

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Douglas Radaelli Fucina

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO
JUIZ INSTRUTOR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
“GESTÃO DE PROVA” E “PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA”

Passo Fundo

2014

Douglas Radaelli Fucina

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO
JUIZ INSTRUTOR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
“GESTÃO DE PROVA” E “PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA”

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do professor Mestre Renato Fioreze.

Passo Fundo

2014

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Paulo e Rose, por todo o amor, carinho e suporte recebido durante toda minha vida.

À minha irmã, Carolina, por me fazer sorrir todos os dias.

A Deus, por mais uma etapa concluída.

Aos meus amigos, por estarem sempre presentes.

À Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, pelo grande aprendizado proporcionado.

A todos os meus professores de direito penal e processo penal, por terem proporcionado o despertar da paixão pela área.

E, em especial, ao meu orientador, Me. Renato Fioreze, pela confiança e dedicação demonstrada.

“E, em verdade, tendo a sociedade ofendida o direito de punir o réu, não tem, contudo, o direito de ver sacrificada uma vítima em seu altar, qualquer que seja, culpado ou inocente; não: o direito da sociedade só se afirma racionalmente como direito de punir o verdadeiro réu; e, para o espírito humano só é verdadeiro o que é certo. Por isso, absolvendo em caso de dúvida razoável, presta-se homenagem ao direito do acusado e não se oprime o direito da sociedade”.

Nicola Framarino Dei Malatesta

RESUMO

Na história recente do direito processual penal brasileiro, estabeleceu-se um conflito doutrinário cujo principal ponto de colisão reside no fato de que a maioria da doutrina sustenta a existência de um sistema processual penal tido como acusatório na sua fase judicial, enquanto que outros doutrinadores, esses minoritários, refutam o rótulo de sistema acusatório afirmando que nosso sistema é nitidamente *neoinquisidor*, visto que a gestão da prova representa atualmente o núcleo fundante de um sistema processual penal. O presente trabalho se propôs a analisar os principais princípios relacionados com os poderes instrutórios do julgador, bem como os sistemas processuais clássicos (acusatório, inquisitório e misto ou formal) e os principais aspectos da atuação instrutória do julgador durante o processo. Utilizando-se do método dedutivo, buscou-se responder se uma atuação ativa do magistrado durante a coleta da prova é benéfica para o processo, ou se, ao contrário, representaria uma severa violação ao sistema acusatório e aos princípios constitucionais da imparcialidade do julgador e, principalmente, da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Palavras-chave: Gestão da Prova. *In dubio pro reo*. Presunção de inocência. Princípios constitucionais. Processo penal. Sistemas processuais.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS COM OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JULGADOR	9
2.1 Conceito de princípios constitucionais e a sua aplicação	9
2.2 Princípio do juiz natural	12
2.3 Princípio da Imparcialidade	14
2.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	17
2.5 O princípio da presunção de inocência e o princípio do <i>favor rei</i> e o direito a não autoincriminação.....	20
3. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS CLÁSSICOS E A DISCUSSÃO SOBRE O NÚCLEO FUNDANTE DE UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL.....	23
3.1 Sistema inquisitório.....	23
3.2 Sistema acusatório.....	26
3.3 Sistema misto ou acusatório formal.....	29
3.4 A identificação do núcleo fundante de um sistema processual penal.....	31
3.5 A insuficiência da separação (inicial) das funções de acusar e julgar.....	34
4. A ATUAÇÃO INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: SEUS PROBLEMAS E BENEFÍCIOS.....	37
4.1 A ideia de prova no processo penal brasileiro e a fase de instrução probatória.....	37
4.2 Os poderes instrutórios conferidos ao magistrado pelo código de processo penal brasileiro.....	40
4.3 A busca pela verdade real e a formação dos chamados “quadros mentais paranoicos”: uma esperança para resolução de parte do problema.....	43
4.4 Os benefícios gerados pela atuação ativa do julgador na instrução probatória.....	46
4.5 Juiz-Espectador ou Juiz-Ator? A presunção de inocência em meio à discussão doutrinária e a busca por um processo democrático.....	49
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O tema escolhido é de profunda relevância, uma vez que, na história recente do direito processual penal brasileiro, estabeleceu-se um conflito doutrinário cujo principal ponto de colisão reside na afirmação da maioria da doutrina, que sustenta a existência de um sistema processual penal tido como acusatório, enquanto que outros doutrinadores, em número minoritário, refutam o rótulo de sistema acusatório, afirmando que nosso sistema é nitidamente *neoinquisidor*.

O ponto chave da controvérsia paira na possibilidade, ou não, de o magistrado produzir provas de ofício durante o processo. Uma vez que, para a maioria da doutrina, o núcleo fundante de um sistema processual penal reside na separação das funções de acusar e julgar (o que, de fato, poderia caracterizar o nosso sistema como acusatório), e, que, um juiz ativo na coleta de provas poderia trazer diversos benefícios para o processo. Já para a doutrina minoritária, tal núcleo encontra-se na possibilidade do julgador produzir provas de ofício, o que transformaria nosso sistema em *neoinquisitório* e feriria os princípios constitucionais da imparcialidade do julgador e, principalmente, da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Assim, visando-se atingir a melhor compreensão para este trabalho, o método utilizado será o dedutivo, de maneira que, inicialmente, se buscará analisar aonde reside o núcleo fundante de um sistema processual penal, para então se aferir se a gestão da prova pelo julgador é benéfica para o processo penal, ou se, ao contrário, fere garantias intrínsecas à jurisdição e ao réu, para, ao final, chegar uma conclusão sobre o tema.

Nesse contexto, o primeiro capítulo deste trabalho inicia-se visando explicar o que é um princípio de direito e de que maneira esses ascenderam ao seu atual *status* de norma constitucional. Em seguida, passa-se a uma análise dos principais princípios constitucionais relacionados aos poderes instrutórios do julgador quais sejam: a garantia do juiz natural, a garantia da imparcialidade do julgador, os princípios do contraditório e da ampla defesa e, por fim, os princípios da presunção de inocência, *favor rei* e o direito a não autoincriminação.

No segundo capítulo deste trabalho, busca-se examinar os sistemas processuais penais clássicos (acusatório, inquisitório, formal ou misto), evidenciando-se a evolução histórica de cada um, bem como suas principais características e, principalmente, a sua relação com os poderes instrutórios conferidos ao julgador. Após detalhado exame, proceder-se-á ao estudo do que é um núcleo fundante em um sistema processual penal, analisando-se os argumentos postos por ambas as correntes supramencionadas.

Para dar fechamento ao segundo capítulo, discorre-se acerca dos fundamentos da corrente que defende que a insuficiência da separação de funções baste para caracterizar um sistema acusatório.

No terceiro e último capítulo, em um primeiro momento, se pretenderá demonstrar o conceito de prova no processo penal, seu objetivo e sua indissolúvel relação com a noção de verdade, expondo as importantes diferenças entre a *verdade real* e a *verdade formal*. Em seguida, será realizado um breve estudo sobre os poderes instrutórios conferidos ao julgador pelo nosso atual Código de Processo Penal e como tais poderes podem contribuir para a formação dos chamados “quadros mentais paranoicos”.

Ao final serão relatados os possíveis benefícios causados ao processo por uma atuação ativa do julgador na coleta do material probatório e se buscará responder se tal atuação ainda encontra espaço em nosso atual Estado Democrático de Direito, uma vez que essa deve ser analisada em consonância com os princípios constitucionais da imparcialidade do juiz e, principalmente, da presunção inocência e *in dubio pro reo*.

2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS COM OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JULGADOR

Neste capítulo, busca-se explicar o conceito de um princípio constitucional, bem como elucidar a capacidade de aplicação destes na maioria dos casos concretos e, além disso, pretende-se elencar e demonstrar como os principais princípios constitucionais penais se relacionam com os poderes instrutórios concedidos ao julgador no processo penal.

2.1 Conceito de princípios constitucionais e a sua aplicação

Segundo Luís-Diez Picazo (apud, BONAVIDES, 2011, p.255-256), a ideia de princípio deriva da linguagem da geometria, significando “onde designa as verdades primeiras”, ou seja, princípios são princípios exatamente porque estão no início, caracterizando-se como premissas de um sistema geral.

Tal conceito apresenta de maneira clara o que seja um princípio, contudo, se faz necessário complementá-lo, tecendo considerações acerca da normatividade desses, assim, é importante reproduzir as palavras de Vezio Crisafulli:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém (*apud*, BONAVIDES, 2011, p. 257).

Portanto, os princípios jurídicos podem ser considerados o fundamento sobre qual se ergue todo o ordenamento jurídico, caracterizando verdadeiras origens diretas de direitos e obrigações, que se inserem no nosso ordenamento através das fontes de Direito, iniciando-se pelo processo legislativo, mas, de maneira mais frequente, por meio da atividade jurisdicional com a formação de precedentes judiciais (REALE, 2002, p. 306).

Pode-se destacar que o legislador no nosso ordenamento jurídico, assim como na maioria dos países de tradição romanística, reconheceu expressamente o valor de princípios de direito; exemplo disso é a consagração dos artigos 4^o¹ da Lei de Introdução ao Código

¹ Art. 4^o - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Civil e o artigo 8º² da Consolidação de Leis do Trabalho. Conclui-se assim que o próprio legislador é o primeiro a reconhecer que o sistema de leis não pode e nem consegue abranger todo campo do direito, sendo impossível a esse prever todos os tipos de situações no momento de feitura dos diplomas legais.

Contudo, a função dos princípios de Direito vai além de apenas suprimir lacunas deixadas pelo legislador; nesse sentido, Miguel Reale destaca que princípios apresentam-se como diretrizes supremas de um sistema jurídico:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis (2002, p. 304-305).

Nota-se, portanto, que, para a construção de uma nova regulamentação, os princípios serão sempre o primeiro degrau a ser observado, ou seja, um princípio inspira a norma e possui a função de orientar o legislador na criação do direito.

Nesse sentido, é importante lembrar que a concepção sobre a juridicidade dos princípios jurídicos sofreu várias transformações ao longo da história, passando por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na primeira e mais antiga fase, a jusnaturalista, a concepção de princípios se caracterizou por não ter força cogente, servindo mais como uma inspiração abstrata, e, dessa forma, sua normatividade era praticamente nula, apenas servindo na sua dimensão ético-valorativa, inspirando os postulados de justiça (BONAVIDES, 2011, p. 259).

Assim, a Escola Jusnaturalista vigorou por um longo período até o advento da Escola Histórica do Direito, quando foi “soterrada” por um positivismo tão imperial que os defensores de tal escola foram taxados de retrógrados e arcaicos.

Enquanto vigorou a Escola Positivista, pode-se afirmar que os princípios ganharam um pouco mais de concretude e densidade; entretanto, estavam positivados nos códigos como

² Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

“válvula de escape”, isso é, serviam de aplicação subsidiária à lei no caso de lacunas; eram tratados como pautas programáticas supralegais (BONAVIDES, 2002, p. 235-236).

O fim do reinado absoluto da lei do positivismo coincidiu com a derrota do nazifascismo na Europa, uma vez que tais movimentos políticos e militares ascenderam ao poder em um quadro aparente de legalidade, frisando-se que todas as barbáries cometidas por esses movimentos foram, em tese, em nome da lei. Reporte-se ao fato dos acusados, durante julgamento no Tribunal de Nuremberg, terem invocado o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas por autoridades para justificar suas condutas.

Dessa forma, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura máxima formal já não possuía qualquer aceitação, assim, esse foi o cenário propício para o surgimento de uma nova corrente filosófica destinada a formatar o mundo jurídico.

Nesse contexto surge o pós-positivismo, movimento que rapidamente espalhou-se pelos mais diversos ordenamentos jurídicos, trazendo consigo uma maneira diversa de dizer e aplicar o direito, privilegiando a aplicação dos princípios, que passaram a incidir direta e imediatamente sobre as relações sociais. Cabe referir as considerações de Mauro Pereira Martins sobre o tema:

O pós-positivismo configurou, então, um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da denominada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e ética (2013, p.198).

Desde então, os princípios jurídicos atingiram seu auge normativo, tendo estes ganhados ainda mais impulso com as constituições recentemente promulgadas, as quais acentuam a hegemonia dos mesmos, pois os princípios encontram-se inseridos nestas como bases normativas de todo o sistema jurídico.

Assim, os princípios jurídicos ganham uma normatividade superior ao serem constitucionalizados, tornando-se a chave de todo o sistema normativo, visto que deixam de ser somente elementos de aplicação subsidiária, passando a ter normatividade própria e direta.

Conclui-se, então, ser uma verdade inegável que, não só no atual modelo jurisdicional brasileiro, mas, também na maioria dos países que adotam o sistema romano-germânico, que

os princípios têm força normativa e, portanto, têm a sua aplicação de forma obrigatória e não só subsidiariamente, devendo sempre ser observados e valorados.

2.2 Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural está inserido no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil³, materializando-se através da vedação dos Tribunais de exceção, bem como a determinação de que ninguém será processado, nem sentenciado por autoridade que não seja a competente para tanto.

Nota-se que na história do Direito brasileiro, as Constituições desde 1824, contemplaram implicitamente o princípio do Juiz Natural, com uma única exceção que foi a Constituição de 1937, momento em que o país vivia em regime ditatorial. Além dos dispositivos anteriormente citados, também é importante mencionar o artigo 8º, n. 1⁴, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a qual o Brasil é signatário e que também prevê expressamente a garantia do Juiz Natural, tal Convenção por versar sobre Direitos Humanos integra nosso ordenamento jurídico como norma constitucional ou norma com *status* supralegal, como será explicado mais adiante.

Quanto aos artigos inseridos no texto constitucional, verifica-se que esses se referem à “autoridade competente” e não a “juízo competente”, isso porque a nulidade dos atos processuais quando realizados por juízo incompetente já é consagrada em nível de legislação infraconstitucional, no artigo 564, I, do Código de Processo Penal (AVENA, 2013, p.40-41).

De igual modo, cabe mencionar que tal princípio é intrinsecamente relacionado às garantias do juízo investido de jurisdição conforme ordenamento legal, quais sejam: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, uma vez que tais garantias asseguram ao julgador a autonomia em seus feitos sem interferências extraprocessuais, possibilitando tal imparcialidade no julgamento.

³ 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 juízo ou tribunal de exceção.

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

⁴ Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Quanto ao significado do referido princípio, faz-se mister destacar os apontamentos de Gilson Bonato:

A garantia do juiz natural possui tríplice significado, primeiramente que somente órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição, secundamente que ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituído após o fato e por fim que há uma ordem taxativa de competência entre juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja (*sic*) (2003, p. 138).

Sendo assim, a própria Constituição Federal, de maneira anterior ao acontecimento do fato, já define de forma expressa qual é o órgão competente para julgar o fato delituoso, através de uma série de regras de competência; da mesma forma, proíbe a criação dos chamados tribunais ou juízos de exceção, (tribunais constituídos especialmente para o julgamento de um fato) e, por fim, a ordem taxativa de competência é indisponível, pois não há qualquer possibilidade de escolha do julgador.

Ao tentar explicar o conteúdo do referido princípio aqui discutido, Nelson Nery Junior assevera sobre a sua importância para manter a imparcialidade do julgador:

O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral (2000, p.65).

No processo penal, a garantia do juiz natural é aplicável desde a fase pré-processual, ou seja, da investigação criminal, quando ainda não houve acusação formal por parte do Ministério Público. Por isso, a depender do caso, investigação realizada por órgão incompetente do Ministério Público ou supervisionada por órgão judicial sem competência poderá ser nula, e as provas nela colhidas, inaproveitáveis.

No entanto, tal princípio é igualmente aplicado, infelizmente, em congruência com o artigo 83 do Código de Processo Penal⁵ o qual, por meio de regra de prevenção, impõe que o mesmo juiz que atua na fase inquisitória torne-se o natural para atuar na fase processual posteriormente, assunto que será tratado posteriormente quando falarmos dos “quadros mentais paranoicos”.

⁵ Art. 83 - Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

Entretanto, o que é certo é que o Princípio do Juiz Natural se apresenta como princípio fundante do Estado Democrático de Direito, é intrínseco a todo julgador e, além disso, de acordo com Marcon (2004, p. 47 e ss.) constitui-se em um direito fundamental que todo cidadão possui de saber qual órgão irá processá-lo e que juiz ou tribunal irá julgá-lo, caso venha a cometer uma conduta tipificada no ordenamento jurídico penal; frisando-se sempre que essa garantia já está fixada de maneira prévia ao acontecimento do delito e não ao início do processo.

2.3 Princípio da imparcialidade do juiz

Em um Estado Democrático de Direito o cerne de qualquer processo idôneo e justo reside na imparcialidade do julgador; isso porque, tendo o Estado-juiz chamado para si a obrigação de administrar a justiça, proibindo o exercício arbitrário das próprias razões (artigo 345 do Código Penal), exige-se do órgão julgador o desinteresse por ambas as partes.

Assim, a imparcialidade é uma condição *sine qua non*, ao legítimo exercício da função jurisdicional, isso nas palavras de Norberto Avena representa que:

[...] O magistrado, situando-se na vértice da relação processual triangular entre ele, a acusação e a defesa, deve possuir a capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda, vale dizer, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise de provas do processo (2013, p. 34-35).

Em outras palavras, verifica-se que o magistrado, representante do Estado na relação jurídica, deve decidir de forma imparcial, firmando seu convencimento apenas nas provas produzidas no processo (a fim de buscar uma verdade processual), devendo estar alheio ao interesse das partes e, conforme preceitua Coutinho (2001, p. 11), não significa que ele está acima das partes, mas que está além dos interesses delas.

Nas palavras de Paulo Rangel,

A imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional (2010, p. 20-21).

Entretanto, para que haja tal garantia em qualquer Estado Democrático de Direito, o magistrado deve ser independente e independência pressupõe garantias constitucionais. Foi

pensando na imparcialidade do julgador que a nossa Carta Magna, no seu artigo 95⁶, concedeu ao magistrado garantias, como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, para que os mesmos não sofram qualquer forma de pressão ao prolatar suas decisões, podendo formar sua convicção livremente.

Vale lembrar que as garantias acima referidas não pertencem à pessoa física do julgador e sim a toda à sociedade que possui o direito de ver seus conflitos resolvidos de forma justa e imparcial.

Em razão disso, embora a Constituição Federal de 1988 não tenha consagrado expressamente o direito a um juiz imparcial, pode-se afirmar que tal princípio é uma garantia constitucional implícita. Contudo, é de suma importância reportar que o direito a um tribunal imparcial é também assegurado expressamente pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 (art. 14.1)⁷ e, de forma semelhante, pelo Pacto de San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969 (art. 8.1)⁸ (BADARÓ, 2011, p. 343-364).

Tais pactos integram o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que foram promulgados pelo Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992, mas não há consenso sobre o grau hierárquico que ocupam os mesmos; contudo, é recomendável filiar-se à corrente majoritária que defende que os pactos internacionais que versam sobre direitos humanos têm status de norma constitucional, como preceitua o art. 5, § 2º, da Constituição Federal; mesmo assim, é importante citar que, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal seguiu a linha defendida pelo Min. Gilmar Mendes, concedendo a tais pactos o status de norma supralegal.

É lembrando do exposto sobre o assunto em âmbito de direito internacionais que deve-se fazer uma importante consideração sobre um tema que não tem ganho a devida importância

⁶ Art. 95 - Os juízes gozam das seguintes garantias:

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

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

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

⁷ Art. 14.1 Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

⁸ Art. 8.1 Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e *imparcial*, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (grifo do autor).

de nossa doutrina e jurisprudência que apenas limita-se a fazer ponderações sobre casos de impedimento e suspeição dos juízes, que é a distinção entre imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva.

Assim, desde o julgamento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do caso *Piersack vs. Bélgica*, a doutrina internacional passou a fazer uma distinção entre imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva. Naquela oportunidade afirmou o Tribunal que se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o art. 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode-se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um Juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito.

À vista disso, o exercício da jurisdição de maneira legítima e legal implica que, no caso concreto, o magistrado não só o faça com imparcialidade subjetiva, essa decorrente de sua relação com qualquer das partes (hipóteses de suspeição e impedimento do julgador), mas também com a chamada imparcialidade objetiva, que deriva da relação do Juiz com os fatos da causa cuja apreciação lhe é submetida.

Haveria violação da imparcialidade objetiva, como explica Badaró (2011, p. 345-346), quando juiz assumisse um juízo positivo sobre a participação do investigado nos fatos criminosos, pois estaria produzindo pré-juízos sobre a culpabilidade do réu, o que lhe impediria de decidir, posteriormente, com total isenção e imparcialidade, situação essa fica mais sensível no caso em que um mesmo julgador, fisicamente considerado, atuar na fase de investigação preliminar e depois também julgar a causa.

Por fim, cabe lembrar o que escreve Paulo Rangel:

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais (2004, p.23).

Assim, conclui-se que todo o acusado tem direito a ser julgado por um juiz imparcial, uma vez que tal princípio é considerado um dos princípios “supremos” do processo e um dos pilares sob o qual se ergue o sistema acusatório.

2.4 Princípios do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão constitucionalmente consagrado no art. 5º, inciso LV, da nossa Carta Magna³, bem como igualmente se encontram presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) no artigo 8º, 1, vigorando em nosso ordenamento jurídico com *status* de norma supralegal, conforme a corrente majoritária, como anteriormente já exposto no último tópico deste trabalho.

Inicialmente, cabe mencionar que os princípios do contraditório e da ampla defesa representam o corolário do princípio do devido processo legal, caracterizando-se pela possibilidade de resposta e da utilização de todos os meios de defesa em direitos admitidos.

Contudo, é importante ressaltar que o direito ao contraditório e a ampla defesa são distintos, embora intimamente ligadose, por este motivo, que o título deste tópico encontra-se no plural, pois, conforme bem explica Ada Pellegrini Grinover:

Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício de defesa; mas esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação da defesa e do contraditório (1992, p.63).

A distinção se faz importante no sentido em que se pode violar um, sem a violação simultânea do outro, causando reflexos no sistema de nulidades processuais. Muito embora seja possível se afirmar que a linha que separa o contraditório e a ampla defesa é tênue, muitos autores inclusive afirmam que a defesa é um elemento do contraditório (LOPES JR, 2012, p. 242).

O princípio do contraditório possui maior abrangência do que a ampla defesa, pois não alcança apenas o polo defensivo, mas também o polo acusatório, visto que também a este deve ser dada ciência e oportunidade de se pronunciar em relação aos fatos trazidos pela parte contrária.

Esta dualidade, conforme explica Aury Lopes Jr:

³ 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;

[...] está intimamente relacionada com o princípio *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. O adágio está atrelado ao direito de audiência no qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sobre pena de parcialidade (2012, p. 240).

A expressão em latim “*audiatur et altera pars*” significa “ouça-se também a outra parte” e guarda a íntima relação com o contraditório, no sentido que ambas as partes devem ser ouvidas sob pena de suspeita de parcialidade do julgador, que conheceu somente a versão de uma das partes quando deveria conhecer ambas.

Nesse sentido, o contraditório somente é observado quando a parte passiva e a ativa possuem as mesmas condições de fala e oitiva, ainda que o réu não queira utilizar-se das mesmas, uma vez que possui o direito ao silêncio (LOPES JR, 2012, p. 240).

A dupla face do contraditório é verificada através de diversos artigos do Código de Processo Penal, podendo ser citados como exemplos o artigo 409, que ao dispor sobre o procedimento do júri relata que, apresentada a defesa, o Magistrado ouvirá o órgão acusatório sobre as preliminares e os documentos juntados no prazo de 05 (cinco) dias, e o artigo 479, que estabelece, sem distinção entre acusação e defesa, que durante o julgamento (pelo júri) não será permitida a leitura ou exibição de documentos e objetos sem que esses não tenham sido juntados aos autos com antecedência mínima de 03 (três) dias úteis, dando ciência à parte contrária.

Não menos importante é mencionar que também vigora no processo penal a possibilidade de que o princípio do contraditório seja diferido ou postergado, isso é, a possibilidade de ciência e imediata impugnação do investigado ou do acusado ser relegada para momento posterior, devido a determinados pronunciamentos judiciais em que urgência da medida ou a sua natureza exigem um provimento imediato e *inaudita altera parte*, sob pena de prejuízo ao processo ou ineficácia da determinação judicial; são exemplos a decretação da prisão preventiva, o sequestro de bens, e interceptação das comunicações telefônicas (AVENA, 2013, p. 36-37).

O princípio da ampla defesa se traduz na garantia dada ao réu de ter a sua disposição todas as condições que lhe possibilitem trazer para o processo elementos tendentes a esclarecer a verdade, ou omitir-se, calar-se, se assim entender necessário, visto que a tarefa de produzir provas no processo penal cabe unicamente à acusação.

Dessa forma a ampla defesa se traduz no dever que o Estado possui de oportunizar ao acusado toda defesa possível à imputação do fato delituoso que lhe foi feita, desdobrando-se

em três aspectos: o direito de ser informado, a bilateralidade da audiência e o direito à prova legalmente obtida e produzida (TUCCI, 2002, p. 196-209).

O direito à informação consiste em uma garantia constitucional que envolve a necessidade do conhecimento, pelo réu, dos atos do processo a fim de esse possa exercer a sua defesa regularmente. A bilateralidade de audiência (contrariedade) significa que o juiz deve ouvir as partes, no sentido de participar na formação do seu convencimento, fornecendo-lhe suas razões, por meio de defesa de seus interesses. Já o direito à prova legalmente obtida é a faculdade dada às partes de trazerem ao processo as provas que repute necessárias para comprovar os fatos que alegam; contudo, essas devem ser pertinentes e relevantes ao fim que se destinam, bem como devem ter sido obtidas por meios lícitos (AVENA, 2013, p.38).

Por fim, embora se possa afirmar indubitavelmente que o contraditório e a ampla defesa não são a mesma coisa, é da mesma forma indubitável afiançar que ambos estão correlacionados e que um decorre do outro;

Nesse sentido, cabem novamente as sempre atuais palavras de Ada Pellegrini Grinover:

Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. Isto porque a defesa representa, na realidade, um aspecto integrante do próprio direito de ação, quais face e verso da mesma medalha, até porque não se pode falar em ação senão com relação à defesa, baseando-se a atuação de ambas as garantias sobre componentes idênticas (1990, p. 5-6).

Assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório podem ser entendidos como uma consequência um do outro, mas com características próprias, e o fato de estarem em um mesmo dispositivo constitucional decorre unicamente da inteligência do legislador, vez que a parte, ao tomar conhecimento do fato delituoso a ela atribuído (contraditório), possui o direito de alegar e provar o que alega ou, no caso do processo penal, o direito de permanecer em silêncio em razão de a carga probatória ser atribuída à acusação.

2.5 O princípio da presunção de inocência e o princípio do *favor rei* e o direito a não autoincriminação

Antes de passar para análise do momento e do que significa atualmente o princípio da presunção de inocência, se faz estritamente necessário um pequeno regresso histórico, a fim de compreender as suas raízes e os motivos nobres pelos quais surgiu.

Assim, o princípio da presunção de inocência tem seu principal marco no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, momento em que na Europa Continental vigorava um sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Em tal período, como posteriormente será abordado, o cidadão era desprovido de toda e qualquer garantia, sendo considerado verdadeiro refém de um Estado que, como regra, o presumia culpado (RANGEL, 2010, p. 24-25).

Pela necessidade de proteger o cidadão do Estado-opressor, eclode então a Revolução Francesa e faz nascer o diploma que representa o marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que em seu artigo 9º¹⁰, estabelece expressamente o princípio da presunção de inocência. Após o marco da consolidação expressa do princípio, o processo penal europeu passou a ser influenciado pelo sistema acusatório que estabelece inúmeras garantias ao acusado.

O Brasil adotou expressamente o princípio da presunção de inocência, tendo o consagrado no art. 5, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988¹¹, sendo esse, considerado o princípio reitor do processo penal, e acatado como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito de qualquer nação. Tamanha é sua atual relevância que Amilton Bueno de Carvalho afirma que “[...] O Princípio da Presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana” (2001, p. 51).

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a presunção de inocência:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão

¹⁰ Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para efetuar, deve ser severamente reprimido pela Lei.

¹¹ 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: [...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu (2014, p.34).

Fica claramente evidenciado que a liberdade é a regra no nosso ordenamento jurídico, somente podendo ser quebrada excepcionalmente através das medidas cautelares de prisão quando preenchidas seus requisitos legais e no mesmo prisma reputa-se falar que tal previsão vale igualmente para as medidas cautelares diversas da prisão e as medidas restritivas de direitos individuais, estas, para sua aplicação, devem ser excepcionais e indispensáveis, como ocorre na quebra dos sigilos fiscal, bancário, eletrônico, bem como a violação de domicílio em virtude do mandado de busca e apreensão.

Fernando Capez (2013, p.44) destaca que tal princípio atua como parâmetro de tratamento em diferentes dimensões do processo penal, devendo ser considerado em três momentos distintos, na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade e assim invertendo-se o ônus da prova, na avaliação do ônus da prova, devendo essa ser valorada a favor do acusado, quando houver dúvidas sobre sua existência e no curso do processo como parâmetro de tratamento do acusado.

O parâmetro de tratamento acima citado por Capez é entendido por Aury Lopes Jr (2012, p. 548-549) como dever de tratamento, atuando em duas dimensões no processo, interna e externa. Na dimensão interna, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e o do acusador ao réu como inocente, até que se prove o contrário, não podendo o juiz abusar de medidas cautelares e principalmente respeitar o ônus da prova que é do acusador (a presunção do réu é de inocência, devendo essa presunção ser derrubada pelo acusador). Já na dimensão externa do processo, a presunção de inocência atua impondo limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado, devendo tratá-lo como inocente.

Diante disso, se faz essencial uma análise mais profunda da carga da prova e sua ligação com o Princípio do *in dubio pro reo*, também conhecido como “*favor rei*”, assim segundo preceitua Paulo Rangel,

Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação. Nesse aspecto, o princípio do *favor rei* se enlaça com a presunção de inocência, que como vimos, inverte o ônus da prova. O órgão que acusa é quem tem que apresentar a prova da culpa e demonstrar a culpabilidade do cidadão presumido inocente. Caso a acusação não logre criar no tribunal a certeza da culpabilidade, então, o que se impõe é uma decisão favorável ao acusado (2010, p.36).

Dessa forma, um magistrado ao deparar-se com uma prova para condenar o réu, mas essa não a reputa certa para formar sua convicção, deve se valer do famoso bordão do processo penal “antes mil culpados na rua do que um inocente na cadeia”, isso porque a garantia de liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado; por esta razão, tal princípio foi adotado implicitamente pelo Código de Processo Penal brasileiro, no artigo 386, VII¹².

Ademais, importante ainda explicar que por meio da presunção de inocência, também há a decorrência do direito a não autoincriminação, também conhecido como direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), o qual encontra respaldo constitucional no artigo 5º, LXIII, da Carta Magna¹³, bem como no item VI da exposição de motivos do Código de Processo Penal¹⁴ e no artigo 186 do Código de Processo Penal¹⁵, traduzindo basicamente que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, cabendo unicamente ao acusador destruir a presunção de inocência que é garantida ao réu, nesse sentido Aury Lopes Jr. afirma:

É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador (grifos do autor), não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência (2012, p. 549).

Pode-se afirmar assim que se forma uma verdadeira regra de julgamento para o magistrado, proibindo-o de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente provada. O princípio da presunção de inocência e a garantia do *in dubio pro reo* e o direito a não autoincriminação dele decorrentes, avigoram a tese de que a carga da prova cabe unicamente à acusação, não podendo jamais o acusado ser condenado sem que haja prova da autoria e materialidade para que se prolate uma sentença condenatória.

¹² Art. 386 O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação.

¹³ 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;

¹⁴ VI – [...] Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta).

¹⁵ Art. 186 Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS CLÁSSICOS E A DISCUSSÃO SOBRE O NÚCLEO FUNDANTE DE UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL

Neste capítulo, busca-se expor os sistemas processuais clássicos e a grande discussão que impera sobre o núcleo fundante de um sistema processual penal, a fim de se verificar se, efetivamente, é suficiente para a caracterização de um sistema processual penal apenas a separação de funções de acusar e julgar, ou, se é necessário verificar quem possui a gestão da prova no processo.

3.1 Sistema inquisitório

Ao se falar de sistemas processuais penais, é imperioso comentar acerca do desenvolvimento desses durante a história. Nesse sentido, tanto o sistema acusatório como o sistema inquisitório possuem origem no Direito grego, mais precisamente em Atenas, por volta dos séculos V e VI a.C., visto que nesse período vigorava na democracia ateniense uma espécie de embrião do sistema acusatório; antes disso, se tem notícia, que o processo estava organizado sob um modelo inquisitivo, no qual os magistrados eram encarregados de iniciar, instruir e julgar o processo (ANDRADE, 2008, p. 51).

Contudo, é durante a época da monarquia romana (753 a.C. a 509 a.C.) que os principais traços deste sistema aparecem, quando vigorava um procedimento denominado *cognitio*, o qual era baseado na *inquisitio* e concedia, na sua segunda fase, totais poderes ao magistrado (TOURINHO FILHO, 2005, p. 80).

Tratava-se de um procedimento de natureza pública, pois era realizado em nome e pela intervenção do Estado romano, e porque deixava o magistrado como representante do rei; além disso, concedia a ele amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação.

No entanto, deve-se salientar que, ainda em sua primeira fase, vigorou também durante a república romana (509 a.C.-27 a.C.), quando havia a possibilidade de manejo de uma apelação denominada *provocatio*, a qual consistia em um recurso do acusado ao povo. Tal procedimento possuía efeito suspensivo em relação à sentença proferida pelo magistrado e determinava um ulterior procedimento, de segundo grau, chamado *anquisitio*. Esse período foi chamado de comicial, pois o acusado era submetido ao julgamento em Assembleias do Povo (PRADO, 2001, p. 88-89).

Entretanto, tal modelo de sistema inquisitivo, já nessa época, foi considerado insuficiente diante da necessidade social de combater à criminalidade, abrindo espaço para o surgimento da *accusatio*, tema que será abordado no próximo tópico, mas que foi substituída por uma segunda e, mais dura fase, da *cognitio*.

Assim, o sistema inquisitivo retorna a Roma durante o período do império (27 a.C.-476 d.C.). A nova *cognitio*, assim denominada, possuía profundas diferenças em relação a sua antecessora, citando-se como a principal o significativo aumento de poderes conferidos ao magistrado, que não somente possuía competência para julgar a causa, como também para investigar as infrações penais e colher provas; destaque-se que nesse período a tortura já era admitida como forma de produção de prova pelo magistrado.

Importante acentuar também que, durante a vigência do sistema inquisitório em Roma, ainda predominava o procedimento público e oral, ao contrário do que viria a acontecer posteriormente na Idade Média (476 a 1453). Durante essa época foi plantada a semente que iria desabrochar no século XII, com o Direito Canônico.

Assim, durante a Idade Média ocorrem profundas transformações no decorrer do século XII até o século XIV, sendo o sistema acusatório, que retornara após as invasões bárbaras ao império romano, aos poucos, substituído pelo sistema inquisitório, mergulhado em uma profunda jurisdição eclesiástica, acomodada em um poder centralizado (Igreja Católica) e eficientemente distribuído nos mais diversos territórios, ao contrário do poder real. O fundamento de tais transformações é brilhantemente sintetizado por Paulo Rangel:

O sistema inquisitivo surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares (2010, p. 49-50).

A mudança de direção ao sistema inquisitório começou com a possibilidade de, ainda junto com o sistema acusatório, existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito e assim os poderes do magistrado foram invadindo a esfera reservada ao acusador privado, gradativamente, até chegar ao ponto desse possuir as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao Juiz (LOPES JR, 2006, p. 167).

Esse sistema foi inicialmente implantado pela Igreja Católica, mas em virtude das diversas vantagens apresentadas, foi incorporado por todos os legisladores da época, não só para os delitos em flagrantes, mas para todos os delitos.

Acerca disso, Aury Lopes Jr afirma que:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era antes um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação (2012, p.57).

O julgador passa a atuar como sujeito do processo e também traz para si a tarefa de nossa atual polícia judiciária; neste momento o magistrado (inquisidor) investiga, dirige, acusa e julga; o procedimento passa a ser escrito e totalmente secreto, o contraditório desaparece; vigora o sistema da prova tarifada e, é claro, a confissão é a prova suprema e a Europa mergulha em seu período mais sombrio.

O apogeu do sistema inquisitivo ocorre na baixa idade média, quando há o severo controle e punição das chamadas doutrinas heréticas; assim era denominada qualquer manifestação que afrontasse os dogmas da Igreja Católica. A punição era legitimada por diversos documentos, sendo o mais famoso deles o *Manual dos Inquisidores*, escrito pelo catalão Nicolau Eymerich, em 1376, posteriormente ampliado por Francisco de la Peña, em 1578.

O primeiro passo foi o abandono do princípio *ne procedat iudex ex officio*, inclusive para se permitir a denúncia anônima, o nome do acusador era mantido em segredo; surgiram então, especialmente nas igrejas, as gavetas ou caixas destinadas a receber tais denúncias. O processo poderia começar por uma denúncia anônima ou por meio de investigações do inquisidor; entretanto, um simples rumor já autorizava a averiguação, sendo a prisão como regra, pois, o inquisidor precisava da disposição do corpo do acusado para torturá-lo (LOPES JR, 2012, p. 124).

O processado era para os inquisidores a melhor fonte de conhecimento e, sendo assim, ele era interrogado e torturado por 15 dias para que confessasse a prática da suposta heresia, uma vez que a confissão era a prova máxima; diante da confissão, o inquisidor não precisava de mais nada, se o “suspeito” não confessasse durante esse tempo, era considerado suficientemente torturado e liberado; contudo, muitos acabaram sendo punidos ou morrendo, mesmo que não tivessem cometido qualquer tipo de heresia, por não aguentar as torturas a que eram submetidos (LOPES JR, 2012, p. 126).

O sistema inquisitório predominou até o final do século XVIII, quando (após) as ideias liberais de valorização do homem conduzem o processo penal a um novo rumo, removendo lentamente as notas características do modelo inquisitivo.

Assim, conclui-se que a essência de um sistema inquisitivo é a total ausência do contraditório, onde o juiz atua de ofício, sem a necessidade de invocação e, da mesma forma, vai atrás de material probatório para construir seu convencimento. Sua meta é a busca da “verdade” a qualquer custo, não importando os modos utilizados para o alcance de tal objetivo, ou seja, a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa: o inquisidor, conduzindo a uma estrutura do processo unilateral criando um juiz de atividade multiforme.

3.2 Sistema acusatório

O sistema acusatório, como já foi abordado, tem sua origem em Atenas na antiga Grécia (século V a VI a.C.), quando os atenienses reconheciam duas classes de delitos: os delitos públicos, pois atentavam a ordem, tranquilidade e paz pública e os delitos privados; nos primeiros vigorava o modelo de acusação popular, já para os segundos, a acusação se dava de forma privada.

Para os delitos públicos a Assembleia do Povo entregava a qualquer cidadão, inclusive o próprio ofendido, a faculdade de sustentar a acusação em nome do povo. Dessa maneira o acusador sustentava a acusação perante o Arconte¹⁶ e este, se entendia ser um delito público, convocava o tribunal; ressalte-se ainda que no modelo grego o acusado geralmente defende-se por si próprio das acusações, podendo ter ajuda somente em alguns casos (PRADO, 2001, p.86).

No último século da Alta República romana, o sistema acusatório desenvolve-se de maneira mais acintosa, sob a forma da *accusatio*. Neste período, a acusação continuava sendo exercida por um cidadão do povo ou pelo próprio ofendido, representando o interesse público da sociedade; porém, geralmente quem chamava para si a função de exercer o polo ativo em uma infração penal eram os cidadãos que possuíam ambições políticas, pois eram oportunidades de aperfeiçoar a arte de declamar e também sobressair-se perante a população, a fim de ser eleito para algum cargo público.

¹⁶ sm (gr árkhon, ontos) Antigo magistrado grego, em princípio com poder de legislar, e, depois de Sólon, simples executor de leis.

Assim, qualquer cidadão podia, desde que munido de provas, argumentar perante o povo e mover a ação penal; além disso, outra grande evolução da *accusatio* é de que ninguém poderia ser levado ao juízo sem uma acusação: *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*.

Na *accusatio*, era vedada qualquer iniciativa instrutória do julgador, isto é, a gestão da prova estava a cargo das partes, as atividades de acusar e julgar eram exercidas por pessoas distintas; a função de acusador (*accusator*) era assumida espontaneamente por um cidadão do povo, que não podia proceder à acusação contra um réu ausente, bem como podia ser punido caso realizasse uma acusação caluniosa.

Nesse sentido, Prado complementa:

A forma acusatória adotada na época, prescindindo de uma investigação anterior, era dominada integralmente pelo contraditório, cumprindo às partes pesquisarem e produzirem as provas das suas alegações. Tratava-se de um modelo de processo público e oral, cujos debates formavam o eixo central, dos quais derivava o fundamento da decisão. Neste paradigma processual as partes tinham, via de regra, a disponibilidade do conteúdo do processo, competindo ao Estado tão-só o conhecimento e julgamento da ação criminosa, em se tratando de *delicta publica* (2001, p. 90).

Cabe ressaltar que, embora a *accusatio* tenha consagrado de forma mais forte o contraditório além de outras garantias tidas como fundamentais ao réu, essa foi abandonada pelo Império romano, pois se mostrou na época insuficiente para coibir os delitos, além de ter sido corrompido pelos oficiais que exerciam a função de investigadores (LOPES JR, 2012, p. 118).

A partir da insatisfação com o sistema acusatório vigente na época, decorre um período em que as funções dos julgadores vão invadindo gradativamente as da acusação, até chegar-se no sistema inquisitorial puro, que é abandonado no século XVII, com a Revolução Francesa e sua ideologia de valorização do homem. A partir dessa época, o sistema acusatório foi considerado, ao menos em tese, o ideal almejado e adotado por todos os Estados Democráticos de Direito.

Passada a breve reconstrução histórica, cabe destacar que em um sistema acusatório forma-se uma relação triangular entre os sujeitos do processo, sendo dois deles *partes* (acusação e defesa) em uma causa, e um terceiro *supra partes*, adotando um papel de expectador passivo e desinteressado e acima de tudo imparcial, encarregado de decidir a causa (Julgador) que jamais agirá de ofício (é observado estritamente o *ne procedat iudex ex officio*), uma vez que a atribuição de iniciativa probatória deve ser exclusivamente das partes.

Dessa forma, bem conclui Eugênio Pacelli (2012, p. 10) que “no sistema acusatório, além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação”.

Assim, o procedimento no sistema acusatório ideal é marcado por ser predominantemente público (pode ser restringido em alguns casos) e pelo domínio da oralidade. Quanto à figura do magistrado, esse deve tratar com igualdade acusação e defesa, podendo proferir sua decisão de maneira livre, desde que motivada, isto é, com base nas provas trazidas aos autos pelas partes.

A função de acusador, na atualidade, foi relegada ao Ministério Público, órgão acusador público oficial, independente do judiciário, fabricado em virtude do sistema acusatório, uma vez que não era mais concebível entregar o cargo da persecução penal a cargo exclusivo de particulares, em virtude das falhas históricas reveladas por tal prática e pela complexidade das sociedades modernas.

Analisadas as posições do juiz e do acusador, cumpre agora examinar a situação do terceiro sujeito componente da relação processual triangular: o acusado.

No sistema acusatório, o réu é considerado sujeito de direitos e possui a oportunidade de resistir à acusação, conferindo-se a ele o direito ao silêncio, ficando a cargo da acusação provar sua culpabilidade, razão pela qual aqui impera o princípio do contraditório e, principalmente, a presunção de inocência, bem como a garantia de duplo grau de jurisdição.

A principal crítica que se faz ao sistema acusatório reside justamente na liberdade que o julgador possui para formar o seu livre convencimento. Assim, segundo Lopes Jr.:

[...] a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado (2012, p. 112).

Entretanto, segundo o próprio Aury Lopes Jr, tal afirmação é um erro histórico, que se baseia no mesmo fundamento que conduziu até ao sistema inquisitório, onde cabe ao julgador ir atrás da prova para buscar a chamada “verdade real”, causando para o réu graves prejuízos em função da violação de sua qualidade de inocência (até que a acusação prove o contrário) e, principalmente, o princípio “*favor rei*” (*in dubio pro reo*) (2012, p. 119-121).

Neste contexto, é de suma importância passar a análise do terceiro modelo de sistema processual e que, para muitos doutrinadores, é o modelo vigente no atual processo penal brasileiro.

3.3 Sistema misto ou acusatório formal

Com a revolução intelectual que se alastrou pela Europa no século XVII e a conseqüente valorização do homem, o sistema processual puramente inquisitivo adotado pela maioria das grandes nações da época foi alvo de grandes críticas, notadamente em face da desumanidade dos procedimentos utilizados. Em vista disto, surgiu a necessidade, reforçada pela implementação dos júris populares, de finalmente separar o Direito da Religião e implementar um novo sistema processual.

Contudo, o ideal de retornar a um sistema processual como o acusatório e que garanta ao réu maior oportunidade de contraditório esbarrou em tradições culturais inquisitórias, consolidadas durante séculos; assim houve a mescla de novos diplomas legais revolucionários de tradição acusatória, com os antigos diplomas inquisitórios que mantiveram características inquisitórias, surgindo assim o chamado sistema misto, também chamado de reformado ou napoleônico (ZILLI, 2003, p. 37).

Com efeito, tal sistema foi implantado pioneiramente na França através do Código de Instrução Criminal francês de 1908 (*Code d'Instruction Criminelle*). Tal diploma legal foi concebido durante o império de Napoleão Bonaparte e acabou influenciando todas as legislações processuais da Europa Continental, em função da expansão do império francês.

Assim, no sistema misto francês a persecução penal continuava sob o domínio do Estado-juiz, as investigações criminais eram feitas pelo próprio magistrado em uma fase denominada instrução preliminar; porém a acusação passou, naquele momento, a ser feita pelo Estado, surgindo assim o Ministério Público.

Sobre o assunto, é de suma importância destacar os ensinamentos de Geraldo Prado:

O novo sistema, que principiou sua atuação na França, em seguida à Revolução, para com as guerras napoleônicas chegar a outros países, disciplinava o processo penal em duas fases. Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes á culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de júízo, todas as ações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado, ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no mesmo nível de igualdade (2001, p.110-111).

Dessa forma, o sistema misto é marcado por uma duplicidade de fases, sendo que a primeira fase, denominada instrução preliminar, possui o magistrado como seu principal ator, pois é esse, com ajuda da polícia judiciária, que procede às investigações necessárias para que, posteriormente, o Ministério Público possa sustentar a acusação perante o tribunal competente.

A fase de instrução preliminar é puramente inquisitiva, tendo por base um procedimento secreto e escrito. O autor do fato é tido como objeto da investigação; dessa forma, é impossível se conceber qualquer espécie de contraditório ou de ampla defesa (RANGEL, 2011, p.55).

Já em sede de segunda fase, o sistema misto toma ares de procedimento acusatório, pois é neste momento que é feita uma acusação formal (pelo Ministério Público), e as partes passam a iniciar um debate oral e público, visando o convencimento de um órgão distinto do que sustenta a acusação (o juiz); portanto, assim como no acusatório, também há uma nítida separação das funções de acusar e julgar.

Dessa forma, na fase judicial o acusado passa a ser sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, o contraditório e a ampla defesa, tudo isso ocorrendo sobre o prisma da publicidade que rege os atos processuais deste momento. Logo, é a acusação que deve demonstrar a culpa do réu e, através do devido processo legal, provar sua culpa, destruindo o seu então estado de inocência (RANGEL, 2011, p. 55).

Embora, o sistema misto tenha representado um avanço em relação ao sistema inquisitório, também não é tido como um sistema ideal, pois mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que em uma fase preliminar.

Aqui há que se destacar que existem doutrinadores como Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci que atualmente defendem que o sistema vigente em nosso país é o sistema misto, dado o fato da existência de uma fase pré-processual nitidamente inquisitória, regida por um Delegado de polícia, outros como Paulo Rangel defendem a existência de um sistema acusatório formal:

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 se lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para

saber se confirma ou não, e, depois, passa fazer perguntas que entende necessárias. (2011, p. 56).

Assim a classificação de acusatório formal, mantida pelo eminente doutrinador acima mencionado, tem motivo única e exclusivamente no fato de procedimento anterior ao judicial ser inquisitório e no fato de o magistrado ter contato com o inquérito policial, portanto, sendo inconcebível para ele a vigência de um sistema acusatório puro. Na verdade, no sistema acusatório, leva-se em conta o critério adotado para definir um sistema processual, que é a vigência da separação das funções de acusar e julgar, muitas vezes resultando dali um acusatório misto, por não separar nitidamente acusação e julgamento.

Contudo, há autores como Aury Lopes Jr. que entende que a conceituação de um sistema pela mera separação das atividades de acusar e julgar não enfrenta o ponto nevrálgico da questão:

[...] é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória, esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz (2012, p. 129).

Tal crítica é feita, uma vez que tudo aponta para a inexistência de “sistemas puros” na atualidade, de modo que todos podem ser rotulados de mistos, razão pela qual se faz necessário identificar o núcleo fundante de um sistema processual penal para só então classificá-lo como acusatório ou inquisitório.

3.4 A identificação do núcleo fundante de um sistema processual penal

O núcleo fundante de um sistema processual penal nada mais é do que sua essência, a verdadeira alma de uma construção teórica, e a sua identificação é de extrema importância, pois esse é o critério utilizado para definir se um sistema pode ser qualificado como acusatório ou inquisitório.

Aqui se faz uma importante crítica ao sistema misto, pois, ainda que todos os sistemas na atualidade possam ser caracterizados como “mistos”, partindo da indubitável premissa que não existem mais sistemas puros, não existe um princípio fundante misto, pois, aquilo que se denomina misto nada mais é do que um mesclado de sistemas (no caso, acusatório e inquisitório). Dessa maneira, um sistema chamado misto, na sua essência acaba por ser inquisitório ou acusatório, a partir de um princípio que informa o núcleo.

Nessa linha, parece acertado o posicionamento de Jacinto Coutinho de que não haveria e nem poderia haver um princípio misto, pois isso, sem margens para dúvidas, acabaria por descaracterizar o sistema, visto não haver um princípio unificador, logo a essência de um sistema é sempre pura (como já bem dita, acusatória ou inquisitória), e o fato da conceituação do sistema como misto resultaria apenas da adjetivação de elementos secundários como oralidade, publicidade, etc. (2001, p.29).

Entretanto, identificar o princípio informador não é tão simples quanto parece, isso porque, tais critérios, evoluem juntamente com a sociedade e o direito. Dessa forma, parte da doutrina sustenta que a essência dos sistemas processuais penais reside na existência das separações das funções de acusar e julgar, ao passo que outra corrente defende que o critério a ser utilizado, deve ser a possibilidade da gestão da prova pelo julgador.

Grinover entende que o processo acusatório caracteriza-se pela atribuição das atividades processuais a órgãos distintos, não se relacionando à iniciativa instrutória do juiz no processo penal; dessa forma destaca:

A ambiguidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. Por isso nos preocupamos, em diversos escritos, em salientar aquilo que distingue, sinteticamente, o modelo acusatório do inquisitório. No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma auto defensiva (sic?) da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo (1999, p. 71-72).

Em suma, do conceito da ilustríssima doutrinadora podem ser extraídas algumas conclusões que até hoje são defendidas pelos simpatizantes do sistema misto (acusatório formal), como por exemplo, o fato de os elementos colhidos na fase da investigação policial poderem ser utilizados para o convencimento do magistrado; contudo, jamais podem ser valorados como prova sem que haja o contraditório, e que o exercício da jurisdição depende de uma acusação formulada por órgão diverso do magistrado (núcleo fundante para ela), devendo o processo se desenvolver sob o âmbito do pleno contraditório perante um juiz natural.

Logo, para a doutrinadora, bem como a corrente que defende um sistema misto, a existência de um processo acusatório de partes (acusação e defesa como sujeitos processuais, juntamente com o juiz) nada tem a ver com os poderes instrutórios do julgador, mas sim com

a separação de funções de acusar e julgar e, em sua opinião, os poderes instrutórios do magistrado diriam respeito ao “denominado *adversarial system*, próprio de países de tradição anglo-saxônica, diferentemente do *inquisitorial system*, que dominou a maioria dos países europeus”. A doutrinadora defende que, o fato de alguns teóricos associarem o sistema acusatório com a ausência de poderes instrutórios do julgador, derivaria de uma confusão entre os termos acusatório-inquisitório, aduzindo que um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, e que isso nada mais teria a ver com a possibilidade do desenvolvimento oficial do processo. Ou seja, a partir da propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial (GRINOVER,1999, p. 71-72).

Assim, nessa concepção, hoje nosso sistema seria puramente acusatório, dotado de um modelo de produção de prova denominado *inquisitorial system* (juiz ativo), e isso de maneira alguma poderia ser taxado de modelo inquisitorial, visto que há uma separação de funções bem delineada entre os órgãos.

Em contraposição, Aury Lopes Jr. assegura ser reducionismo afirmar que um sistema possa ser considerado acusatório, atualmente, pela simples separação de funções, muito embora, admita que o sistema acusatório tenha tido na sua origem como essência tal separação; atualmente, devido ao desenvolvimento e complexidades do processo penal, não há como se admitir mais tais simplificações (2012, p. 132).

Para o doutrinador, um sistema inquisitório tem como seu núcleo fundante a capacidade pelo juiz de proceder à coleta de provas de ofício, em busca de uma verdade processual material, e este seria exatamente o núcleo de nosso atual sistema processual penal.

Assim, importante se faz mencionar o pensamento de Jacinto Coutinho que em posição apoiada por Aury Lopes Jr, considera que o critério determinante para se diferenciar um sistema acusatório de um sistema inquisitório reside na capacidade de gestão da prova. Dessa forma, em um sistema acusatório, por ser informado pelo chamado princípio dispositivo, a gestão das provas deve estar nas mãos das partes, limitando-se o juiz a decidir e aplicar o direito ao caso concreto, com base exclusivamente nas provas produzidas pelos sujeitos processuais parciais. De outro lado, um sistema inquisitório seria o oposto de um sistema acusatório, isto é, tem como sua principal característica a concentração da gestão da prova nas mãos do julgador, sendo informado, portanto, pelo chamado princípio inquisitivo (2001, p. 28).

Logo, a posição que o julgador adota no processo é o ponto chave da questão para essa corrente, ao passo que um sistema somente poderia ser taxado de acusatório se o magistrado

adotasse a posição de espectador analisando os fatos que lhe são trazidos pelos sujeitos processuais parciais. Assim sendo, no momento em que o julgador passa a correr atrás da gestão da prova esse sistema passa ser inquisitivo.

Assim, aponta com convicção Jacinto Coutinho (2001, p. 29) que “o sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”. Enquanto Aury Lopes Jr. (2012) defende que tirando a “maquiagem” o sistema processual brasileiro é (neo)inquisitório.

Dessa forma, para estes doutrinadores (em clara crítica aos defensores da corrente que defende um núcleo fundante com base na separação de funções), não haveria mais espaço, dada a complexidade atual do processo penal, para se repetir conceitos históricos desconectados com os institutos dentro do processo, sendo inadmissível pensar em uma estrutura de sistema acusatório provido de eficácia em relação ao contraditório e que, principalmente, mantenha a imparcialidade do órgão julgador, sem que se analise a quem pertença a capacidade de gestão da prova e não somente a mera separação de funções.

3.5 A insuficiência da separação (inicial) das funções de acusar e julgar

A separação das funções de acusar e julgar são o ponto basilar para que a maioria da doutrina brasileira classifique um sistema processual penal como inquisitório ou acusatório, de acordo com o que já bem foi repetido anteriormente.

No entanto, mesmo que se filiando à posição de que não basta para caracterizar um sistema acusatório apenas a mera separação de funções, deve-se considerar, acertadamente, que essa seja uma importante característica. Embora se deva considerar que ela não pode, nem deve ser a única, uma vez que em um determinado sistema deve também ser levado em consideração a quem são dadas a iniciativa probatória (nas mãos das partes ou do magistrado), a publicidade que deve reger o processo, o contraditório como princípio basilar, além de outras como a oralidade, a igualdade de oportunidades e etc.

Ao debruçarmos sob a análise da separação das atividades de acusação e julgamento deve ser consignado um importante ponto que é muito bem destacado por Aury Lopes Jr.:

[...] Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assumira um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a

prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício”; ou mesmo decrete a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art.156, incisos I, e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegados (art. 385); condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc. (2012, p. 132).

Em uma análise rápida do processo penal brasileiro, é fácil perceber que o juiz possui o poder de iniciativa probatória para apurar os fatos postos pelas partes, não se vinculando a julgar conforme *secundum allegata et probata a partibus*, podendo livremente ou indagar os litigantes sobre a verdade dos fatos toda vez que não se conformar com a inércia das partes.

À vista disso, é justificável a opinião do doutrinador, anteriormente citado, que afirma não ter receio de questionar sobre a existência de uma real separação de funções em nosso sistema penal acusatório (levando-se em conta que o critério determinante seja a separação de funções, como defendido pela corrente majoritária).

O que há, e foi consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é o fato de o Ministério Público ser o responsável por promover a acusação e pela colheita de provas que a legitimem conforme preconiza o artigo 129, inciso VI e VIII, da Carta Magna¹⁷. Logo, parece ser verdadeiro que permitir que o magistrado possa assumir um papel ativo na busca da prova, realizando alguns atos que seriam típicos da acusação seria quebrar, ou pelo menos, “bater” na ideia de separação de funções.

Neste raciocínio, é incontestável admitir pela insuficiência de uma separação de atividades como critério determinador de um sistema se, depois, o magistrado possa invadir a seara conferida constitucionalmente ao Ministério Público. Caso isso aconteça, o juiz assume (sim) um papel claramente inquisitorial; daí a afirmação de que o magistrado tem que manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo do processo penal, a fim de que se possa garantir a sua imparcialidade (LOPES JR, 2012, p. 132).

Nessa linha, deve-se mencionar o que ensina Antônio Scarence Fernandes:

Do princípio da imparcialidade deriva uma diretriz fundamental para os procedimentos processuais penais: quem julga não pode assumir as funções

¹⁷ Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

reservadas à acusação e à defesa. Em razão desse paradigma, não devem ser construídas regras procedimentais que autorizem o juiz a propor a ação ou a decidir além do que foi pleiteado pelas partes (2005, p.44).

Dessa maneira, pelo sério risco de comprometimento da imparcialidade do juiz que preside o processo, pode-se afirmar ser reducionismo considerar que a mera separação de funções (*ne precedat iudex ex officio*), por si só, possa caracterizar um sistema acusatório.

E assim devem ser mencionadas as importantes considerações que James Goldschmidt tece sobre a atividade que o julgador deve adotar dentro do processo tipicamente acusatório:

[...] No modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes. O procedimento penal se converte desse modo em um litígio, e o exame do processado não tem outro significado que o de outorgar audiência. Parte do enfoque de que a melhor forma de averiguar a verdade e realizar-se a justiça é deixar a invocação jurisdicional e a coleta do material probatório àqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes. Deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes, para assegurar a sua imparcialidade. Com isso, também se manifesta o respeito pela integridade do processado como cidadão (*apud* LOPES JR, 2012, p.133).

É inegável que atualmente a existência de um real sistema acusatório deve ser pensada a partir da efetivação de uma série de princípios fundamentais inerentes ao processo penal, como contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e, principalmente, imparcialidade. Assim, não há como não perceber que o poder de gestão de prova nas mãos dos sujeitos parciais é o que caracteriza um sistema processual acusatório.

No entanto, o julgador completamente afastado da gestão da prova não é a realidade de nosso atual sistema processual; diante disso, se faz imperioso realizar uma profunda análise de quais consequências de uma atuação ativa de magistrado possa acarretar para sociedade e principalmente para o réu.

4 A ATUAÇÃO INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: SEUS PROBLEMAS E BENEFÍCIOS

Neste capítulo, pretende-se demonstrar a ideia de prova no processo penal, assim como explicar como se dá a sua legítima e adequada produção, além de elencar os poderes instrutórios do julgador, expondo a visão de seus críticos e admiradores, concluindo por fim, se é preferível um juiz espectador ou um juiz ativo na busca da prova no processo penal.

4.1 A ideia de prova no processo penal brasileiro e a fase de instrução probatória

Há muito tempo atrás, um doutrinador italiano chamado Nicola Framarino Dei Malatesta (1912, p. 19) asseverou que “prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade; sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos na posse da verdade”. Tal definição, embora já tenha mais de 100 (cem) anos é, e sempre será atual, pois, o que são a prova e seu significado, senão a maneira pela qual se provoca uma mudança de espírito (de consciência), do julgador, fazendo-o acreditar que está decidindo de acordo com a verdade.

Dessa forma, é possível se concluir que a prova no processo penal tem por objetivo a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando remontar com o máximo possível de coincidência a realidade histórica dos mesmos, isso é, como efetivamente ocorreram os fatos no espaço e no tempo. A tarefa é, portanto, considerada uma das mais difíceis, senão impossível, em que se constitui a reconstrução da verdade (OLIVEIRA, 2012, p. 317).

Embora seja lógico que conceito de prova no processual penal apareça frequentemente acompanhado de termos, como certeza e verdade (como bem já concluía Malatesta há tantos anos) é importante ressaltar que ainda ao final desse tópico se buscará adequar o que pode ser entendido como verdade no atual cenário do processo. Assim, prossegue-se, afirmando que provar é querer, demonstrar a verdade e convencer o julgador, para que este possa adquirir certeza decidir o caso concreto com convicção.

É importante salientar que durante a história o Direito, sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos, para assim, buscar o justo ou o certo, tendo já experimentado vários métodos para a obtenção da verdade, cabendo citar a sua origem nas ordálias e juízos dos deuses, na Idade Média, na qual o acusado era submetido a uma prova física de

superação; se fosse vitorioso estava falando a verdade, logo seria considerado inocente; no entanto, se falhasse, a sua culpa era manifesta (OLIVEIRA, 2012, p. 318).

Embora tenha havido a processualização da jurisdição, e tendo sido abandonados métodos cruéis como os das ordálias, o Direito nunca desistiu de reconstruir a verdade, mesmo que seja “a sua verdade”, pois como afirma Eugênio Pacelli de Oliveira:

[...] por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução de uma realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional. [...] Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgada a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realizada histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá) (2012, p. 318).

Ao se abordar o conteúdo “prova” no processo penal, é sempre importante lembrar, a corriqueira distinção que é feita até hoje nos bancos acadêmicos, entre *verdade material* ou real e *verdade formal*, se entendendo, pela ampla doutrina majoritária, que em questões atinentes ao processo penal deve o julgador buscar a *verdade real*, se consubstanciando no dever de investigar verdade dos fatos, isso é, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem praticou o delito, como praticou, assim sendo o julgador deve buscar a verdade para somente assim dar base à justiça, e, em questões relativas ao processo civil pode o julgador se satisfazer com a *verdade formal* podendo formar sua convicção de verdade, a partir dos elementos probatórios trazidos pelos sujeitos do processo.

Entretanto, como alegam vários doutrinadores, a prova processual jamais irá conseguir reconstruir com absoluta certeza um determinado fato histórico, ou seja, ela não é hábil para revelar a verdade real dos acontecimentos; nesse sentido, é importante lembrar novamente os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira, o qual destaca que falar de uma verdade real no atual contexto do processo penal é totalmente inadequado, pois diz respeito a um fato já ocorrido; além disso, buscar uma verdade real pode ser encarado como uma reaproximação com um passado que deixou marcas indeléveis na sociedade, particularmente o Sistema Inquisitório que vigorou na Idade Média e onde foram utilizadas as mais cruéis práticas de tortura em um só propósito: A busca da verdade real (2012, p. 322-324).

O que tal doutrinador defende é que se deve buscar uma verdade processual, pois a verdade real é impossível de ser alcançada. Assim, dentro do processo as partes, aliada ao julgador (dentro dos limites a ele conferidos) produzem provas para legitimar a decisão do magistrado, e essa decisão se transformará em uma verdade processual, a verdade dos autos.

No mesmo sentido, posiciona-se Aury Lopes Jr, ao afirmar que a verdade em si é impossível de ser obtida, pois a discussão diz respeito a um fato passado, sendo um absurdo equiparar o real com o imaginário, o real nesse caso só existe no presente, logo se o crime é um fato passado que é reconstruído no presente no campo da memória por meio de provas como o depoimento de testemunhas e da própria vítima, sendo assim a única coisa que ele não possui é um dado de realidade (2012, p. 568).

Gilbert Duran, ao falar sobre a busca da verdade no processo penal, faz um apontamento interessante acerca do que ele chama de “falsas memórias”, explicando com maestria que:

O crime é história, passado, e, como tal, depende da memória de quem narra. A fantasia/criação faz com que o narrador preencha os espaços em branco deixados na memória com as experiências verdadeiras, mas decorrentes de outros acontecimentos. A imaginação colore a memória com outros resíduos. É o clássico exemplo do cubo: podemos ver duas no máximo três faces. O cubo só é real no imaginário, pois somente assim se conhecem as seis faces. Não há dúvidas de que a imaginação não forma imagens, mas deforma as cópias pragmáticas fornecidas pela percepção. Isso, sem considerar a intenção de deturpar, pois parte da premissa da “boa testemunha”, o que é uma ilusão (apud LOPES JR, 2012, p. 572- 573).

O que o doutrinador quer dizer é que uma testemunha ao falar em juízo, anos depois, pode, mesmo que involuntariamente, adicionar ou suprimir fatos que não condizem com a verdade, pois a imaginação pode deturpar o que aconteceu há tantos anos. Dessa forma, pode-se concluir que de maneira alguma o processo tem o condão de revelar a verdade real; em razão disso, alguns doutrinadores propuseram a assunção da *verdade formal* no processo penal, uma vez que a mesma não pretende ser a verdade, e é construída por meio das provas trazidas pelas partes, respeitando todas as garantias da defesa.

Assim, um jusfilósofo italiano definiu tal verdade como a *verdade processual*, caracterizando-a como uma *verdade aproximada*, embora tenha sido um reconhecido avanço a adoção da *verdade formal* no processo penal; tal posição também não merece subsistir, como explica Carnelutti:

A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamavam de verdade formal, não é a verdade [...] a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa [...] a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós (apud COUTINHO, 1998, p. 71).

Assim sendo, considere-se que a posição mais correta a ser adotada é a defendida por Aury Lopes Jr, qual seja, de que a prova no processo penal deve ser produzida pelas partes e possui por finalidade criar condições para atividade recognitiva do juiz, acerca de um fato

passado, isso é, as partes buscam a “captura psíquica” do magistrado, o seu convencimento, possibilitando-lhe a formação de sua convicção, ressaltando-se que esse deve assumir um papel quase que passivo na instrução probatória, limitando-se a julgar com base nas verdades trazidas pelos sujeitos parciais (tese de acusação e defesa); isso porque a verdade (real) dos fatos é praticamente impossível de ser obtida (2012, p. 568-577).

Em suma, a partir desse momento, é necessário conhecer quais os poderes instrutórios conferidos ao julgador no atual cenário do processo penal, para, dessa forma, analisar-se quais os benefícios e malefícios gerados por tais poderes e, principalmente, se esses não são capazes de ferir o princípio de presunção de inocência no qual o réu está inserido.

4.2 Os poderes instrutórios conferidos ao magistrado pelo Código de Processo Penal Brasileiro

Muito embora o Código de Processo Penal Brasileiro seja considerado pela grande maioria dos doutrinadores de matriz acusatória, sistema, como já referido anteriormente, em que há uma rigorosa separação entre as funções de acusar e julgar, há quem entenda e defenda como Aury Lopes Jr, Jacinto Coutinho entre outros, que o núcleo fundante de um sistema está centrado na possibilidade de gestão da prova pelo julgador e que, portanto nosso sistema é na verdade *neoinquisidor*.

Tal corrente assim o define em razão do raciocínio de que o nosso sistema possui o núcleo de um sistema inquisitivo (gestão da prova nas mãos do julgador), mas que ao redor desse núcleo orbitam características de um sistema acusatório como oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado etc., isso é, um sistema inquisitivo revestido de acusatório. (LOPES JR, 2012, p. 134).

Para tanto, é de suma importância minuciar os principais poderes instrutórios (artigos 127, 156 incisos I e II, 196, 209, 242 e 311, todos do Código de Processo Penal Brasileiro) conferidos ao julgador para, ao final, formar uma melhor conclusão sobre o assunto.

O artigo 127¹⁸ está contido dentro do Título VI, Capítulo VI, do Código de Processo Penal que trata das medidas assecuratórias. Pelo referido dispositivo legal, é concedido ao Magistrado o poder de ofício de ordenar o sequestro de bens do acusado em qualquer fase do

¹⁸ Art. 127 - O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

processo ou até antes mesmo de oferecida a denúncia ou queixa-crime bastando que haja indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Tal dispositivo pode ser considerado de matriz inquisitória, pois tal medida deveria ser requerida apenas pela acusação; ademais, o dispositivo vai além, dando ao magistrado o poder de ordená-la antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa-crime, ou seja, na fase de inquérito policial, na qual a pessoa é mero indiciado. Eugênio Pacelli e Douglas Fischer comentam que o juiz deveria se eximir de qualquer atividade investigativa e postulatória; no entanto, procuram amenizar a crítica ao apontar que o sequestro se destina, sobretudo, à proteção da vítima, apontando que apenas no curso do processo, a medida de ofício pelo magistrado se sustentaria, em razão do interesse público envolvido (2013, p.284).

O artigo 156, inciso I e II¹⁹, está contido dentro do Título VII, Capítulo I, do Código de Processo Penal que disciplina acerca das provas. O dispositivo legal estabelece a quem é conferida a carga probatória no processo penal, e se resume à singela frase de “a prova da alegação caberá a quem a fizer”, que, no entanto, deve ser lida à luz da presunção constitucional da inocência, já que a primeira e principal alegação é feita pelo Ministério Público ou querelante, através da denúncia ou queixa-crime, a qual se destina a apontar a autoria e materialidade do crime. Assim, a carga probatória é intransferivelmente de quem acusa.

No entanto, o artigo também facultou ao magistrado ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas antecipadas e não repetíveis, observadas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida (inciso I), bem como determinar no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para que ele possa dirimir dúvidas (inciso II).

Pode-se dizer que a reforma ocorrida em 2008 acabou por praticamente fundar um sistema inquisitório no Brasil, ou *neoinquisitório* como chamam os doutrinadores que compartilham da tese de Paulo Rangel de que:

Em uma estrutura acusatória de processo penal não há espaço para o magistrado ter a gestão da prova, em especial antes de iniciada a ação penal, como autoriza o inciso I. [...] Colocar o juiz agindo ex officio na colheita da prova é contaminar sua

¹⁹ 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.

(aparente e imaginária) imparcialidade e pior: o juiz, agora, poderá ordenar de ofício tanto na fase policial como judicial diligências que entender cabíveis (2010, p. 505).

Ademais, também possibilitou pelo inciso II que o juiz, não satisfeito com as provas produzidas pela acusação, ordene a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre qualquer ponto que achar relevante; no entanto, esse tema será posteriormente melhor aprofundado, quando se tratar da busca da verdade real e dos “quadros mentais paranoicos” no tópico 3.3 deste trabalho. Porquanto, em relação a tal artigo, extrai-se que ele adota um princípio inquisitivo, uma vez que coloca o juiz ao centro da coleta de provas e, deve ser suscitado aqui que é inconstitucional por ferir o sistema acusatório consagrado no artigo 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O artigo 196²⁰ está contido dentro do Título VII, Capítulo III, do Código de Processo Penal que trata sobre as provas, especificamente aqui sobre o interrogatório do acusado. O aludido dispositivo legal confere ao magistrado o poder de reinquirir o acusado de ofício, ou a pedido das partes.

Novamente, o problema aqui está no de ofício, tal dispositivo deveria valer apenas para os sujeitos processuais; assim está ao arbítrio do juiz determinar a realização de um novo interrogatório. No entanto, como bem apontam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, a reinquirição deve ocorrer se o réu se dispuser, na exata medida em que esse detém o direito ao silêncio e o juízo de conveniência sobre a sua participação no ato (2013, p.410).

Os artigos 209²¹ e 242²² estão contidos dentro do Título VII, Capítulo III e XI respectivamente, do Código de Processo Penal que tratam sobre as provas, e referem-se à oitiva das testemunhas e à busca e apreensão, nessa ordem. O artigo 209 confere ao magistrado o poder de ouvir testemunhas que não foram arrolados pelas partes, se assim achar necessário, podendo de ofício também requisitar a oitiva de testemunhas que foram referidas por outras testemunhas regularmente arroladas. Já o artigo 242 outorga poderes ao juiz de determinar busca e apreensão de ofício.

Outra vez, o princípio inquisitório aparece de forma acintosa, as normas supracitadas atribuem ao julgador capacidade probatória, ferindo contundentemente o sistema acusatório.

²⁰ Art. 196 - A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes

²¹ Art. 209 - O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º - Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º - Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

²² Art. 242 - A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

O magistrado pode utilizar-se dessas prerrogativas como uma ferramenta para obter a chamada verdade real, tema que será melhor abordado no tópico seguinte.

O artigo 311²³ está contido dentro do Título IX, Capítulo III, do Código de Processo Penal que trata sobre prisões, medidas cautelares e liberdade provisória. O dispositivo em questão permite ao julgador decretar a prisão preventiva de ofício, no curso do processo, sem que haja qualquer requerimento por quem, havendo seus fundamentos, deveria requerer que é a acusação.

Muito embora, essa norma tenha sido alterada em 2011 (para não mais permitir que o julgador decreta de ofício a prisão preventiva no curso da investigação policial), cabe relatar que para Aury Lopes Jr., a alteração foi insuficiente, pois continua permitindo um juiz instrutor que segue se intrometendo nas competências constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público e que, assim, coloque dúvidas severas em sua imparcialidade (2012, p. 823-824).

Assim, é possível afirmar, que as amplitudes dos poderes concedidos ao magistrado representam uma notória insuficiência na separação de funções de acusar e julgar, pois o juiz assume um papel claramente inquisitorial, o que não se legitima em um sistema tido acusatório, dando azo, inclusive, às alegações de violação da imparcialidade do julgador.

4.3 A busca pela verdade real e a formação dos chamados “quadros mentais paranoicos”: uma esperança para resolução de parte do problema

Ao abordar esse tema, está-se justificando a opinião dos juristas que defendem que o juiz deve manter-se inerte e deixar a produção de provas a cargo das partes por meio de um dos principais, e, em nossa opinião, mais válidos argumentos dos defensores dessa ideia: a formação de quadros mentais paranoicos. Nessa senda, é de extrema importância que ele seja deduzido neste trabalho.

Assim, para os defensores de um juiz inerte, que se mantenha afastado da atividade probatória e deixe que as partes realizem tal tarefa, atribuir poderes instrutórios a um julgador em qualquer fase e permitir que esse se aventure atrás de uma verdade real é um grave erro, pois leva a destruição do processo penal democrático, e acaba por criar os chamados quadros mentais paranoicos que, nos ensinamentos de Cordero (apud LOPES JR, 2012, p. 138),

²³ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

conduzem ao *primato dell' ipotesi sui fatti* gerador de *quadri mentali paranoidi*, isso significa como bem destaca Aury Lopes Jr:

[...] Que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição de hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a sua decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer parte dos quadros mentais paranoicos (2012, p. 139).

Dessa maneira, quando o julgador, impregnado pelo sentimento de acima de tudo descobrir a verdade sobre os fatos (buscar a verdade real), recorre-se aos seus poderes instrutórios está agindo movido pela crença de achar a chamada “prova cabal”, significa dizer que em seu interior a decisão já foi tomada, procura então algo que sustente a mesma, pois está preso ao sistema do livre convencimento motivado.

Assim sendo, o juiz ao tomar a iniciativa probatória está ciente de quais consequências essa prova trará para a definição dos fatos do processo; para tanto se faz mister reproduzir os ensinamentos de Geraldo Prado:

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. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nessas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, aqui igualmente se verificará, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importantes para o deslinde da questão, o que o afastará da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição esta apta a permitir a melhor ponderação e conclusão (2001, p. 158).

A possibilidade de um magistrado investigador, que colhe o material probatório e se utiliza da prova produzida por si, nos levaria indubitavelmente à aproximação de um sistema inquisitório e sepultaria qualquer possibilidade de imparcialidade do julgador. Não custa afirmar novamente que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adotou o sistema acusatório pelo qual a gestão da prova deve ficar a cargo das partes (e não do juiz), recaindo sobre a acusação o dever de provar os fatos atribuídos ao réu na denúncia.

Destacada a notória possibilidade de comprometimento da imparcialidade do julgador ao tomar decisões de ofício, é importantíssimo lembrar a infeliz redação do artigo 83 do Código de Processo Penal, o qual torna prevento o juiz que atuou na fase de investigação para julgar o processo em sua fase judicial.

O critério de prevenção atribuído no Brasil em relação a tais casos é verdadeiramente absurdo, pois torna natural para julgar o processo o juiz que autorize medidas pré-processuais dentre as quais está inclusive a decretação de prisão preventiva. Assim, justificáveis são o questionamento e a conclusão do ilustre doutrinador Aury Lopes Jr, sobre qual seria a imparcialidade para julgar de um juiz que, mesmo antes de iniciado o processo, em uma fase notoriamente inquisitória, decreta uma medida excepcional como a prisão preventiva, ora, evidente que tal magistrado estaria contaminado com a fase inquisitorial e, em uma fase judicial, criaria um “quadro mental paranoico” pré-ordenado para a condenação do réu (2012, p. 138).

Quanto à possibilidade de juízes instrutores paranoicos o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, há muito tempo já se manifestou no sentido de apontar violação na imparcialidade do julgador, destacando, com razão, que ainda que não se produza um pré-juízo do réu, é árduo evitar não passar a impressão a esse de que o juiz que fora instrutor julgou com pleno alheamento.

Assim, a prática instrutória para o referido órgão jurisdicional afeta negativamente a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem passar aos jurisdicionados, em particular na esfera penal (LOPES JR, 2012, p.139).

Contudo, importante aqui asseverar que o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, que pretende criar uma nova figura no Processo Penal Brasileiro, o chamado “juiz de garantias” deve resolver de uma vez o problemático artigo 83 do Código de Processo Penal, isso é, o problema com os chamados juízes instrutores na fase pré-processual. O juiz de garantias será, conforme exposição de motivos do projeto, o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais.

A criação da figura do juiz de garantias visa consolidar de maneira mais efetiva o modelo processual focado no princípio acusatório, uma vez que tal magistrado deverá atuar apenas na fase investigatória, sendo especializado no exame de questões atinentes a tal fase. Significa dizer que as medidas jurisdicionais pleiteadas pelo órgão de investigação, serão a ele requeridas, mas tal juiz jamais realizará qualquer avaliação de mérito, porquanto a ação penal será proposta perante outro juiz e por esse segundo será julgada.

O projeto vai além, aduzindo que o juiz que praticar ato referente à investigação criminal estará impedido de funcionar no processo, o que representa um grande avanço em relação ao nosso atual Código de Processo Penal.

No entanto, mesmo que o projeto do novo Código de Processo Penal pretenda resolver alguns problemas atuais, é necessário ater-se ao presente, e no presente o julgador continua tendo a possibilidade de produzir provas, incorrer nos chamados “quadros mentais paranoicos”, e, por consequência, continua a invadir a esfera reservada às partes e a violar o sistema acusatório.

Em contrapartida, há quem entenda que os poderes instrutórios conferidos ao magistrado não são uma afronta à sua imparcialidade e que ele, na verdade, ao partir em busca da prova está agindo parcialmente, pois não sabe a quem a prova irá beneficiar, não devendo, por essa razão, contentar-se com a escuridão dos fatos, pois absolver o réu em virtude de tal obscuridade seria agir parcialmente em favor do acusado. Para tanto se faz de suma importância passar à análise do próximo tópico sobre os eventuais benefícios de uma atuação ativa do Juiz no processo Penal.

4.4 Os benefícios gerados pela atuação ativa do julgador na instrução probatória

Os juízes no processo penal brasileiro são dotados de iniciativa probatória, isto é, eles são conferidos os poderes instrutórios já analisados no tópico 3.2. Isto significa que, para aqueles que defendem tais poderes, o juiz não fica vinculado a julgar segundo o que somente foi alegado pelas partes, mas pode livremente indagar sobre a verdade dos fatos e perseguir a prova toda vez que deparar com uma atuação pobre dos sujeitos parciais.

Assim, os defensores dos poderes instrutórios dos magistrados asseveram que, na verdade, esses poderes geram benefícios ao processo, pois, uma vez que o julgador se depare com uma produção de prova defeituosa e incompleta que lhe foi proporcionado pelas partes não pode este resignar-se, devendo sempre clarear a situação obscura, a fim de proferir uma decisão mais acertada e justa.

Nesse sentido lembra Ada Pellegrini Grinover que:

O processo acusatório e o processo de partes nada têm a ver com a iniciativa probatória do juiz no processo penal [...] na medida em que não se pode admitir um juiz passivo e refém das partes, como um mero espectador de um duelo judicial de interesses dos litigantes (1999, p. 71-79).

Por essa razão, invocam o argumento de que o fato da atribuição de poderes instrutórios ao julgador se deu por uma escolha política do legislador, que escolheu dar ao processo penal uma concepção publicista, adequada ao que seria a função social do processo,

que seria basicamente buscar manter a paz social. Nesse panorama, não seria possível imaginar um juiz inerte, mero espectador da atividade das partes, pois se o objetivo é a busca da paz social, o magistrado deve desenvolver todos os esforços possíveis para alcançá-la e isto demandaria uma atuação ativa, estimulando o contraditório e suprindo eventuais deficiências dos sujeitos parciais, visando dar eficiência à chamada paridade de armas no processo penal.

Assim, a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover destaca que:

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais sobre a preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder-dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos (1999, p. 71-72).

Dessa forma, a ilustríssima doutrinadora defende que o processo penal não pode ser visto como um jogo em que vence o mais astucioso, e sim como um instrumento de justiça pelo qual se pretende alcançar a pacificação social e isto sempre demandaria um papel ativo do julgador.

Os defensores dos poderes instrutórios do julgador igualmente se empenham em refutar a principal crítica feita pelos doutrinadores contrários a tais poderes, qual seja a de que ao juiz não cabe buscar a prova, pois isso o transformaria em um juiz-acusador e comprometeria a sua imparcialidade, uma vez que havendo dúvida sobre os fatos, o julgador deveria absolver o réu, seguindo o princípio constitucionalmente consagrado da presunção de inocência.

Para tanto, buscam inspirações em raízes históricas, mais precisamente no direito romano, onde existiu a figura do *non liquet* (“não está claro”), decisão proferida pelos magistrados romanos durante o período da *accusatio* quando não havia provas suficientes para ensejar uma eventual condenação ao réu. Naquela época, tal decisão não representava uma absolvição do réu, pois gerava um novo procedimento denominado *ampliatio*, (este) destinado para que as partes pudessem buscar convencer o julgador com melhores provas e argumentos.

Assim, destaca Mauro Fonseca de Andrade que:

Em termos práticos, a prevalência de votos non liquet nada mais era do que a exteriorização do sentimento de que a maioria dos juízes não estava satisfeita com o desempenho das partes na produção probatória. E aqui aparece o principal motivo de o non liquet jamais poder servir de cobertura histórica para a figura do juiz passivo: os julgadores romanos não estavam obrigados a resignar-se (2008, p. 35)

No entanto, é importante inserir uma observação que os magistrados da *accusatio* não determinavam quais provas seriam produzidas, muito menos partiam em busca da prova para a condenação do réu; apenas decretavam uma extensão de julgamento para que pudessem decidir com mais segurança. O que os defensores dos poderes instrutórios objetivam provar é que, mesmo na *accusatio*, os juízes não assumiam uma atividade totalmente inerte, absolvendo o réu sempre que se deparavam com a falta de provas para a condenação.

Por sua vez, o doutrinador José Carlos Barbosa Moreira argumenta que o juiz, ao buscar a verdade dos fatos, não comprometeria sua imparcialidade, pois, segundo esse, o magistrado não é dotado de poderes sobrenaturais de previdência, portanto jamais poderia prever de antemão o resultado da prova que irá ser produzida de ofício por ele, muito menos saberá a quem ela beneficiará e, do mesmo modo, buscam lembrar que a não produção da prova também beneficiará um dos litigantes: o réu (*apud* MARTINS, 2009, p. 7).

Assim, sustentam que é preferível um magistrado ativo, que busque a produção do material probatório, a um magistrado omissivo, porque, ao menos, o ativo tenta se aproximar da verdade real.

Por fim, também lembram que os mesmos críticos dos poderes instrutórios dos julgadores defendem a ideia de que o juiz pode e deve “agir” em favor do acusado no campo probatório.

Nesse sentido, citam os ensinamentos de Geraldo Prado:

Entre os poderes do Juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção de inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas de inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa (2006, p. 158-159).

Assim sendo, segundo eles, tais críticos manifestam grande contraditório em sua opinião, pois repudiam o que chamam de um juiz-acusador, contudo, aceitam um juiz-defensor. Portanto, em suma, os defensores dos poderes instrutórios conferidos aos magistrados destacam que é consenso que a iniciativa probatória cabe em princípio às partes; entretanto, se o juiz vislumbrar alguma prova que por elas não foi explorada, deve trazer ao

processo, visto que sua missão no processo penal é, na medida do possível, absolver os inocentes e condenar os culpados, para cumprir sua função social apaziguadora da sociedade.

À luz do que já foi exposto, importa por fim realizar uma análise final de qual é o real papel que o magistrado deve assumir durante a instrução probatória e se um papel ativo desse representaria uma efetiva violação no princípio da presunção de inocência inerente ao réu.

4.5 Juiz-Espectador ou Juiz-Ator? A presunção de inocência em meio à discussão doutrinária e a busca por um processo democrático

A pergunta do título acima é de suma importância e complexidade, e geradora de uma grande discussão na doutrina; em razão disso, é importante destacar que tanto os defensores de poderes instrutórios, como os críticos do mesmo, possuem argumentos fortes e que devem ser considerados.

É admissível pensar que um julgador, dotado de poderes instrutórios, possa ter mais confiança para formar sua convicção e decidir com maior certeza, isso porque a ele é permitido ir atrás da prova e clarear os fatos considerados por ele ainda obscuros e, de igual forma, é possível entender quem prefira se enganar com raciocínio que ao ir atrás da prova o juiz não sabe a quem de antemão essa possa beneficiar.

Da mesma forma, é importante ressaltar que de um ponto de vista social (senso comum), um dos principais argumentos, se não o principal, dos defensores de uma atuação presente do magistrado no campo probatório, é justificável, no sentido de que o mesmo não deve contentar-se com a atuação defeituosa das partes, podendo inclusive dar margem à impunidade.

No entanto, admitir e apoiar os poderes instrutórios, baseando-se em tais argumentos, é o mesmo que assentir que o magistrado deva buscar a verdade real no processo penal, o que seria o mesmo que voltar para a Idade Média, quando os magistrados eram dotados de tantos poderes que podiam se autointitular os senhores de toda verdade, verdadeiros árbitros da vida e da morte. Dessa maneira, o cerne da questão é que aqui não se pode adotar um ponto de vista social, não se trata do senso comum da sociedade, mas sim de um ponto de vista jurisdicional, concebido sobre o Estado Democrático de Direito.

E sobre esse ponto de vista, extrai-se que ao juiz não cabe atuar como sujeito parcial (buscando a prova), pois a função de acusar, como já foi afirmado anteriormente neste trabalho, é atribuída constitucionalmente ao órgão ministerial; assim sendo, uma vez que haja

dúvida sobre a culpabilidade do réu, não deve o julgador ir atrás de mais provas, e sim respeitar nossa ordem jurídica atual e absolver o réu, seguindo os princípios fundamentais da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, consagrados em nossa Constituição Federal (LOPES JR, 2012, p.550).

Também se depreende que é insuficiente para consagrar a existência de um sistema acusatório simplesmente a separação das funções de acusar e julgar, sendo inegável que o núcleo fundante de um sistema processual encontra-se na gestão da prova.

Assim sendo, notórias são as lições de Aury Lopes Jr, sobre o tema:

(...) A gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva por consequência, a fundar um sistema inquisitório. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades, e por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo (2012, p. 188).

Ante o exposto, conclui-se que o magistrado deve manter-se alheio da atividade probatória, prevalecendo a figura do *juiz-espectador*, em oposição à figura inquisitória do *juiz-ator*, pois este é o preço a ser pago para termos um verdadeiramente sistema acusatório.

Por isso, não pode o magistrado assumir as funções de um órgão especialmente criado para acusar (Ministério Público) e se utilizar de seus poderes, muitas vezes, com um pré-julgamento em mente para condenar o réu, pois quem quer encontra. Assim, é possível referir o milenar aforismo de que é preferível mil vezes absolver um culpado, do que, por uma única vez, condenar um inocente.

Em vista disso, a função do magistrado deve ser de atuar como garantidor dos direitos fundamentais do acusado no processo penal, pois a sua atuação não é política (em busca do senso comum punitivista), mas constitucional e, para tanto, deve estar em estrita observância aos princípios processuais, destacando-se entre eles o *in dubio pro reo* (LOPES JR, 2012, p.175).

Por fim, cabe referir que a discussão abordada neste trabalho já dura longas décadas e, portanto, alguns doutrinadores já defendem que seja dado um novo rumo ao processo penal. Dessa maneira, é possível citar que, em um primeiro momento, defendeu-se que a mera separação de funções fosse possível para configurar um sistema acusatório. Em um segundo momento, nosso momento atual, essa visão tornou-se reducionista, pois é notório que o núcleo fundante de um sistema processual penal reside na gestão da prova, se nas mãos das partes o processo é acusatório, nas mãos do julgador o processo torna-se inquisitório.

No entanto, o que parece é que essa discussão jamais vai ter fim e por isso é chegada a hora de passar para um terceiro momento, um momento de processo penal de aspirações democráticas, isto é, um processo penal em que efetivamente se respeitem as “regras do jogo” constitucionalmente estabelecidas, sem que seja necessário discutir se foi adotado um sistema acusatório, inquisitório ou misto, por exemplo.

Em vista disto, para que haja um processo penal tido como democrático e constitucional, as garantias processuais constitucionais da imparcialidade do juiz, contraditório e ampla defesa devem ser respeitadas a todo custo.

Dessa forma, cabe voltar a referir o pensamento do ilustre doutrinador Aury Lopes Jr que, cansado de toda a discussão, passou a defender que:

O sistema processual penal democrático impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no “amor ao contraditório”. É aquele que, partindo da Constituição, cria as condições de possibilidade para a máxima eficácia do sistema de garantias fundamentais, estando fundado no contraditório efetivo, para assegurar o tratamento igualitário entre as partes, permitir a ampla defesa, afastar o juiz-ator e o ativismo judicial para garantir a imparcialidade. No modelo fundado na democraticidade, há um fortalecimento do “indivíduo”, um fortalecimento das partes processuais. A decisão, na linha de Fazzalari, é “construída em contraditório”, não sendo mais a jurisdição o centro da estrutura processual e tampouco o “poder” jurisdicional se legitima por si só. Recordemos que o conceito de democracia é multifacetário, mas sem dúvida tem como núcleo imantador o fortalecimento do indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado. Fortalecer o sujeito (de direitos) dentro e fora do processo é uma marca indelével do modelo democrático, que não pactua com a “coisificação” do ser. É verificar se o processo efetivamente serve de limite ao exercício de poder punitivo. É condicionar o exercício do poder de punir ao estrito respeito das regras do jogo (2014, p. 05-06).

Em outras palavras, um sistema processual tido como antidemocrático é um sistema em que o contraditório não é observado, no qual em há um juiz ator, que atue buscando a prova de ofício (art.156); que decreta prisões cautelares também de ofício (art. 311); que condene sem que haja pedido pelo órgão constitucionalmente imbuído de tal função (art.385) e que rompa a garantia da paridade de armas entre as partes e a imparcialidade do juiz.

Em sendo assim, é visível que o processo penal brasileiro ainda possui um longo caminho a percorrer para que seja considerado um sistema processual democrático. O primeiro passo, nesta terceira fase, parece ser abandonar a eterna discussão entre sistemas (acusatório, inquisitório ou misto) e focar em uma mudança para alinhar o nosso Código de Processo Penal, em sintonia com os preceitos de nossa Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Pelo que foi apresentado, o tema em questão envolve grande complexidade, pois é fonte inesgotável de discussões doutrinárias. Em termos práticos, é costume que os julgadores, por vezes, tomem para si a função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público, em nome da “melhor elucidação dos fatos”.

No entanto, mesmo que tal prática possa propiciar aos julgadores uma maior clareza e confiança na hora de proferir suas decisões, o uso dos poderes instrutórios, se analisados com seriedade e, sob um prisma constitucional, pode facilmente ser entendida como inconstitucional, haja vista que fere uma série de princípios e, principalmente, o sistema acusatório.

Assim, viu-se que, atualmente, é pacífico, doutrinariamente, que princípios são normas basilares informadoras de todo o atual sistema jurídico, adquirindo força de normas constitucionais, ainda que não positivados na nossa Carta Magna.

Dessa forma, foram analisados os princípios constitucionais do juiz natural, da imparcialidade do julgador, do contraditório e da ampla defesa e os princípios da presunção de inocência e *favor rei*, bem como o direito a não autoincriminação, de modo que foram expostos o seu conteúdo e os principais aspectos relacionados com o uso dos poderes instrutórios do julgador.

Em segundo momento, pôde-se acompanhar a evolução histórica, bem como o estudo dos principais aspectos, dos sistemas processuais clássicos.

Sendo que restou concluído que um sistema inquisitivo é marcado pela concentração das funções de investigar, acusar e julgar nas mãos de uma única pessoa: o julgador. Já um sistema acusatório tem como sua principal característica a separação das funções de acusar e julgar, mas com a atuação do juiz alheia às partes, isto é, como mero espectador. No que tange ao sistema misto, foi visto que seu principal aspecto é a duplicidade de fases; durante a fase inquiritorial o procedimento é inquisitório e durante a fase processual o procedimento é acusatório.

Mesmo que grande parte dos doutrinadores defenda a adoção do sistema misto, é inquestionável que o que é misto tem em seu núcleo uma essência pura, isto é, acusatória ou inquisitória, e apenas se torna mista pela adoção de características secundárias. Assim, legitimou-se o estudo sobre o núcleo fundante de um sistema processual penal, concluindo-se que a mera separação das funções de acusar e julgar não justifica, atualmente, o rótulo para

que um sistema seja considerado acusatório, devendo se observar sempre quem possui a gestão da prova, que, em nosso sistema, resta nas mãos das partes e, infelizmente, nas do julgador também, o que leva o sistema a ser considerado como *neoinquisitório*.

Dando continuidade ao trabalho, estudou-se a noção de prova no processo penal e as diferenças que pairam entre *verdade formal* e a *verdade real*. Evidenciou-se que a função da prova é a captura psíquica do julgador e que a verdade a ser buscada é a *formal*, uma vez que *verdade real* é impossível de ser obtida, justamente por se tratar de um fato que se encontra no passado.

Foram expostos e comentados os principais poderes instrutórios conferidos ao julgador pelo Código de Processo Penal, de modo que foi possível perceber que o princípio inquisitório foi adotado implicitamente por nossa legislação, uma vez que essa permitiu quase que indiscriminadamente que os julgadores perseguissem a prova como verdadeiros sujeitos parciais.

Não menos importante é também ressaltar que o aferimento de tais poderes, muitas vezes, leva à formação dos chamados “quadros mentais paranoicos”, em que julgador fica imbuído pelo sentimento de descobrir a verdade real sobre os fatos de tal maneira que se sente obrigado a recorrer aos seus poderes instrutórios, agindo na crença de achar a chamada “prova cabal”. O que significa dizer que, em seu interior, a decisão já foi tomada (condenar o réu) e precisa ele então procurar algo que sustente a mesma, pois está preso ao sistema do livre convencimento motivado.

Também coube reproduzir a versão da corrente que defende a gestão da prova a cargo do juiz, exemplificando os possíveis benefícios que isso pode resultar ao processo, como por exemplo, o fato do magistrado não ficar refém de uma atuação instrutória pobre das partes, bem como, a afirmação de que o magistrado, ao buscar a prova, não sabe de antemão a quem essa vai aproveitar.

No entanto, concluiu-se ser muito mais benéfico e condizente com os valores positivados em nossa Constituição Federal um juiz espectador das partes, uma vez que a atuação instrutória de um juiz-ator, que persegue a chamada verdade real tomando as vias de Ministério Público, além de violar o princípio da imparcialidade do julgador, não mais se justifica em nosso atual momento de Estado Democrático de Direito, posto que havendo dúvida sobre a culpabilidade do réu, não deve o julgador ir atrás de mais provas, e sim respeitar a ordem jurídica atual, seguindo os princípios fundamentais da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, consagrados em nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Ed. Método, 2013.

BADARÓ, Gustavo. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função juiz de garantias, *In* BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 343-364.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 21 jun. de 2014.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 21 ago. de 2014.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiro, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? (Artigo). *In: Escritos de direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Alexandre Wunderlich (coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao verdade, dúvida e certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito*. Revista da ESMAC: Escola superior da magistratura do Acre, Rio Branco, v. 1, p. 69-94, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista de estudos criminais, Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarense. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2ª ed., p. 4-5, 1990.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Introdução crítica ao processo penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª Edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. Boletim IBCCrim, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1996.

MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

MARTINS, Charles Emil Machado. *A reforma e o “poder instrutório do juiz”*: será que somos medievais? (Artigo). Site do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/charlesemi.pdf>>. Acesso em 04 de nov. de 2013.

MARTINS, Mauro Pereira. *Os princípios e a normatividade jurídica*. Série aperfeiçoamento de magistrados 11, Curso de Constitucional, Normatividade Jurídica. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_197.pdf>. Acesso em 20 de jun. de 2014.

MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em 31 jul. de 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PELLEGRINE GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – Jurisdição ação e processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.