



ISSN 2595-5519

GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL: ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO MAGISTRADO EM FACE DO SISTEMA ACUSATÓRIO

LEITE, Caio Fernando Gianini¹
AGUIAR, Vinicius Ramon²
OLIVEIRA, Carlos Eduardo Virgílio³
LEAL, Walisson Sanches⁴
SANTOS, Marcio Junior Tenório⁵

RESUMO

O objetivo principal deste trabalho foi analisar os pontos mais controvertidos da possibilidade da atuação de ofício do magistrado na gestão da prova no processo penal brasileiro. Porém, para que se possa compreender a complexidade do tema, houve a necessidade de análise dos pontos principais dos demais sistemas probatórios já adotados pela normatividade processual penal no âmbito internacional. Este estudo se mostra de grande importância uma vez que há grandes conflitos de entendimentos tanto da jurisprudência quanto da doutrina a este respeito. A pesquisa foi realizada levando-se em consideração os dados e informações fornecidos tanto pelos posicionamentos da doutrina, como pelos entendimentos dos tribunais superiores, juntamente com textos científicos publicados pelos estudiosos do direito. Além de uma pesquisa bibliográfica, foram utilizadas, para a coleta de dados, a pesquisa documental, tendo como base as informações retiradas dos sites dos Tribunais Superiores. Este trabalho constitui-se no levantamento de dados iniciais a respeito da aplicabilidade prática da atuação de ofício do magistrado na gestão probatória penal. Em suma, percebeu-se que apesar de trazer alguns esclarecimentos com relação ao caso analisado, a controvérsia está muito longe de se solucionar, uma vez que, os posicionamentos que se opõem sobre este tema são irredutíveis ao rechaçar essa possibilidade ou a aceitar essa atuação jurisdicional, mesmo que de forma incidental, na persecução criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão de prova, sistema acusatório e processo penal.

¹ LEITE, Caio Fernando Gianini. Professor do Curso de Direito da Ajes/MT; Especialista em Direito Processual Civil pela ITE Bauru/SP; Especialista em Direito Processual e Direito Penal pela Faculdade Anhanguera - Núcleo Campinas/SP.

² AGUIAR Vinicius Ramon. Bacharel em Educação Física pela Faculdade de Ciências Biomédicas de Cacoal-FACIMED - Cacoal/RO; Especialista em Processo Penal pela Faculdade Educacional da Lapa-FAEL - Juína/Mato. vinicius_aguiar@msn.com

³ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Virgílio. Gestor em Segurança Pública - <carlos_kall3@hotmail.com>

⁴ Acadêmico LEAL, Walisson Sanches: do VIII Termo do Curso de Bacharelado em Direito da AJES, Faculdade do Vale do Juruena - Juína, MT. E-mail: walisson.leal@outlook.com

⁵ Acadêmico SANTOS, Marcio Junior Tenório: do VIII Termo do Curso de Bacharelado em Direito da AJES, Faculdade do Vale do Juruena - Juína, MT. E-mail: Marcio_junior001@hotmail.com.



ISSN 2595-55192

ABSTRACT

The main objective of this paper was to analyze the most controversial points of the possibility of the magistrate acting in the management of the evidence in the Brazilian criminal process. However, in order to understand the complexity of the subject, there was a need to analyze the main points of the other evidential systems already adopted by the criminal procedural normativity at the international level. This study is of great importance since there are major conflicts of understanding of both jurisprudence and doctrine in this regard. The research was conducted taking into consideration the data and information provided by both doctrinal positions and the understandings of higher courts, along with scientific texts published by law scholars. In addition to a bibliographic search, documentary research was used for data collection, based on the information taken from the Superior Courts websites. This work consists of collecting initial data about the practical applicability of the magistrate's office in criminal probative management. In sum, it was noticed that despite bringing some clarifications regarding the case analyzed, the controversy is very far from resolving, since the opposing positions on this theme are irreducible when rejecting this possibility or accepting this action. even incidentally in criminal prosecution.

KEYWORDS: Management of evidence, accusatory system and criminal procedure.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade, em *prima facie*, a análise de maneira breve dos sistemas processuais penais apresentado pela maioria da doutrina, sendo esses, o sistema inquisitório que é aquele caracterizado pelas funções de acusar, defender e julgar se reunirem em um só órgão, qual seja, o juiz inquisidor, e o sistema acusatório que caracteriza-se pelas funções de acusar, defender e julgar serem atribuídas a órgãos diferentes e o sistema mistos, considerado aquele que reúne particularidades dos dois outros sistemas.

Nos transcorrer, lançamos mão da doutrina de Paulo Rangel⁶, que nos ensina que sistemas processuais penais nada mais é do que um "conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto." Assim, o ente soberano ao estabelecer um determinado sistema processual, abarcará os fatores reais e a decisão política que vigora naquele período da implantação do sistema.

Veremos que é essencial dentro do processo, a necessária produção probatória com o fim de chegar o mais próximo das circunstâncias fáticas praticadas e dos apontamentos e

⁶ RANGEL, Paulo Direito processual penal / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 46.



ISSN 2595-55193

confirmação de autoria delitiva. É através da prova que as partes tentarão convencer o estado-juiz acerca dos fatos alegados.

Essas alegações produzidas pelas partes no processo nada mais é do que o ônus da prova, que deveras importante, não há obrigatoriedade na sua propositura.

O juiz ao ser provocado pelas partes, rechaçará as provas impertinente ou que nada contribuir para a solução da causa, ou a admitirá, valorando-a sobre as balizas do sistema do livre convencimento motivado, sendo este adotado pelo Código de Processo Penal, sob o mandamento constitucional de 1988.

Mais adiante, como objeto desta pesquisa, far-se-á necessária uma abordagem mais profunda, no que tange a gestão probatória do processo penal sob a luz do sistema acusatório, sendo este o adotado pela Constituição da República Federativa de 1988.

2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: INQUISITÓRIO, ACUSATÓRIO E MISTO

A evolução do estudo sobre o Estado como ente político além de outras responsabilidades, mitigou a justiça privada que vigorou por um bom período no código de *Hamurab*, trazendo para si a responsabilidade do *jus puniend* na resolução das demandas e segurança da coletividade.

Segundo Renato Brasileiro de Lima⁷,

"[...] Através da pretensão punitiva, o Estado procura tornar efetivo o *uis puniendi*, exigindo do autor do delito, que está obrigado a sujeitar-se à sanção penal, o cumprimento dessa obrigação, que consiste em sofrer as consequência do crime e se concretiza no dever de abster-se ele de qualquer resistência contra os órgãos estatais a que cumpre executar a pena."

Para se chegar à sanção penal, o Estado deve lançar mão de um sistema processual que assegure a aplicação da lei penal, sem o qual, não se pode impor aquela, e nem sequer o processado poderá ser submetido a pena.

Mas o que se trata de sistema processual penal? Para a solução da respectiva pergunta, lançamos mão dos ensinamentos da doutrina de Paulo Rangel⁸ onde nos revela que:

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p.37.



ISSN 2595-55194

[...] sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.

Com relação ao sistema processual penal, visa demonstrar a origem e a evolução histórica, em comparação ao sistema adotado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Em consulta à material relacionado ao tema, Saulo Romero Cavalcante dos Santos nos revela em seu artigo científico que:

Na Roma antiga os chamados *delicta privata* tinham como árbitro o Estado, que decidia conforme as provas apresentadas pelas partes. Porém, com o tempo passou a ser abandonado tal processo penal privado, enquanto se fortalecia o julgamento dos *delicta publica*. Em tal processo público, a princípio, inexistia limitação quanto ao julgamento pelo Estado, sendo que apenas posteriormente, com a *Lex Valeria de Provocatione*, foi estipulado o direito do réu recorrer para um comício popular. Com o advento da República Romana, a justiça penal era exercida pelas centurias, compostas por patrícios e plebeus, e, em casos excepcionais, o julgamento se dava pelo Senado Romano. No fim da República passou a existir a *accusatio*, criando-se um tribunal popular que era composto por senadores, e, posteriormente, por cidadãos. Advindo o Império surgiu um novo processo penal, a *cognitio extra ordinem*, cabendo o julgamento ao Senado, e mais à frente ao imperador, e, tempos após, ao *paraefectus urbis*. O julgador Romano englobava as funções de acusador e juiz, e, com tal degeneração, era admitida tortura, sendo generalizada a prisão cautelar.⁹

Segundo exposto acima observa-se que o processo penal mudou diversas vezes ao longo do tempo. Segundo apontamento do autor, verifica-se que, na Grécia antiga o Estado usava como parâmetro para os julgamentos, apenas as provas apresentadas pelos litigantes, nesse sentido o mesmo sem direito a recorrer das decisões, jazia juízo de mérito com e somente através das provas apresentadas em uma primeira e única exposição das mesmas.

Com o passar dos tempos, foi extinta a aplicação de pena, apenas e meramente sob a premissa da exposição de provas pelas partes do processo, passando o estado a realizar audiências públicas, porém não existia limitação quanto ao julgamento realizado pelo mesmo.

Apenas posteriormente, com a *Lex Valeria de Provocatione*, foi estipulado o direito do réu recorrer para um comício popular, ao qual o juízo de mérito ficava sob o poder dos patrícios e plebeus. Os plebeus eram um grupo social composto por artesãos, comerciantes e camponeses, que constituíam, assim, a imensa maioria da população romana. Os patrícios eram descendentes das primeiras famílias que povoaram Roma, detinham grandes quantidades

⁸ Rangel, Paulo Direito processual penal / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 46.

⁹ SANTOS, Saulo Romero Cavalcante dos. Sistema processual penal brasileiro. O Código de Processo Penal de 1941 e o modelo constitucional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2074, 6 mar. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12416>. Acesso em: 14 out. 2019.



ISSN 2595-55195

de terras e ocupavam importantes cargos públicos. Considerados cidadãos romanos, possuíam muita riqueza e escravos, estavam no topo da pirâmide social romana, compunham a minoria da população.

Advindo o Império surgiu um novo processo penal, a *cognitio extra ordinem*, cabendo o julgamento, após outras mudanças neste lapso temporal ao *paraefectus urbis*, que era o prefeito de Roma na época, o julgador Romano englobava as funções de acusador e juiz ao mesmo tempo, e, com tal degeneração, era admitida tortura, sendo generalizada a prisão cautelar.

No transcorrer da história e da formação e evolução da conjuntura do estado como aplicador e garantidor *ius puniend*, nasceram sistemas processuais penais, que conforme os variados estudos doutrinários, basicamente dividem-se em sistema inquisitivo, sistema acusatório e sistema misto ou francês, e a sua implementação irá depender da vontade do Estado, que poderá ser, mais garantidor ou recrudecedor de direitos processuais do acusado.

De antemão, devemos mencionar que os respectivos sistemas, não apresenta uma forma pura, sempre apresentando, mesmo que minimamente, resquícios de um ou outros sistemas processuais. Neste sentido de negação ao sistema processual eminentemente puro, Renato Brasileiro de Lima afirma que:

Nos dias de hoje, não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios “puros”. Na verdade, ora o processo penal é predominantemente acusatório, ora apresenta características peculiares dos sistemas inquisitoriais.

Esse também é o ensinamento de Paulo Rangel¹⁰, onde assevera que:

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito.

¹⁰ Rangel, Paulo Direito processual penal / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.



ISSN 2595-55196

Ao se observar os sistemas processuais, busca-se analisar a interação existente entre juiz, promotor e defesa. O papel do juiz na produção da prova. O direito de defesa do acusado. Assim passaremos brevemente a análise de cada sistema.

2.1 Sistema inquisitorial

O sistema inquisitorial tem seu surgimento a partir dos regimes monárquicos dos séculos XVI, XVII e XVIII, assim ganhou força com a grande influencia que detinha a Igreja Católica, sendo um marco da intolerância.¹¹

De uma forma bem perfunctória, pode-se afirmar que o é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura¹² como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal.

Nele, não há contraditório, ou seja, não existe contraposição entre acusação e defesa, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos¹³.

Em relação à gestão da prova (comportamento do juiz em relação à prova), o magistrado, acumulava a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção probatória, em qualquer fase da persecução penal. Dessa forma, a gestão das provas estava concentrada assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, chegava à conclusão que desejasse.

Nesse sentido é o ensinamento da doutrina de Renato Brasileiro de Lima¹⁴, onde:

Tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de *juiz inquisidor*. Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. Em virtude dessa concentração de poderes nas mãos do juiz, não há falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa.

¹¹ TEIXEIRA, Priscila Flávia. **O advento da Lei nº 13.245/2016: mutação do procedimento inquisitorial ou ampliação dos direitos fundamentais do acusado?**. Disponível em:

<<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2431/1/TCC%20PRISCILA%20FLAVIA%20TEIXEIRA%20pdf.pdf>>.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: J0uspodivm, 2017.

¹³ Ibid.:

¹⁴ Ibid.:



ISSN 2595-55197

Por fim, no sistema inquisitorial vigora o princípio da verdade real – totalmente superado. Outrora, trabalhava-se com a ideia de que o magistrado deveria buscar a verdade dos fatos¹⁵, podendo, assim, utilizar provas ilícitas, tortura, etc. Atualmente, busca-se a verdade processual.

2.2 Sistema acusatório

Tal sistema processual foi colhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 129, inciso 1 da Constituição Federal de 1988, onde tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, bem como institui a presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de posições, com a presença de contraditório, paridade de armas, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial.

Neste sistema, é notória a separação das funções de acusar (MP), defender (DP ou advogado constituído) e julgar.

A gestão da prova recai precipuamente sobre as partes, tendo como destinatário o juiz, onde na fase investigatória o juiz só deve intervir quando provocado e necessário para a busca da verdade processual. Já durante a instrução processual, prevalece o entendimento¹⁶ de que o julgador tem certa iniciativa probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício, desde que o faça de maneira subsidiária.

De acordo com ensinamento de Gustavo Badaró;

Eliminada a divisão de tarefas não há processo acusatório. Sem tal separação e 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.¹⁷

Nesse sentido destaca Frederico Marques, que o sistema acusatório é o sistema ideal à aplicação do devido processo legal;

Os atos de colaboração, entre os interessados no litígio penal e o juiz, estão subordinados a uma forma procedimental em que não se ponha em risco a imparcialidade do órgão jurisdicional e na qual o *jus puniendi* do Estado e o direito

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de **Código de Processo Penal comentado** / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.:

¹⁶ Ibid.:

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 109.



ISSN 2595-55198

de liberdade do réu sejam amplamente focalizados e debatidos. Nisto consiste o procedimento acusatório, único *modus procedendi* compatível com o verdadeiro processo penal.¹⁸

Em uma análise sucinta, percebemos que no artigo 129 inciso 1 da Constituição Federal supracitada, adotou como sistema, o acusatório e também é esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 5014 MC/DF, que segue, de maneira breve:

A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.

Segundo exposto acima observa-se que o sistema acusatório, é o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro em que dá maior segurança jurídica ao acusado, sem que o mesmo seja julgado apenas no livre convencimento do juiz.

Nesse sentido o acusado no sistema acusatório tem direito ao contraditório e a ampla defesa, ou seja, tem o direito de expor sua versão sobre o litígio penal, ao qual o juiz de forma imparcial, deve fazer jus sob a premissa das provas alegadas pelas partes, em sendo o acusado e o Ministério Público.

2.3 Sistema misto ou francês

Segundo Lima¹⁹, tal sistema tem origem com o *Code d 'Instruction Criminelle* francês, em que reúne as características dos sistema inquisitivo e do sistema acusatório, em duas fases distintas, qual seja, a primeira se desenvolvendo com instrução escrita, sigilosa e sem ampla defesa e acusatório, com o fim de apuração da autoria e materializada, eminentemente uma fase inquisitiva.

Já concernente a segunda fase, o órgão acusador, que em nosso sistema é o Ministério Público quando da ação penal pública e o Querelante na ação penal privada, apresenta a exordial acusatória, o réu apresenta defesa e o magistrado diante das provas produzidas

¹⁸ MARQUES, José Frederico. A investigação Policial, p. 70-71, 2001 Apud AMBOS, Kai e POLASTRI, Marcellus Lima. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória Perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 49.

¹⁹ Ibid.:



ISSN 2595-55199

mediante contraditório e ampla defesa na instrução processual, profere a sentença. Tal fase em contraposição a anterior, é caracterizada pela oralidade e publicidade, salvo aqueles atos processuais em que viole a intimidade, entre outros.

Para concluirmos, lançamos mão dos ensinamentos do mestre Rangel²⁰, sobre a aplicação dos sistemas processuais, onde afirma que:

Os sistemas processuais vistos acima são frutos do período político de cada época, pois, à medida que o estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado. Porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são-lhe entregues.

Nessa perspectiva, podemos levantar o raciocínio de que a depender dos fatores reais de poder e o momento político ideológico de um ente soberano em que se está vivenciando, haverá ou não a adoção do sistema que mais garanta ou restrinja as garantias processuais do acusado.

Faz-se necessário expor alguns entendimentos doutrinários ao qual, diversos doutrinadores defendem que o sistema processual penal brasileiro é o misto, sendo ora inquisitivo e ora acusatório, fato pelo qual o acusado não tem direito a ampla defesa e ao contraditório na primeira fase processual, em se tratando do inquérito policial.

Nesse sentido, exemplifica Guilherme de Souza Nucci 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.²¹

Segundo exposto acima observa-se que, alguns doutrinadores expõe o sistema processual brasileiro como misto. Nesse sentido afirma Wesley Rodrigues Arruda que, ²²o sistema misto, conhecido por muitos como sistemas francês, propôs uma solução

²⁰ RANGEL, Paulo Direito processual penal / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. São Paulo: RT, 2009, p. 25.

²² ARRUDA, Wesley Rodrigues. *Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42516/sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto>. Acesso em: 15 out 2019.



ISSN 2595-551910

intermediária entre os sistemas inquisitivo e acusatório, por meio da união da eficiência inquisitória na investigação dos delitos e o tipo processual acusatório, sendo o mais adequado na defesa dos direitos humanos.

2.4 Das Provas

O estudo da prova para o presente trabalho é de importância salutar, pois é através dela que as partes provocam e demonstram ao estado-juiz as alegações e circunstâncias dos fatos na busca da aplicação do direito no caso concreto.

Neste sentido vale destacar o princípio da proporcionalidade, que exige uma ponderação entre o fato e a determinada gravidade de tal. No entanto deve-se se analisar proporcionalmente a pena com relação ao caso concreto. Assim analisando as circunstâncias e condições da prática delitiva, e deste modo aplicar a pena mais cabível ao caso.²³

Com relação ao princípio da Verdade Real, Luiz Flavio Gomes traz o seguinte:

Diferentemente do que pode acontecer em outros ramos do Direito, nos quais o Estado se satisfaz com os fatos trazidos nos autos pelas partes, no processo penal (que regula o andamento processual do Direito penal, orientado pelo princípio da intervenção mínima, cuidando dos bens jurídicos mais importantes), o Estado não pode se satisfazer com a realidade formal dos fatos, mas deve buscar que o *ius puniendi* seja concretizado com a maior eficácia possível.²⁴

Conforme exposto acima o estado não pode se satisfazer somente com a provas produzidas pelas partes, mas sobretudo respeitando o princípio da intervenção mínima, mas não se abstendo do dever do estado de punir, mas da melhor forma possível, para que não venha a se constituir algum erro.

Sobretudo deve também se analisar o artigo 5º, “inciso LXIII, da Constituição Federal – que traz o seguinte: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Sendo assim a Constituição Federal dá o direito do acusado se manter em silêncio, e sobretudo não podendo ser utilizado em seu desfavor, contudo também é resguardado o direito de um defensor.

No artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal traz o seguinte:

²³DIAS, Fábio Freitas. **DIREITO PENAL II: Material de Apoio e Orientação**. Unifra: Santa Maria, março de 2012. P. 13.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Verdade Real**.

<<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>.



ISSN 2595-551911

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:

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;

Deste modo o artigo 5º, inciso LV da constituição traz a garantia de que todos sejam tratados como iguais perante a lei, levando em consideração a igualdade, segurança e assim várias outras garantias como apresentados acima. Sobretudo que todos tenham o direito resguardado do contraditório e a ampla defesa, como todas as formas possíveis de se instaurar um recurso, podendo ser tanto na esfera administrativa ou judicial. Portanto traz-se o vocábulo de prova conforme citação abaixo:

O vocábulo prova origina-se do latim probatio, que por sua vez emana do verbo probare, com o significado de demonstrar, reconhecer, formar juízo de. “Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado”.²⁵

Prova como exposto acima apresenta um caráter probatório, devendo ser produzida de forma lícita, e sobretudo se valendo da veracidade material dos fatos ou ato jurídico, que pode ser utilizado na perspectiva de se provar um determinado fato. Neste sentido vale destacar o ônus da prova, como exposto em citação:

É o encargo que recai sobre a parte de provar a veracidade do fato alegado. Existe o ônus da prova da acusação, cabendo à acusação provar tanto a existência do fato típico quanto provar a autoria ou participação do agente no fato criminoso bem como o nexo causal. Tarefa mais árdua da acusação é demonstrar os elementos subjetivos, quer dizer, dolo ou culpa que deve ser comprovado a partir da análise dos elementos objetivos do caso concreto.²⁶

Como exposto, cabe a parte que acusar provar a veracidade do fato em análise, contudo acaba sendo uma tarefa muito difícil, pois a parte devera provar os elementos subjetivos, referente a culpa ou dolo, em comprovação de forma objetiva do caso concreto.

²⁵ CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/299c16.pdf>>.

²⁶ SILVA, Grazielle Ellem. **Provas no Processo Penal**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10779/Provas-no-Processo-Penal>>.



ISSN 2595-551912

Assim, levando a efeito a conceituação proposta pelo mestre Rangel²⁷, podemos dizer que a prova é o "meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa".

Assim abstraímos que a prova é levada a efeito, após o contraditório e a ampla defesa na instrução processual, para construir a convicção do julgador, como seu destinatário final, sobre a autoria e materialidade delitiva dos fatos apresentados e todas as suas circunstâncias, sob pena de responsabilidade penal objetiva.

Sabemos que no estudo da prova, o ônus da prova nada mais do que um encargo, não é obrigação, que recai sobre a parte de provar a veracidade do fato por ela alegado, levando a cognição do magistrado que ao final valorará o material produzido e julgará pertinente ou não as alegações, sentenciando ao final.

Nos estudos do mestre Lima²⁸, nos instrui que durante a produção probatória, o que se busca é a verdade processual dos fatos alegados, mas não a procura da verdade real, que em sua visão é inatingível, e assim segue nos mostrando que:

A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade. Enfim, a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível.

Compartilha de mesmo entendimento, o mestre Aury Lopes Junior²⁹, onde disserta salientando que:

A verdade real é um mito forjado pelo período inquisitivo, a qual buscava uma "verdade" a qualquer custo e pelas práticas probatórias as mais diversas possíveis. Por conta do "ritual judiciário", há no decorrer do processo um labirinto de subjetividades e contaminações, fazendo com que o problema todo passe para a órbita da "verdade", e não da verdade processual, da verdade real, etc. O processo não possui a função de revelar a "verdade", mas não se pode abandoná-la. A sentença vem a ser um ato de crença, de fé, que pode ou não coincidir com a

²⁷ Ibid.:

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p.512.

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.259-262.



ISSN 2595-551913

“verdade”. A “verdade” é, assim, contingencial, e não estruturante, e o juiz formará seu convencimento construindo a “sua” história do delito com base nos significados da norma e “elegendo” as versões entre os elementos fáticos demonstrados

Assim, podemos assimilar que a doutrina moderna majoritariamente aponta que a verdade a ser buscada na instrução processual penal é a verdade substancial/processual, e não a verdade real, pois conforme a doutrina, jamais poderá rerepresentar as circunstâncias do fato da forma como advieram.

O juiz diante das provas apresentadas, rejeitará as provas impertinente e inoportunas, bem como aquelas que nada contribuir para a solução da causa, ou admitirá, proferindo decisão, nas balizas do sistema do livre convencimento motivado, adotado pelo nosso código de processo penal.

Vale destacar que existem limites muito exposto para o modo e constituição de provas no nosso ordenamento jurídico, devendo atentar os aplicadores do direito para que não forneça nem constituía de modo irregular. Neste sentido traz se o artigo 157, § 1º e parágrafo do Código de Processo:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

O artigo 157 do CPP, traz que as provas ilícitas são inadmissíveis e assim devendo ser desentranhada do processo, e sobretudo também são ilícitas aquelas que de alguma forma forem derivadas da ilícita, salvo se for provado que não a relação de causalidades entre elas, ou se de alguma forma conseguir produzir ou obter da primária por outra fonte. Assim o artigo 5, inciso LVI, da Constituição Federal traz: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Sendo assim resguardado pela constituição que somente pode se utilizar de provas lícitas no meio jurídico.

Sobretudo nenhuma pessoa pode ser culpada até o trânsito em julgado de um processo, pois no art. 5, inciso LVII, resguarda esse direito, com o intuito de apenas culpar uma pessoa se forem comprovados através do tramite processual a culpabilidade de tal.

2.5 O papel do juiz no sistema acusatório



ISSN 2595-551914

Como em outrora já discutido, o sistema adotado pela nossa carta política como sistema que vigora no ordenamento processual penal é o acusatório, que repisando de maneira perfunctória, nada mais é que há separação das funções de julgar acusar e defender, garantindo assim a imparcialidade do juiz na decisão do caso concreto. Pois se tratado de forma contrária, estaríamos aqui versando fielmente sobre o sistema inquisitivo, onde a atividade livre no campo probatória das partes é prevalecente a do juiz, que acumula a função de acusar e julgar, também denominado de juízo-inquisidor.

Neste sentido é o posicionamento do ilustre doutrinador Renato Brasileiro³⁰, onde menciona que:

[...] são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.

Se analisarmos de maneira pura o sistema acusatório, onde o juiz não é dotado de poder de determinação de produção de provas *ex officio*, podemos mencionar que nele, quem compete gerir a produção probatória no processo é as partes através da dialeticidade processual, em que é incumbido ao juiz um papel de garantidor imparcial das regras do jogo processual penal, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais.

Assim, o magistrado, para manter a preservação da imparcialidade e inércia, deve se abster da atividade de se aventurar nas nuances da produção probatória, pois é ele que deve formar a sua convicção com base nas provas apresentadas, porquanto é o destinatário final das provas, do contrário, colocará em risco a sua imparcialidade e estará fadado a violar o sistema acusatório.

O art. 156, do Código de Processo Penal³¹, em no seu inciso I, nos instrui que "é facultado ao juiz de ofício ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida".

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p.18.

³¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 05 Abril..2019.



ISSN 2595-551915

Com essa redação dada pela lei 11.690/08³², o respectivo artigo mitiga o sistema acusatório, trazendo a possibilidade do magistrado, independente de provocação das partes, determinar a produção probatória mesmo antes da propositura da ação penal, trata-se nada mais do que o poder instrutório do juiz. Podemos perceber de antemão que essa produção disposta, não se dá em qualquer caso, mas tão somente em casos considerados urgentes e relevantes, como ex. provas que podem se perder com o *periculum in mora* do impulsionamento processual.

De maneira oposta, Lima³³, afirma que a atuação de ofício na fase investigatória está fadada a violar a imparcialidade do juiz e a se transvertir em um juiz inquisidor rechaçado pela doutrina, e assim continua a nos ensinar que:

É óbvio que o magistrado não está impedido de agir na fase investigatória. Mas essa atuação só pode ocorrer mediante prévia provocação das partes. Exemplificando, vislumbrando a autoridade policial a necessidade de mandado de busca e apreensão domiciliar, deve representar ao magistrado no sentido da expedição da ordem judicial. De modo semelhante, surgindo a necessidade de uma prisão temporária para acautelar as investigações, deve o órgão Ministerial formular requerimento ao juiz competente. Na fase investigatória, portanto, deve o magistrado agir somente quando provocado, atuando como garante das regras do jogo. O que não se deve lhe permitir, nessa fase preliminar, é uma atuação de ofício. E isso porque, pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o magistrado envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade.

Sobre tal postura no processo penal, o Supremo Tribunal Federal em uma oportunidade, já se manifestou e concluiu pela inconstitucionalidade³⁴ do juiz inquisidor previsto no art.3º da revogada Lei nº 9.034/95³⁵.

Para fechar, discorremos que como o juiz é o destinatário final da prova produzida pelas partes, e esta respectiva prova tem como finalidade o convencimento daquele, a liberdade de valoração probatória pelo magistrado é balizada pelo sistema do livre convencimento motivado³⁶.

³² Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm> Acesso em: 05 Abril..2019.

³³ Ibid.:

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p.530.

³⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm> Acesso em: 05 Abril..2019.

³⁶ De acordo com esse sistema, também conhecido como sistema da livre apreciação judicial da prova, o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e



ISSN 2595-551916

Sobre este ponto, nas palavras de Lima³⁷, a liberdade de avaliação do quadro probatório pelo magistrado não é independente, mas deve se somar com a obrigatoriedade de motivar suas convicções, permitindo que as partes no contraditório compare o material probatório produzido na instrução processual com os motivos legalmente previsto que levaram o juiz assim decidir, podendo, se for o caso ingressar com o recurso cabível se entender violadora a respectiva *decísium*.

2.6 A atuação de ofício do juiz frente à prova no processo penal

A possibilidade de atuação de ofício pelo juízo no processo penal vem sofrendo importantes alterações com o passar dos anos. Essa progressão normativa, hoje, encontra-se delineada no artigo 156 do Código de Processo Penal. O artigo foi inserido pela lei 11.690 de 2008³⁸ a qual trouxe grandes inovações na seara processual penal, inclusive no que diz respeito a possibilidade de atuação de ofício do magistrado na gestão de provas.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao **juiz de ofício**: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (grifo nosso)

Uma primeira análise que se faz necessário realizá-la diz respeito ao ônus probatório. O *caput* do artigo deixa bem claro que caberá a parte que alegar provar os fatos por ela apresentados. Dessa forma, tem-se que, se de um lado cabe à acusação provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras, à defesa, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado. Importante frisar

abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão. Lima, Renato Brasileiro de Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p.518.

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p.530.

³⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm> Acesso em: 05 abril.2019.



ISSN 2595-551917

que a responsabilidade probatória esculpida no artigo 156, caput, de incumbir o ônus da prova a quem alega não se aplica de forma absoluta, como diz Fernando Capez³⁹:

Nota-se que, contudo, que, em razão de nosso Código de Processo Penal adotar o sistema acusatório, e não o inquisitivo, tal *faculdade* de produção de provas pelo magistrado é supletiva, devendo, pois, ser cometida, nesse sentido, sua atuação. Somente em casos excepcionais, quando a dúvida persistir no espírito do magistrado, é que este poderá dirimi-la, determinando as diligências nesse sentido. Em segunda instância, no entanto o princípio da verdade real, só prevalece desde que a prova resultante não implique violação do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, quando houver recurso exclusivo da acusação.

Porém, essa possibilidade, agora expressa em lei, mesmo que respeitadas as limitações previstas, vem despertando grande desconforto em alguns setores jurídicos. O que se questiona, em suma, é o indício de retrocesso no processo penal, o qual, novamente, está atribuindo ao magistrado o poder de orquestrar as provas como parte e não julgador, relembrando aos traços marcados pelo sistema inquisidor.

Apesar do dispositivo legal ora questionado suscitar esses questionamentos, fato é que, este se encontra em pleno vigor e conquistando aceitabilidade pelos Tribunais Superiores. No entanto, há de se registrar que essa divergência dentro das obras jurídicas brasileiras, no que se refere a esta possibilidade, está longe de ser pacificada. Há uma clara divisão de pensamento entre diversos autores sobre a constitucionalidade ou não do artigo.

Na doutrina brasileira existem relevantes vozes contrárias a tal possibilidade. Os argumentos suscitados por esses estudiosos baseiam-se primordialmente nos princípios da imparcialidade do juízo e do devido processo penal, tendo como frente de argumentação a eventual violação do sistema acusatório adotado de forma implícita pelo ordenamento jurídico. Dentro dessas vozes contrárias na doutrina, destaca-se Aury Lopes Junior⁴⁰ que ao tratar de tal hipótese revela sua preocupação dizendo que esse cenário é propício a violações de princípios constitucionais, tais como da ampla defesa, contraditório, do devido processo legal e da imparcialidade do julgador.

Um pouco mais adiante, o renomado autor, impõe pesada crítica à possibilidade trazida pelo artigo 156 do Código de Processo Penal, dizendo que o artigo extirpou o sistema acusatório transformando toda persecução penal num puro arbítrio do julgador que detém a

³⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal – 21 ed. São Paulo. Saraiva – 2016.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade Constitucional. 5ª ed., Ed. Lumen Juris.



ISSN 2595-551918

possibilidade de navegar por toda a persecução criminal buscando meios de prover seu entendimento já firmado sobre o caso. Em suas palavras⁴¹:

A situação no Brasil é ainda mais grave, na medida em que o sistema acusatório sequer chega na fase processual! Sim, pois o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, ao atribuir ao juiz poderes instrutórios (até mesmo na fase pré-processual).

É, ainda, necessário dar-se conta de que a **gestão da prova está vinculada à noção de gestão do fato histórico, e, portanto, deve estar nas mãos das partes**. Do contrário, atribuindo-se ao juiz, estamos incorrendo no erro (psicológico) da inquisição de permitir-lhe (re)construir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada (o já tratado “primado das hipóteses sobre os fatos”). Permitir que o juiz seja o gestor do fato histórico é incorrer no mais grave dos erros: aderir ao núcleo imantador do sistema inquisitório. Pior é quando eles, os juízes, sequer se dão conta de quão genial (e perverso, por evidente) é o engenho da inquisição, que lhes faz agir como inquisidores, sem se darem conta! Isso quando não invocam a bondade... bom para que e para quem?

Norberto Avena em sua obra, processo penal, segue a mesma linha de raciocínio que Aury Lopes Junior. Na obra, expõe o autor que, mesmo que a lei 11.690 de 2008 tenha imposto limites a essa atuação de ofício do juiz, a liberdade conferida a este viola por via indireta o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988, da qual atribuiu em seu artigo 144 a função de investigar infrações penais à polícia judiciária, ressalvados outros órgãos de cunho investigatório. Desta forma, explica o autor:

O primeiro aspecto a ser examinado nesta faculdade conferida ao julgador respeita à sua constitucionalidade, visto que a Carta Republicana de 1988 adotou o sistema acusatório, que se caracteriza pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar e se rege pela imparcialidade do magistrado, relegando à polícia judiciária a atividade investigatória sob o controle externo do Ministério Público. Ora, a despeito de o art. 156, I, condicionar a atuação do juiz à urgência e relevância das provas a serem antecipadas, bem como à necessidade, adequação e proporcionalidade da providência ordenada, a interpretação literal do dispositivo parece importar em deslocar-se o magistrado da sua função de julgador para o papel de investigador ou acusador, em ofensa à Constituição Federal.⁴²

Doutro lado, temos também outra grande parcela da doutrina que advoga pela constitucionalidade de tal dispositivo, qual seja, o artigo 156 do Código de Processo Penal. Tais doutrinadores que adotam essa linha de entendimento, lembram que a própria lei trouxe as limitações necessárias que inviabilizam uma atuação desproporcional do magistrado na busca probatória de ofício. Expõem também, que a persecução criminal, dada a sua

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

⁴² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal / Norberto Avena. – 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.



ISSN 2595-551919

relevância, não pode ficar estritamente limitada as normas regulamentadoras, ou seja, o engessamento da persecução poderia causar diversas sentenças “legais”, porém equivocadas do ponto de vista da verdade real dos fatos.

Para Guilherme de Souza Nucci⁴³, não há dúvidas que os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 devem ser observados, porém também há de se atentar que, diferentemente do que ocorre em outros ramos processuais do direito, como o processual civil, o processo penal rege-se pela busca da verdade real. Decorre-se disso o fato do direito processual penal lidar com a liberdade individual do indivíduo, que é um dos direitos individuais mais importantes do ordenamento jurídico. Com isso, tem-se que: deixar de forma absoluta o poder probatório nas mãos das partes vedando em qualquer caso a possibilidade do juiz dirimir relevante dúvida não sanada pela produção probatória tanto da defesa como da acusação é dar azo, de forma lamentável, mais à forma do que a própria verdade dos fatos.

Interessante que Avena, faz um contraponto em seu próprio argumento pró inconstitucionalidade do artigo 156 já exposto neste trabalho. Em seu livro, ele lembra, endossando o raciocínio de Nucci, que no processo penal temos a busca da verdade real como um dos balizadores deste ramo do direito. Diz Avena:

Ocorre que, se de um lado o sistema jurídico brasileiro ergue-se sob o modelo acusatório contemplado na Lei Maior, por outro não se pode esquecer que adotou o princípio da verdade real como objetivo precípua do processo penal. Desta forma, embora não possa o magistrado trazer para si o poder de uma ampla iniciativa probatória, dado que tal ônus compete às partes, também não é correto que assumam uma postura estática, de mero espectador diante dos acontecimentos patrocinados pelas partes.

É possível concluir com base no raciocínio de Avena que há fortes argumentos para ambas as partes da doutrina com relação a essa problemática. Se de um lado temos que a Carta Magna adotou, mesmo que de forma implícita, o sistema acusatório - que exige a separação das funções de acusador, defesa e julgador - por outro lado fica inviável impor as partes, sem exceção, a inteira responsabilidade de trazer ao processo os fatos necessários para que se projete o que realmente sucedeu no mundo real.

Esse entendimento foi endossado pela Suprema Corte quando do julgamento do Habeas Corpus 92.819⁴⁴ do Rio de Janeiro publicado no dia 15 de outubro de 2008. Na

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=541577>> Acesso em: 05 Abril..2019.



ISSN 2595-551920

oportunidade, a relatora Ministra Ellen Gracie, frente ao caso exposto argumentou que: *não pode mais se basear em fórmulas arcaicas, despidas de efetividade e distantes da realidade subjacente, o que é revelado pelo recente movimento de reforma do CPP com a edição das Leis 11.689.*

Em suma, o que se conclui com a análise da doutrina moderna brasileira a respeito deste tema é a predominância da inconstitucionalidade da possibilidade de produção probatória de ofício pelo magistrado. Para esses doutrinadores, não há como o juízo ingressar na persecução probatória e se manter imparcial na análise e julgamento do processo. Doutro lado, é pacífico nos tribunais a essa possibilidade de atuação de ofício do magistrado. Obviamente que essas hipóteses têm que estar dentro dos limites impostos pela lei.

É compreensível que a doutrina se comporte de tal forma com relação a este tema. No direito positivo moderno, a doutrina tem a tendência de se posicionar de forma incisiva na proteção integral do réu, independentemente das circunstâncias que circundam o fato. Tal situação jurídica é descrita como garantismo hiperbólico monocular, nomenclatura que se popularizou após a entrevista⁴⁵ do procurador da república Deltan Dallagnol responsável pela operação Lava-Jato, que nada mais é que a exacerbação do direito de defesa dos acusados ignorando por consequência o direito da sociedade.

Aliado a isso, é um tanto temerário defender a parcialidade do juiz nessas hipóteses tendo como base duas situações. A primeira é que frente à uma dúvida imprescindível ao deslinde do caso, a atuação do juízo pode levar a produção probatória favorável tanto à defesa quanto a acusação. Um bom exemplo dessa situação seria a interceptação telefônica ordenada de ofício pelo juízo que comprove, de alguma forma, a inocência do réu.

A outra situação refere-se que a lei que previu essa possibilidade também disciplinou, de forma explícita, o caráter excepcional dessa atuação de ofício. No referido artigo 156 do Código de Processo Penal nomenclaturas como urgentes, relevantes, necessidade, ponto relevante, adequação e proporcionalidade demonstram que tal medida só seria aplicada em última hipótese e dentro das limitações impostas. Isso significa que a lei não atribuiu ao juiz poderes plenos de investigação deturbando o sistema acusatório, mas sim apenas uma exceção possível em determinados casos.

⁴⁵ Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>> Acesso em: 05 abril..2019.



ISSN 2595-551921

Nesta seara, argumenta Caio Lucas Magalhães⁴⁶:

Na tentativa de transcender o regramento duvidoso, entende-se como crucial nessa produção requisitada pelo magistrado e em homenagem a verdade real dos fatos a comunhão de três requisitos salvadores constitucionais quais sejam, necessidade, adequação e proporcionalidade. Onde a necessidade é a demonstração estrita da necessidade de produção de tal prova para que se evite sacrifício de outros bens; adequação, como sendo a pertinência da prova com intuito de elucidação futura do fato; e proporcionalidade, traduzindo-se no balanceamento dos princípios igualmente importantes tanto da atividade judicante quanto do regular processo constitucional.

Desta forma, o juízo apenas deve determinar a produção de provas, mesmo que ainda não iniciada a fase processual, quando existirem dúvidas de grande relevância que impeçam a formulação do convencimento para que se possa produzir uma sentença justa. Porém, mesmo que diante da atuação de ofício, persistirem dúvidas com relação ao caso, deve o juízo proferir sentença absolutória em consonância com o princípio do *in dubio pro reo*.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Os moldes que encontramos o processo penal atual é fruto de uma enorme evolução normativa e costumeira. A abolição do juízo inquisidor representou a nova era no direito mundial de garantias fundamentais que asseguram ao réu a possibilidade de se defender perante um juízo imparcial. A divisão em réu, acusação e julgador representou a nova sistemática processual que mais se adequou à aplicabilidade dos direitos e garantias processuais.

Longe de se cogitar o retorno desse sistema falho e autoritário, o que se percebeu ao longo dos anos foi que retirar por completo a autonomia do magistrado frente a algumas situações mostrava-se mais maléfica ao processo do que os benefícios da separação absoluta das funções. E para se evitar os extremos, que a lei 11.690 de 2008 inseriu na sistemática processual raras hipóteses em que surge a possibilidade de o magistrado atuar de ofício na produção probatória.

É no mínimo, falacioso, o discurso dos advogados que militam na doutrina a respeito desse tema. Atribuir essa via de exceção como a completa abolição do sistema acusatório é um tanto quanto cômico. Por óbvio, o receio desta parte da doutrina é que se perda a força do

⁴⁶ MAGALHÃES, Caio Lucas Brito Silva. Produção de provas ex officio em investigação criminal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 123, abr 2014.



ISSN 2595-551922

princípio in dubio pro reo (a dúvida milita em favor do réu), ou seja, o que se busca na verdade é que se trabalhe em cima da possível incompetência da acusação na busca de provas e com base na dúvida se ganhe a causa em favor do réu.

Infelizmente, esse posicionamento deixa a entender que é melhor que se produza sentenças injustas favoravelmente ao réu do que possa atribuir àquele que detêm o poder do julgamento a possibilidade de sanar determinada dúvida que afligi sua linha de convencimento.

Desta feita, entende-se como adequado o posicionamento do legislador e dos Tribunais Superiores em criar e aceitar essa hipótese de busca probatória de ofício pelo magistrado. Num âmbito que se lida com vidas humanas, que é a seara processual penal, não há espaços para egocentrismos e interesses torpes, mas apenas, a busca da justiça e da devida aplicação da lei penal.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal / Norberto Avena. – 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal – 21 ed. São Paulo. Saraiva – 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima - 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade Constitucional. 5^a ed., Ed. Lumen Juris.

MAGALHÃES, Caio Lucas Brito Silva. Produção de provas ex officio em investigação criminal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 123, abr 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



ISSN 2595-551923

RANGEL, Paulo Direito processual penal / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=541577>>

<<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>>

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42516/sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto#_ftn25>

<<https://jus.com.br/artigos/12416/sistema-processual-penal-brasileiro>>

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 109.

MARQUES, José Frederico. A investigação Policial, p. 70-71, 2001 Apud AMBOS, Kai e POLASTRI, Marcellus Lima. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória Perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 49.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. São Paulo: RT, 2009, p. 25.

TEIXEIRA, Priscila Flávia. **O advento da Lei nº 13.245/2016: mutação do procedimento inquisitorial ou ampliação dos direitos fundamentais do acusado?**. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2431/1/TCC%20PRISCILA%20FLAVIA%20TEIXEIRA%20pdf.pdf>>. Acesso em 15 de out. 2019.

DIAS, Fábio Freitas. **DIREITO PENAL II: MATERIAL DE APOIO E ORIENTAÇÃO**. Unifra: Santa Maria, março de 2012. P. 13. Acesso em 15 de out. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Verdade Real**. <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>. Acesso em 15 de out. 2019.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/299c16.pdf>>. Acesso em 15 de out. 2019.



ISSN 2595-551924

SILVA, Grazielle Ellem. **Provas no Processo Penal**. Disponível em:
<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10779/Provas-no-Processo-Penal>>. Acesso em
15 de out. 2019.