoa é considerada inocente até que haja, com os parâmetros do devido processo legal, uma condenação definitiva criminal. O estado natural do ser humano, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, é a inocência, permanecendo nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal, devidamente comprovada por uma sentença criminal com trânsito em julgado (NUCCI, 2012).

Apenas com o trânsito em julgado de uma decisão é que se instala a certeza da culpa, abandonando-se o estado de inocência, ao menos quanto ao delito em foco. Não se está dizendo que eventual condenação seja um eterno estigma social na vida do condenado, nem tampouco que o estágio de inocência tenha se perdido

eternamente. Pelo contrário, a situação é particularizada e voltada a um caso concreto, ou seja, em um determinado processo, se condenado com trânsito em julgado, será culpado, mas em outras situações, até mesmo em outros processos, mantém-se o seu estado natural e original de inocência (NUCCI, 2012).

O princípio da presunção de inocência visa, principalmente, a tutela da liberdade pessoal e decorre da regra expressa no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, onde diz que ninguém será considerado culpado sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conforme entendimento de Thums (2006, p. 153), a presunção de inocência,

embora fundamental, é pouco considerado ou mal interpretado na prática diária da Justiça brasileira, porquanto situa-se no confronto entre o interesse do Estado de punir e o direito de liberdade do cidadão, ou seja, é um conflito entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*. Na imprensa, este princípio é desconhecido ou propositadamente ignorado em prol do sensacionalismo e do interesse mesquinho de algumas pessoas. A concepção popular é no sentido de que, logo após cometido um crime e apontado o suspeito, este deve ser preso e iniciar o cumprimento de pena antecipadamente, ignorando-se completamente a existência da garantia do devido processo legal. (Grifo original).

Assegurar a garantia do estado de inocência ao acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento por parte dos agentes do Estado quanto à aplicação das normas processuais, como, por exemplo, a prevalência do princípio do *in dubio pro reo* na valoração da prova, sendo que o quadro probatório não confere um juízo de certeza, assim como a imposição para que a acusação produza a prova acerca do fato imputado e a extrema cautela no exame da hipótese de imposição de prisão cautelar (THUMS, 2006).

O acusado deve receber tratamento digno durante o processo, pois é presumido inocente, logo, não deve ser exposto a constrangimento ou medida de caráter humilhante, pois o processo não pode servir como forma de punição antecipada (THUMS, 2006).

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana tem como missão a preservação do ser humano, desde o seu nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial. Para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada, é essencial que haja o fiel respeito aos direitos e garantias individuais, sendo que, por este motivo, tal princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, principalmente no que

se refere ao contexto penal e processual penal (NUCCI, 2012).

Por fim, cabe referir o princípio da primazia da Constituição Federal, que, segundo entendimento de Nucci (2012, p. 425),

deve-se conceder-se à Constituição Federal, em seu amplo feixe de princípios, direitos e garantias humanas fundamentais, a prevalência sobre toda e qualquer disposição ordinária, fora do Texto Magno, para que se ergam as sólidas bases de um Estado Democrático de Direito, em especial, nas sendas penal e processual penal, cujos valores e institutos vinculam-se, estreitamente, à dignidade da pessoa humana.

Esses, entre outros princípios constitucionais, tais como o do juiz natural e o do promotor natural, demonstram que o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988 foi o modelo acusatório e, a partir de então, não restam resquícios do modelo inquisitório, devendo todos os direitos e garantias fundamentais ser assegurados ao acusado.

4.2 O juiz pode ou não realizar a produção da prova penal de ofício?

O sistema acusatório é imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Visa assegurar a imparcialidade do juiz que irá sentenciar, bem como o trato digno e respeitoso com o acusado, o qual deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de parte na relação processual (LOPES JR., 2013).

Ocorre que, mesmo com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e a adoção do sistema acusatório, permanece vigendo o Código de Processo Penal de 1941, cujos princípios foram sedimentados sob a influência de um período político brasileiro marcado pelo autoritarismo e pela ausência de direitos aos acusados. Por este motivo, alguns de seus dispositivos não se encontram harmonizados com o texto constitucional, pois permitem, por exemplo, que o juiz haja de ofício (AMARAL, 2013, www.conteudojuridico.com.br).

Essa incompatibilidade pode ser sanada mediante a releitura dos dispositivos do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal e, sobre o tema, Barroso (2006, p.67) ensina que

o princípio da Supremacia da Constituição, que tem como premissa a rigidez constitucional, é a ideia central subjacente a todos os sistemas jurídicos modernos. Sua compreensão é singela. Na celebrada imagem de Kelsen, para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo fundamento de validade das

demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às leis, que não poderão ter existência legítima se com elas contrastarem.

Perceba-se que, diante dos princípios constitucionais até então trabalhados, bem como das características do sistema acusatório, se torna absurdo admitir, por exemplo, que o magistrado inicie uma ação penal por meio de portaria, como dispõe o artigo 26, do Código de Processo Penal. E mais, permitir que mesmo quando o Ministério Público, responsável pela acusação na ação penal, opine pela absolvição do acusado, possa o juiz proferir sentença condenatória, conforme prevê o artigo 385, do Código de Processo Penal. Vejamos:

Art. 26. **A ação penal, nas contravenções, será iniciada** com o auto de prisão em flagrante ou **por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária** ou policial.

[...]

Art. 385. Nos crimes de ação pública, **o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição**, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (Grifo próprio).

O mesmo acontece com o artigo 311, do Código de Processo Penal, onde é permitido ao juiz, no curso da ação penal, decretar a prisão preventiva de ofício. Da mesma forma, o artigo 156 do mesmo Diploma Legal, já trabalhado anteriormente, permite que o juiz produza provas de ofício.

Tais dispositivos, embora ainda estejam em vigor no Código de Processo Penal, estão totalmente em desacordo com a Constituição Federal, pois apresentam traços inquisitórios, o que não se admite no atual contexto de direitos e garantias fundamentais.

Conceder ao magistrado poderes instrutórios acarretaria a destruição do processo penal democrático, na medida em que não se pode supor que o juiz seja alheio a paixões humanas e que, mesmo inconscientemente, não queira provar aquilo que investigou (KHALED JR., 2013).

Quando o juiz passa a produzir provas de ofício, se coloca como sujeito ativo do conhecimento e realiza uma tarefa que não é neutra, pois ele deixa de apenas receber a prova para analisá-la e julgá-la e passa a sair de sua inércia na busca da prova, deixando para trás, além da sua imparcialidade, o princípio do *in dubio pro reo*.

Acerca da valoração da prova no processo penal, Thums (2006, p. 156) explica que

no que diz respeito à valoração da prova, sobressai outro princípio, do *in dubio pro reo*, segundo o qual, se após a regular instrução processual, respeitadas todas as diretrizes do devido processo legal, o órgão acusador não se desincumbir da prova sobre a imputação, o juiz deve absolver o réu. A prova para levar alguém à condenação deve conter um juízo formal de certeza. O ônus da prova sobre a autoria, materialidade, tipicidade, ilicitude e culpabilidade do réu é de quem faz a acusação. Na dúvida sobre as provas, a absolvição se impõe. (Grifo original).

Veja-se que, caso não haja prova suficiente nos autos para uma condenação, com base no princípio do *in dubio pro reo* o juiz deve absolver o acusado, pois, na dúvida, se absolve. No entanto, ao produzir uma prova de ofício, certo é que o juiz não se convenceu com as provas já existentes nos autos e então sai de sua inércia para procurar provas novas. Logo, além de tomar para si o papel da acusação, o magistrado está ferindo princípios constitucionais e, por óbvio, prejudicando o acusado, daí porque a produção de prova de ofício pelo juiz é inconstitucional.

Caso a mesma pessoa que seja responsável pela investigação do fato delitivo faça a coleta de provas e as valore para decidir, se está diante de clara violação do princípio da imparcialidade do juiz, sendo que, se no modelo inquisitório o juiz acusa, no modelo acusatório existe uma parte autônoma para acusar, a fim de que se retire o juiz do centro do processo, preservando a sua imparcialidade e atuação.

Cabe ressaltar que, para Khaled Jr. (2013, p. 142),

o processo deve ser um limite ao poder; se não fosse esse o seu sentido, sequer precisaria existir. Trata-se de um ritual de redução de complexidade que condiciona a manifestação do poder punitivo a um conjunto de requisitos, exigindo que o processo seja o caminho necessário – o único possível – para a imposição da pena. Dentro dessa concepção, o equilíbrio que deve caracterizar o sistema só pode ser obtido de um lado, por regras formais que condicionem a decisão jurídica e de outro, pela exigência de um núcleo probatório suficientemente consistente, o que representa um claro limite ao poder: um limite que é rompido quando o julgador abandona sua posição de árbitro movido por uma ambição de verdade que expressa um desejo incontrolável de obter a condenação. É por isso que são indispensáveis as garantias quanto à formação do processo, coleta de prova, exercício do direito à defesa e a formação da convicção do julgador.

Nesse sentido, Prado (2006, p.137) esclarece em sua obra que quem “procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.

Atribuir poderes investigatórios ao juiz é, evidentemente, violar a garantia da

imparcialidade, estrutura básica do processo penal e do sistema acusatório, assegurados pela Constituição Federal. Lopes Jr. (2010, p. 70) diz que “pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, é incorrer em grave reducionismo”.

Portanto, evidente que a busca da verdade pelo magistrado remete ao modelo inquisitório, ou ainda, pelo sistema misto, que preservou tais características ainda que de forma velada. A busca incessante pela verdade contraria o devido processo legal imposto pela leitura democrático-constitucional e, conseqüentemente, é incompatível com o poder punitivo exigível em um Estado Democrático de Direito (KHALED JR., 2013).

O processo penal acusatório e democrático é fundado na dignidade da pessoa humana e na presunção de inocência, onde o juiz ingressa predisposto a absolver, uma vez que a posição que lhe cabe é receptiva e que cabe tão somente à acusação derrubar tal presunção de inocência. Por outro lado, no processo de inspiração inquisitória, o juiz entra movido pela ambição da verdade e pratica ato que seria de competência da parte, o que só pode expressar um desejo de condenação (KHALED JR., 2013).

Perceba-se que não se está, aqui, dizendo que a verdade não deve ser buscada e enfrentada. Pelo contrário, a prova pode e deve ser produzida, mas por quem é competente para isso, ou seja, quem deve produzir a prova é a acusação, o autor da ação penal, mas jamais o juiz, pois este tem apenas o dever de apreciar tais provas e, imparcialmente, prolatar sua decisão.

O sistema acusatório tem como base diversos princípios constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, legalidade, oficialidade, juiz natural, devido processo legal, publicidade, igualdade processual, iniciativa das partes, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, imparcialidade do juiz e fundamentação das decisões judiciais, todos, como já estudado, visando garantir os direitos fundamentais do acusado.

Além disso, sua finalidade também é afastar o magistrado das atividades típicas das partes, acusar e defender, corroborando para a democratização da relação processual (AMARAL, 2013, www.conteudojuridico.com.br).

Portanto, o que se busca demonstrar é que os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, até aqui expostos, estão previstos na Constituição Federal, carta maior que está no topo das normas e deve ser seguida, sendo que as demais normas que eventualmente possam lhe contrariar devem ser julgadas

inconstitucionais, cessando a sua aplicação no mundo jurídico.

Após a produção de todas as provas exigidas pelas partes, no caso de permanecer a dúvida na hora da decisão, o juiz não só pode como deve decidir, devendo conduzir-se obrigatoriamente à absolvição do acusado por exigência do princípio do *in dubio pro reo*, não podendo, em hipótese alguma, dar continuidade na busca pela verdade, ainda que de forma velada. Isso porque o juiz é o garantidor dos direitos fundamentais do acusado, cabendo-lhe zelar pelo devido processo legal. A ambição da verdade pelo magistrado somente se faz presente quando o objetivo almejado é a condenação, mas, como o juiz deve ser imparcial, tal busca não deve por ele ser feita, mas sim pelo autor da ação penal (KHALED JR., 2013).

5 CONCLUSÃO

De acordo com o desenvolvimento do presente trabalho monográfico, percebe-se que, historicamente, houve grandes mudanças nos sistemas processuais penais, as quais ocorreram em razão da busca pela garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Os sistemas processuais penais já adotados são o sistema inquisitório, acusatório e o misto. Primeiramente, quando se fala em sistema inquisitório, a principal característica que surge é a ausência de imparcialidade do julgador, pois as funções de acusar e julgar ficaram concentradas na mesma pessoa. Quando esse sistema foi adotado, a justificativa utilizada era a necessidade de combater a delinquência e, na época, a solução encontrada foi colocar as funções de acusar e julgar nas mãos do Estado. Entretanto, a grande consequência desse sistema foi a violação dos direitos e garantias do acusado, que passou a ser mero objeto na ação penal, tendo a sua sentença proferida pela mesma pessoa que participou da produção probatória.

Por sua vez, o sistema acusatório é totalmente contrário ao sistema inquisitivo, e foi adotado no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988. Sua principal característica é a busca por assegurar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, onde o órgão julgador se limita apenas a decidir a partir das provas produzidas pelas partes, as quais estão em pé de igualdade no processo, em razão do princípio da isonomia. A defesa passou a ter voz, com direito a se manifestar após a acusação, pois o contraditório passou a ser pleno. O juiz, nesse sistema, deve ser imparcial e inerte.

O sistema misto, por outro lado, consiste em uma mistura entre as características dos sistemas inquisitório e acusatório, na medida em que possui duas fases, sendo a primeira inquisitiva, onde se faz a produção da prova e a segunda, chamada de fase final, aquela em que ocorre o julgamento com as garantias fundamentais asseguradas ao acusado. No entanto, esse julgamento, embora se diga que garante ao acusado seus direitos, já está com a imparcialidade do julgador comprometida, tendo em vista ele participou da produção da prova e pode ter se contaminado com o que produziu. Dessa forma, não há como dizer que há uma fase onde os direitos do acusado estão totalmente garantidos.

Logo, percebe-se que muita coisa mudou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no entanto, o Código de Processo Penal é de 1941 e

traz alguns dispositivos que são contrários ao texto constitucional, como, por exemplo, o artigo 156, que permite ao juiz produzir provas de ofício.

No inquérito policial, atualmente, ainda se utiliza características inquisitivas, e o que se discute é a existência ou não do contraditório e da ampla defesa nessa fase preliminar investigativa. Após o STF ter editado a súmula vinculante 14, que garante ao advogado acesso aos autos do inquérito policial, a situação da defesa melhorou, evidentemente, mas isso não significa que há a garantia do contraditório nas provas produzidas, sob a alegação de que caso a defesa tenha acesso a tudo, alguma diligência pode ser frustrada.

Assim, é por este motivo que o artigo 155, do Código de Processo Penal, assegura que as provas produzidas no inquérito policial devem ser confirmadas em juízo, onde há o contraditório e a ampla defesa, sendo que uma condenação não pode, jamais, se basear apenas em provas policiais.

A Constituição Federal trouxe a distinção entre as funções de acusar, defender e julgar, sendo que o juiz deve julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado das provas existentes no processo, que foram produzidas pelas partes, Ministério Público e Defesa.

Cabe referir, ainda, que a Constituição Federal não prevê, de forma expressa, o modelo acusatório como sistema processual a ser adotado, mas através da interpretação de seus princípios, os quais valorizam o homem e a dignidade da pessoa humana, identifica-se o sistema acusatório, já que tais características configuram seus pressupostos básicos.

Portanto, foram analisados os principais princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, onde se percebe que o sistema a ser aplicado é o acusatório. O princípio da imparcialidade visa assegurar um julgamento imparcial pelo juiz, que, para tanto, deverá se afastar da produção da prova e, nesse sentido, têm-se os princípios da inércia da jurisdição, do juiz natural e, ainda, do promotor natural.

Ainda, os princípios da isonomia processual e da iniciativa das partes garantem que a acusação e a defesa tenham os mesmos direitos, são iguais e, também responsáveis pela produção da prova. As partes têm a iniciativa, enquanto o juiz apenas julgará.

Mas, primeiramente, ninguém será considerado culpado sem que haja o devido processo legal, o qual seguirá os princípios da publicidade, oficialidade e legalidade. Logo, daí extrai-se, também, o princípio da presunção de inocência.

O contraditório e a ampla defesa asseguram que as partes tenham ciência dos atos praticados no processo, a fim de que possam falar sobre eles ou, até mesmo, requerer diligências. Perceba-se que, dessa forma, não há a necessidade do juiz produzir provas, já que as partes têm todo o direito e todas as possibilidades de requerê-las, caso queiram.

Por fim, mas não menos importante, a Constituição Federal assegura os princípios da dignidade da pessoa humana e da Primazia da Constituição Federal. Ou seja, ainda que o Código de Processo Penal, norma infraconstitucional, permita em alguns dispositivos que o juiz haja de ofício, a Constituição Federal, que é a Lei Maior, não permite.

Dessa forma, tal incompatibilidade pode ser sanada mediante a releitura dos dispositivos do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal.

No ponto, cabe salientar que, caso não haja prova suficiente nos autos para a condenação do acusado, o juiz deve absolvê-lo com base no princípio do *in dubio pro reo*, pois, na dúvida, se absolve. No entanto, se ele decide produzir uma prova de ofício, certo é que não se convenceu com as provas já existentes nos autos e então sai de sua inércia para procurar provas novas.

Diante dessa atitude, além de tomar para si o papel da acusação, o magistrado está ferindo princípios constitucionais e, por óbvio, prejudicando o acusado, daí porque a produção de prova de ofício pelo juiz é inconstitucional.

Contudo, é de suma importância deixar claro que não se está dizendo, com o presente trabalho, que a verdade não deve ser buscada e enfrentada. Pelo contrário, a prova pode e deve ser produzida, mas por quem é competente para tanto, ou seja, as partes têm o dever de requerer todas as diligências que entenderem cabíveis. O juiz, por sua vez, tem apenas o dever de apreciá-las e, imparcialmente, prolatar sua decisão.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Pablo Luiz. *Resquícios do sistema inquisitivo no código de processo penal*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,resquicios-do-sistema-inquisitivo-no-codigo-de-processo-penal,42392.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.
- ARRUDA, Wesley Rodrigues. *Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto,51623.html>>. Acesso em 05 set. 2015.
- AVENA, Norberto. *Processo penal: esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 02 jun. 2015.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CONTI, Francesco. Julgado em 24/07/2013. DJ 12/08/2013, p. 126. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 22 out. 2015.
- _____. Julgado em 18/12/2013. DJ 20/01/2014, p. 461. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 22 de outubro de 2015.
- COSTA, Sílvio César Queiroz. *A inconstitucionalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24635/a-inconstitucionalidade-da-producao-de-provas-de-oficio-pelo-magistrado>>. Acesso em 25 out. 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- FEITOSA, Isabela Britto. *Valor probatório do inquérito policial*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6086>. Acesso em 22 out. 2015.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FINGER, Julio Cesar. Julgado em 14/10/2015. DJ 29/10/2015, p. 115. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 31 out. 2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Aymoré Roque Pottes de. Julgado em 08/10/2015. DJ 28/10/2015, p. 115. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 31 out. 2015.

MIRABETE, Júlio. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. *Sistemas processuais penais*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>>. Acesso em 05 set. 2015.

NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Martina Pimentel. *Os sistemas processuais penais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26262/os-sistemas-processuais-penais>>. Acesso em 05 set. 2015.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia*,

garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.