

FACULDADES INTEGRADAS DE JACAREPAGUÁ
CURSO DE DIREITO

**O SISTEMA ACUSATÓRIO E A POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS PELO
JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, CONFORME O ART. 156, I, CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL: ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS.**

ANDREI MELO JINKINGS

Orientador: Prof. Juvenal Bacellar Neto

**Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Integradas de Jacarepaguá, Polo
Manaus, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

MANAUS - AM

2011

FACULDADES INTEGRADAS DE JACAREPAGUÁ
CURSO DE DIREITO

**O SISTEMA ACUSATÓRIO E A POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS PELO
JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, CONFORME O ART. 156, I, CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL: ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS.**

ANDREI MELO JINKINGS

Orientador: Prof. Juvenal Bacellar Neto

**Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Integradas de Jacarepaguá, Polo
Manaus, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

MANAUS - AM

2011

DEDICTÓRIA

RESUMO

JINKINGS, Andrei Melo. O sistema acusatório e a possibilidade de produção de provas pelo juiz na fase pré-processual, conforme o art. 156, I, Código de Processo Penal: aspectos legais e constitucionais. 2011. 61f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – FACULDADES INTEGRADAS DE JACAREPAGUÁ. Manaus, AM, 2011.

Este estudo teve como propósito analisar o sistema processual penal adotado no Brasil, o sistema acusatório, bem como o art. 156, I, Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008 e a sua adequação ao sistema acusatório e à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

PALAVRAS-CHAVE

Acusatório, Provas, Juiz, Constitucional, Inconstitucional.

ABSTRACT

JINKINGS, Andrei Melo. O sistema acusatório e a possibilidade de produção de provas pelo juiz na fase pré-processual, conforme o art. 156, I, Código de Processo Penal: aspectos legais e constitucionais. 2011. 61f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – FACULDADES INTEGRADAS DE JACAREPAGUÁ. Manaus, AM, 2011.

This study aimed to examine the criminal justice system adopted in Brazil, the adversarial system, as well as art. 156, I, Code of Criminal Procedure, with the wording given by Law No. 11690/2008 and its suitability for the adversarial system and the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988.

KEYWORDS

Libelous, Evidence, Judge, Constitutional, Unconstitutional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 CAPÍTULO I A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	11
2.1 Da Antiguidade à Idade Média.....	11
2.1.1 O Processo Penal na Grécia.....	12
2.1.2 O Processo Penal em Roma.....	12
2.1.3 O Processo Penal no Direito Canônico	14
2.2 O Processo Penal na Idade Moderna	15
2.2.1 O Processo Penal na França	15
2.2.2 O Processo Penal na Alemanha.....	15
2.2.3 O Processo Penal na Espanha.....	16
2.2.4 O Processo Penal na Itália	17
2.2.5 O Processo Penal na Inglaterra.....	17
2.3 O Processo Penal no Brasil.....	18
2.3.1 A Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988 e o Processo Penal	20
3 CAPÍTULO II SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	21
3.1 Sistema Inquisitivo	21
3.2 Sistema Acusatório	22
3.3 Sistema Misto ou acusatório formal	24
3.4 O Sistema Processual Penal adotado no Brasil: o sistema acusatório	25
3.4.1 A Imparcialidade do juiz	33
3.4.2 O princípio da verdade real	35
3.5 Os produtores de prova na fase pré-processual do sistema acusatório.....	39
4 CAPÍTULO III A LEI 11.690/2008 E O ART. 156, I, CPP: ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS	45
4.1 A Doutrina defensora da inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP.....	47
4.2 A Doutrina defensora da constitucionalidade do art. 156, I, CPP	52
5 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

O título da presente monografia, o sistema acusatório e a possibilidade de produção de provas pelo juiz na fase pré-processual, conforme o art. 156, I¹, Código de Processo Penal: aspectos legais e constitucionais, foi escolhido pela grande relevância para o Direito do estudo do sistema processual penal adotado no Brasil, bem como da inovação legislativa do art. 156, I, CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.

As páginas seguintes vão realizar uma breve análise histórica sobre os sistemas processuais penais inquisitivo, acusatório e misto, com todas as implicações decorrentes de seu processo histórico, desde a Antiguidade aos dias atuais.

No decorrer dessa incursão histórica serão vistos os modos pelos quais os litígios penais eram punidos entre os povos do Oriente, Grécia e Roma, passando pelos povos do Ocidente, França, Espanha, Itália e outras civilizações, até chegar ao Brasil, que do século XV ao século XIX foi colônia de Portugal e, por esse motivo, a legislação deste país muito influenciou o processo penal e a aplicação da pena no Brasil.

Nesta abordagem dos sistemas processuais penais serão analisados os seus princípios, com destaque para os princípios da imparcialidade do juiz e da verdade real, as características e conceitos, estabelecendo as semelhanças e diferenças entre os sistemas processuais e a sua importância, positiva ou negativa, no desenvolvimento das sociedades.

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

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 de outubro de 2011, às 21:34h.

O sistema processual penal adotado no Brasil, o sistema acusatório, será abordado de forma detalhada, de modo a ratificar a sua adoção pelo Brasil, bem como os seus traços distintivos.

O princípio da imparcialidade do juiz será tratado de forma um pouco mais minuciosa, tendo em vista que ele é observado de diferentes ângulos conforme o sistema processual penal adotado por cada país, fazendo com que ora seja mais observado e ora seja mais flexibilizado, chegando a praticamente não existir, conforme é verificado no sistema inquisitivo.

A verdade real será vista com um papel de destaque dentro do processo penal, tanto no processo penal dos povos antigos, como no processo penal atual, servindo de suporte para a justificação da iniciativa dos juízes na busca da prova nos sistemas processuais penais.

Os produtores de prova na fase pré-processual do sistema acusatório serão devidamente identificados, fazendo com que não fiquem dúvidas no que concerne à sua legitimidade dentro do processo penal brasileiro e que a função do juiz dentro dos sistemas processuais penais esteja suficientemente esclarecida, como será sua atuação dependendo do tipo de sistema processual penal adotado por determinado país.

Após percorrer a seara dos sistemas processuais, será abordado o momento histórico que antecedeu a elaboração da Lei nº 11.690/2008, os motivos que ensejaram a sua edição, que, em síntese, teve a finalidade de atualizar a legislação processual penal referente às provas, prevista no Código de Processo Penal de 1941.

A introdução da novidade legislativa prevista no art. 156, I, Código de Processo Penal de 1941, será analisada de uma forma especial, uma vez que possibilita ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

A possibilidade de produção de provas, de ofício, pelo juiz que será tratada neste trabalho de conclusão de curso é a que se refere à produção de provas no inquérito policial, que corresponde, via de regra, à fase pré-processual no sistema acusatório brasileiro, tendo em vista que, como a ação penal pública é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o art. 100² do Código Penal de 1940, a fase pré-processual que antecede a ação penal pública, com

² Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 25 de outubro de 2009, às 21:38h.

vistas à apuração da autoria e materialidade do delito, é levada a efeito pelo procedimento administrativo do inquérito policial, nos termos do art. 4º 5º³, Código de Processo Penal de 1941.

A introdução da possibilidade, constitucional ou não, do juiz produzir provas, de ofício, na fase pré-processual, na fase do inquérito policial, levada a efeito com a introdução do art. 156, I, CPP/1941, traz à baila calorosos debates doutrinários, que se encontram apenas no início, dada a pouca idade da Lei nº 11.690/2008.

Com o novo art. 156, I, Código de Processo Penal de 1941, surge à seguinte indagação: no sistema acusatório brasileiro, em que a função de acusação pertence ao Ministério Público, conforme o art. 129, I⁴, CRFB/1988, como é possível o juiz, de ofício, ordenar a produção de provas na fase do inquérito policial sem que isso comprometa a sua imparcialidade no julgamento da futura ação penal?

Nessa tarefa de analisar os aspectos legais e constitucionais do art. 156, I, CPP/1941, em face do sistema acusatório, será utilizada uma metodologia jurídica baseada na análise da bibliografia sobre o sistema acusatório e sobre o artigo 156, I, CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, mostrando as duas correntes doutrinárias que se posicionam sobre a sua constitucionalidade.

Dessa forma, não se trata apenas de mais uma discussão acadêmica, mas sim de uma pesquisa que busca, com elementos convincentes, controvérsias contemporâneas do direito processual penal e analisando a evolução histórica dos sistemas processuais penais, contribuir

³ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)
Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o no II conterà sempre que possível:

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 de outubro de 2011, às 21:42h.

⁴ 4 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 25 de outubro de 2011, às 21:46h.

com uma análise sobre a inovação legislativa do art. 156, I, CPP/1941, introduzida pela Lei nº 11.690/2008, e a sua adequação à CRFB/1988.

A discussão sobre a constitucionalidade do artigo 156, I, CPP/1941, é de extrema relevância para o Direito, pois a supremacia da Constituição e a sua rigidez impõem que as normas infraconstitucionais estejam em conformidade com ela, pois, do contrário, deverão ser retiradas do mundo jurídico, por ofenderem a norma fundamental hipotética, fundamento de validade das demais normas, a Constituição Republicana da República Federativa do Brasil de 1988.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Antes de adentrar na evolução histórica dos sistemas processuais penais, é necessário definir o que é sistema processual penal, para se manter a lógica que deve estar presente em todo texto, acadêmico ou não.

Sistema processual penal é o conjunto de normas e princípios que possibilitam ao julgador aplicar a lei ao caso concreto, exercer a jurisdição, conforme o momento político de cada Estado, a fim de solucionar o litígio instaurado entre a vítima e o agente de uma infração penal, assegurando ao acusado os seus direitos e impondo-lhe os seus deveres e ônus, a fim de alcançar a paz social, quebrada pela inobservância de uma norma penal.

Após estar esclarecido o conceito de sistema processual penal, pode-se iniciar uma sucinta abordagem histórica sobre a história da civilização humana e o modo pelo qual os ilícitos penais eram punidos em cada grande período histórico, se aproximando mais de um ou de outro sistema processual penal.

2.1 Da Antiguidade à Idade Média

Nesse período, início das civilizações, época em que não havia ainda codificações e um avançado nível de desenvolvimento das sociedades, o que prevalecia para a resolução dos conflitos eram as tradições, as quais eram impregnadas de fortes influências religiosas e que davam alicerce para a solução de conflitos no âmbito penal.

Na aplicação da lei penal nessas civilizações havia a supremacia do uso da força física pelo mais forte em detrimento do mais fraco, sendo que as sanções impostas ao agente de um ilícito penal variavam desde o restabelecimento do indivíduo lesado ao estado inicial anterior ao dano até a vingança com a morte. Com o passar do tempo, as sociedades foram evoluindo e os métodos de resolução de conflitos se aperfeiçoando, acabando por estabelecer penas menos severas aos que infringissem uma norma penal.

2.1.1 O Processo Penal na Grécia

Na Grécia Antiga, os crimes eram classificados como crimes públicos e privados e o modo de punição de tais crimes era diferenciado. Enquanto no crime privado a punição do criminoso dependia exclusivamente da iniciativa da vítima, nos crimes públicos era a coletividade ofendida que participava da punição do agente do crime, uma vez que este não poderia ficar impune por ter ofendido toda a coletividade.

Segundo Filho:

Entre os atenienses, o Processo Penal se caracterizava ‘pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, e pela oralidade e publicidade dos debates’. Alguns delitos graves, que atentavam contra a própria cidade, eram denunciados ante a Assembléia do Povo, ou ante o Senado, pelos Tesmotetas, e a Assembléia ou Senado indicava o cidadão que devia proceder à acusação⁵.

O juiz era imparcial no julgamento de crimes, não interferindo de forma direta no processo penal, mas somente quando provocado, fazendo com que o processo penal na Grécia Antiga se aproximasse do sistema processual penal acusatório.

2.1.2 O Processo Penal em Roma

Em Roma, havia os crimes públicos e os crimes privados, sendo que o modo pelo qual as penas eram aplicadas eram o processo penal público e o processo penal privado.

O Estado intervia em ambos os crimes, mas com funções diferentes. Nos crimes públicos o Estado atuava com vistas à preservação de sua própria existência e autoridade, ao passo que nos crimes privados atuava como um mediador que solucionava os conflitos dos particulares submetidos à sua alçada.

Observa-se, portanto, que o Estado concentrava em suas mãos o poder de solucionar os litígios, sendo que o juiz, que era representante do rei, tinha o poder de iniciar, instruir e deliberar, sem maiores delongas e até sem partes, fazendo com que, ao ser levada ao seu

⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1. cap.2. p.79.

conhecimento uma *notitia criminis*⁶, tivesse a possibilidade de iniciar, de ofício, a persecução penal da infração noticiada.

Havia nesse período um esboço de apelação criminal, uma vez que o acusado podia apelar ao povo a fim de suspender a sentença condenatória, dando início a um procedimento de segunda instância em que o juiz prolator da decisão condenatória tinha que demonstrar, com elementos convincentes, que a sentença que proferira estava carregada de provas e, com isso, buscar uma nova condenação do acusado perante o povo.

Com o passar do tempo e o advento da República, surgiu o direito de qualquer cidadão, salvo os magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas que devido ao seu passado não oferecessem garantias de probidade, poder acusar, ficando o julgamento afeto a um tribunal popular, sendo que tal procedimento tinha como alicerce a idéia de que nenhuma pessoa podia ser processada sem uma acusação e aqui vigoravam algumas características do sistema acusatório, uma vez que a publicidade predominava nos julgamentos, eram observados o contraditório e a oralidade nos julgamentos e ao Estado cabia o julgamento dos delitos de natureza pública.

Após algum tempo, percebeu-se o inconveniente da acusação que era levada a efeito pelos cidadãos, tendo em vista que estes ficavam vinculados ao processo até o fim e, se ao final fosse comprovado que a acusação era infundada, poderiam ser responsabilizados por calúnia.

Desse modo, no Império, o Estado Romano, visando recuperar a credibilidade junto aos cidadãos, tomou para si o poder de promover a acusação, por meio de agentes públicos, e com isso buscou a efetivação da justiça ao instituir um novo tipo de procedimento: a *cognitio extraordinem*⁷.

No entanto, decorrido algum tempo os juízes foram ampliando as suas funções e, além da função de julgamento, possuíam a função de acusação, podendo investigar, acusar, recolher provas sem qualquer restrição e depois disso tudo presidir o processo e julgar, num verdadeiro sistema inquisitivo, sendo tal procedimento o início da Inquisição, que perdurará durante toda a Idade Média e até o século XVIII.

⁶ Notícia do crime.

⁷ Conhecimento fora de ordem.

2.1.3 O Processo Penal no Direito Canônico

No Direito Canônico, até o século XII, ainda não havia o sistema inquisitivo de forma acentuada e o sistema que prevalecia era o sistema acusatório, pois no julgamento dos membros da Igreja, que eram tidos como forma de pagamento pelos pecados que haviam cometido e forma de salvação de suas almas, eram observadas algumas formalidades, uma vez que a acusação era de forma escrita e o acusador tinha que apresentar as provas aos Bispos ou a quem estivesse incumbido de aplicar a lei ao caso concreto, ou seja, exercer a jurisdição.

Contudo, a partir do século XIII, observa-se que a indisciplina de membros do Clero, aliada à corrupção da Igreja, ameaçavam o poder do Papa e, com a manifesta intenção de se manter no poder, foram sendo abolidas as regras do sistema acusatório, fazendo com que não fosse mais necessária a acusação, o contraditório, a oralidade e havendo a instituição da iniciativa da acusação de ofício pelo juiz, tornando-se comuns as denúncias anônimas.

Os acusados não eram sujeitos de direitos, mas eram vistos apenas como objetos processuais e, valendo-se dos mais cruéis meios de prova, os acusadores buscavam, a todo custo, a confissão do acusado, que era tida como a rainha das provas.

Conforme Filho:

A acusação fora abolida nos crimes de ação pública. Abolida, também, fora a publicidade do processo. O Juiz procedia *ex officio* e em segredo. Os depoimentos das testemunhas eram tomados secretamente. O interrogatório do imputado era precedido ou seguido de torturas. Regulamentou-se a tortura: 'deve cessar quando o imputado expresse a vontade de confessar. Se confessa durante os tormentos e, para que a confissão seja válida, deve ser confirmada no dia seguinte'.⁸

No Direito Canônico houve a criação do Santo Ofício, mais conhecido como o Tribunal da Inquisição, que buscava punir todos que atentassem contra as leis divinas, os hereges, e para manter a sua dominação a Igreja Católica aplicava penas das mais variadas e cruéis, a fim de que as demais pessoas não desrespeitassem as leis de Deus.

A importância da Inquisição para a consolidação do sistema inquisitivo durante a Idade Média é inegável, tendo em vista que, sob o pretexto de punir os hereges e inimigos das leis

⁸ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. cap. 2. p. 84-85.

divinas, a Igreja Católica conseguiu aplicar de forma ortodoxa as regras e princípios do sistema inquisitivo e até hoje este sistema ainda é adotado em algumas civilizações.

2. 2 O Processo Penal na Idade Moderna

Com a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, e sob a égide do Iluminismo, o modo pelo qual os delitos eram punidos foi se alterando, afastando-se as crueldades que foram cometidas durante a Idade Média pela Inquisição e, com isso, contribuindo para a evolução e formação do processo penal moderno, com o primado do respeito aos direitos humanos.

2.2.1 O Processo Penal na França

A edição do Código Napoleônico, em 1808, introduziu na França um sistema processual baseado no combate às arbitrariedades cometidas durante a Inquisição, o qual foi consolidado com o Código de Processo Penal de 1859, surgindo o sistema processual misto, dividido em 3 fases, a saber: a que era afeta à Polícia Judiciária, a fase da Instrução e a fase do Julgamento.

Na fase da Instrução eram aplicados os princípios do sistema inquisitivo, visto que o juiz desenvolvia, de ofício, de forma secreta e sem a possibilidade de contraditório e ampla defesa, as investigações preliminares.

Na fase do julgamento eram aplicados os princípios e regras do sistema acusatório, em especial a oralidade, o contraditório e a ampla defesa e a publicidade.

Em 1897, a Lei Constans extinguiu a inquisitorialidade da instrução, passando esta a ser contraditória. Após algum tempo, houve modificações na legislação francesa, mas, em 1933, retornou o sistema misto inicial, ou seja, com a volta inquisitorialidade na instrução criminal, e até os dias atuais vigora o sistema misto na França.

2.2.2 O Processo Penal na Alemanha

Na Alemanha, também influenciada com as idéias humanistas e iluministas, a Declaração de Direitos Fundamentais do Povo Alemão, de 1848, optou por instituir um sistema no qual vigoravam a publicidade e oralidade do processo penal e o povo era quem julgava, baseado numa

acusação levada a efeito pelos interessados, que geralmente eram agentes do governo, havendo, assim, a descentralização das funções de acusação, defesa e julgamento.

A acusação era originada de um procedimento preparatório, presidido pelo Ministério Público, que tinha como características o sigilo, mas no qual eram respeitados os direitos do acusado. Após o término desse procedimento, a acusação poderia ser oferecida ou arquivada e, quando oferecida, dava-se início a uma fase que tinha por finalidade a apuração mínima da materialidade do delito.

Após a acusação ser admitida pelo Tribunal dava-se início a uma terceira fase, na qual se desenvolvia o processo propriamente dito, com a divisão das funções de acusação, defesa e julgamento, a presença da publicidade e a proibição do tribunal agir de ofício em relação ao início do procedimento ou aos limites no qual a acusação foi admitida, ficando, no entanto, livre para obter os meios de prova que considerasse pertinentes e necessários ao deslinde do caso.

2.2.3 O Processo Penal na Espanha

Na Espanha, a Inquisição foi extinta em 1834, sendo que até esse momento a justiça aplicava as regras processuais penais sob a influência do Tribunal da Inquisição.

Em 1908, o Tribunal do Santo Ofício se reorganizou, passando a ser denominada Sagrada Congregação do Santo Ofício. Em 1965, a Sagrada Congregação do Santo Ofício passou a chamar-se de Congregação para a Doutrina da Fé, que tinha novos procedimentos e atribuições limitadas a assuntos religiosos.

A Lei de Processo Penal Espanhola de 1882 previa que, além de uma primeira fase, de investigação, que era denominada sumário, com características do sistema inquisitivo, tendo em vista que era uma fase escrita e secreta, que era conduzida pelo juiz da instrução, com a mínima participação da defesa, haveria outras duas fases: a intermediária e a instrução.

Após a fase da investigação, havia uma fase intermediária de aceitação da acusação e, superada esta fase, dava-se início à fase final de instrução, na qual se desenvolvia o júízo, com características do sistema acusatório, pois era exigida acusação e eram observados a oralidade, a publicidade e o contraditório. Nos tempos atuais, com a existência dos Juizados de Instrução, que dão ao juiz os poderes investigatórios e jurisdicionais, verifica-se que o sistema processual penal que vigora na Espanha é o sistema misto.

2.2.4 O Processo Penal na Itália

Na Itália, em 1930, o Código Rocco foi editado e mesmo mantendo intactos os princípios do sistema inquisitivo, inspirou-se em ideais mais garantistas, pois afastou o juiz da fase preparatória, incumbindo o Ministério Público dessa função, auxiliado pela Polícia, passando, desse modo, a ser respeitado o princípio da imparcialidade do juiz e o contraditório, em harmonia com os princípios do sistema acusatório.

Após essa reforma efetuada pelo Código Rocco, o processo penal italiano passou a ser realizado em duas fases: a Audiência Preliminar e o Julgamento.

A iniciativa das provas era conferida às partes e, em casos excepcionais, ao Tribunal, sendo proibida na fase anterior à audiência preliminar, e o juiz era colocado no papel de espectador passivo na disputa processual travada pelas partes, mitigando, de forma significativa, se não eliminando, o princípio da verdade real. Contudo, o juiz não era proibido de produzir provas, mas para garantir sua imparcialidade devia evitar ao máximo sua interferência, de ofício, no processo penal e, assim, foram sendo implementados os demais direitos e garantias fundamentais do acusado, se adequando o sistema penal italiano ao sistema acusatório.

2.2.5 O Processo Penal na Inglaterra

Na Inglaterra, a partir do século XII, foi adotado o sistema jurídico conhecido como *Common Law*⁹, no qual os costumes são a fonte mais importante, se não a única, para o Direito. Esse sistema baseia-se em precedentes, conhecidos como *cases*¹⁰, sempre baseado nos costumes aplicados nas decisões, que são registradas em livros. Essa forma diferente de solucionar os conflitos distanciou o modelo inglês do modelo romano-germânico, que vigorava no restante da Europa.

No século XV, o *Common Law* perde um pouco a sua força e então passam a vigorar as jurisdições de equidade, nas quais havia processos escritos com base no procedimento do Direito Canônico. Algum tempo depois, por volta do século XVII, as jurisdições de equidade se integram à *Common Law*.

⁹ Direito comum.

¹⁰ Casos

Uma das características marcantes do processo penal inglês dessa época é a instituição do Júri, constituído por vinte e três jurados de cada condado, que tinha como competência denunciar crimes mais graves ao Júri de Acusação, e também a figura do *Petty Júri*¹¹, que era constituído por dozes jurados com a função de analisar as provas.

O *Petty Júri* foi reformado por volta dos séculos XV e XVI para se tornar a instituição de julgamento, atribuindo a qualquer habitante do reino a função de acusação, numa ação penal de iniciativa popular, com uma evidente imparcialidade do julgador, amoldando-se a um sistema processual penal tipicamente acusatório, com as demais características inerentes a esse tipo de sistema.

2.3 O Processo Penal no Brasil

No Brasil, após a chegada dos portugueses em 1500, foi aplicada para a solução dos conflitos de natureza penal a legislação de Portugal, as Ordenações Afonsinas, que no Livro V regulavam o Direito Processual Penal, com fortes influências religiosas e do sistema inquisitivo.

Algum tempo depois, em 1521, foi instituída uma nova legislação processual, as Ordenações Manuelinas, permanecendo, no entanto, inalteradas as influências religiosas e o sistema inquisitorial presente nas Ordenações Afonsinas.

No século XVII, em 1603, no reinado de Felipe II, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, que ainda mantinham as mesmas regras acerca dos procedimentos processuais penais e do sistema inquisitivo, que vigoraram até a promulgação, em 1832, do Código de Processo Criminal do Império.

Durante as Ordenações, o sistema de provas aplicado era o sistema da prova legal e o juiz devia decidir conforme o alegado e provado no processo. Mas como o sistema que vigorava era o sistema inquisitivo, na busca da verdade eram admitidos os tormentos e outros meios de prova cruéis e desumanos como a tortura, porém, tais meios de prova não poderiam ser aplicados aos nobres, cavaleiros e doutores a não ser em casos específicos e limitados, consoante o Título 134, parágrafo 3º, Livro V, das Ordenações Filipinas.

¹¹ Pequeno Júri.

A partir do Código de Processo Criminal do Império, de 1832, inspirado nos idéias iluministas que floresciam em toda a Europa e influenciaram, conseqüentemente, a legislação de Portugal e do Brasil, o procedimento criminal se iniciava por meio de queixa do ofendido ou de seu representante legal, denúncia do Ministério Público ou qualquer do povo e havia ainda a possibilidade do juiz, de ofício, iniciar o procedimento criminal.

Havia o pequeno e o grande Júri, sendo que este era responsável pela decisão sobre a admissibilidade da acusação que, uma vez aceita, deveria ser julgada pelo pequeno Júri que, por esse motivo, também era denominado de Júri de Sentença. Ressalte-se que as contravenções e as infrações penais mais graves não estavam submetidas à apreciação do Júri.

A Constituição Republicana de 1891, que foi promulgada sob a égide da proclamação da República em 1889, fez com que os estados tivessem a possibilidade de terem suas Constituições Estaduais, mas poucos foram os estados que assim fizeram e, assim, o Código de Processo Criminal do Império e suas posteriores alterações continuaram sendo a legislação aplicável em quase todo o país.

Com a Constituição Republicana de 1934, a competência para legislar sobre processo penal voltou a ser da União, sendo tal competência ratificada pela Constituição Federal de 1937, durante a qual foi promulgado o atual Código de Processo Penal, consubstanciado no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e a Lei de Introdução do Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941.

O Código de Processo Penal de 1941 manteve o inquérito policial, herdado do Império, mas estabeleceu que haveria o contraditório na instrução, separando, definitivamente, as funções de acusação e julgamento, fazendo com que o procedimento de ofício permanecesse apenas para as contravenções e traçando as demais características do sistema acusatório, ressalvadas a permanência de alguns procedimentos especiais inquisitivos.

As Constituições Federais seguintes mantiveram os direitos e as garantias instituídos pelo Código de Processo Penal, sendo que a Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988 reforçou e ampliou o rol de direitos e garantias assegurados aos acusados em processo criminal.

2.3.1 A Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988 e o Processo Penal

A Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988, visando à afirmação da primazia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal, trouxe em seu texto uma série de dispositivos legais com a finalidade de garantir ao acusado o respeito à sua dignidade humana, que pode ser assegurada com a observância dos princípios constitucionais do processo penal, previstos no art. 5º, CRFB/1988. Dentre os princípios elencados na CRFB/1988, o princípio do devido processo legal, alicerce sobre o qual se estrutura o processo penal brasileiro, pressupõe não só que os ritos dos procedimentos penais sejam cumpridos, mas principalmente que, durante o processo, as provas sejam produzidas com a observância de todas as garantias e direitos inerentes ao ser humano, o que inclui a inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos.

Em relação às provas ilícitas, o art. 157 do Código de Processo Penal/1941, com a redação dada pela Lei nº 11690/2008, em sintonia com o disposto na CRFB/1988, é claro ao afirmar que elas devem ser desentranhadas do processo, tendo em vista a sua inadmissibilidade, o que reforça ainda mais a conclusão de que a CRFB/1988 deseja que o acusado seja respeitado durante todo o processo e que, com a exclusão da prova ilícita, o processo seja o mais justo possível, uma vez que o fim desejado pelo Estado deve ser a justiça, com a condenação ou absolvição do acusado, mas de acordo com a lei.

Conforme Oliveira:

Mais que isso, ou junto a isso, deve ser um processo construído sob os rigores da Lei e do Direito, cuja observância é imposta a todos os agentes do Poder Público, de maneira que a verdade ou verossimilhança (certeza, enfim) judicial seja o resultado da atividade probatória lícitamente desenvolvida. Disso decorrerá também a vedação das provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI, CF), não só como afirmação da necessidade de respeito às regras do Direito, mas como proteção aos direitos individuais, normalmente atingidos quando da utilização ilícita de diligências e dos meios probatórios.¹²

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. cap. 1. p. 4.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A análise da evolução histórica dos sistemas processuais penais é de fundamental importância para a compreensão do processo penal atual, pois não se pode compreender o processo penal atual sem antes ter percorrido os processos e evoluções históricas pelos quais passaram.

Desse modo, após um sucinto histórico sobre a origem e a evolução dos sistemas processuais penais, passa-se à análise de suas características essenciais, semelhanças e diferenças e sua contribuição para a solução de litígios no âmbito penal, mas antes é salutar lembrar o conceito de sistema processual penal.

De acordo com Rangel:

Sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.¹³

3.1 Sistema Inquisitivo

O sistema inquisitivo tem a sua origem nos regimes monárquicos, tendo se aperfeiçoado no Direito Canônico, e foi adotado por quase todas as legislações da Europa dos séculos XVI a XVIII como alternativa de substituição do sistema acusatório privado, no qual era a vítima a responsável por buscar a punição do acusado comprometendo, assim, a defesa social.

Nesse tipo de sistema processual há a concentração das funções de acusação e julgamento nas mãos de uma pessoa só e, desse modo, a imparcialidade do julgador está seriamente

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. cap. 2. p. 47

comprometida, pois ocorre a seguinte situação: o juiz, de ofício, dá início à ação, defende o réu e, ainda, faz o julgamento.

O acusado é tratado como objeto e não sujeito de direitos, uma vez que o processo é regido pelo sigilo, não há contraditório e ampla defesa e o sistema de provas é o da prova legal ou prova tarifada, no qual as provas têm valores e pesos previamente determinados.

No sistema da prova tarifada, a confissão é considerada a rainha das provas e para obtê-la são empregados os mais cruéis e horrendos meios, entre os quais se destaca a tortura, em que muitas vezes os acusados têm suas vidas ceifadas pelos responsáveis pela obtenção da confissão, já que, dependendo do meio de tortura que for empregado, o acusado vem a óbito antes mesmo que possa pronunciar uma só palavra acerca do fato criminoso.

No sistema inquisitivo, a formação do convencimento do juiz não se dá pelas provas que lhes são apresentadas pelas partes, mas sim pelo que ele houver coletado na sua investigação e, assim, busca convencer as partes da sua íntima convicção com as provas coletadas.

O juiz emite, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação penal, ou seja, o juiz, antes de iniciar a ação penal já sabe, de certa maneira, como e qual seria a sua decisão e, assim, busca provas para corroborar o seu pensamento. Há um pré-julgamento antes mesmo de iniciar a ação penal. Portanto, o sistema inquisitivo, que atingiu seu ápice durante a Idade Média, na Inquisição, é um sistema processual marcado pelo total desrespeito aos direitos do ser humano, à vida, e o que importa ao Estado é fazer com que as leis sejam cumpridas, a qualquer preço, para manter o império da lei e da ordem. Conforme Rangel:

O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana¹⁴.

3.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório tem suas origens na Grécia Antiga, entre os atenienses, e entre os romanos notoriamente com o advento da República, quando o direito de acusação foi assegurado

¹⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. cap. 2. p. 49.

a qualquer do povo, ficando o julgamento a cargo de um tribunal popular que observava a oralidade, a publicidade e o contraditório.

O sistema acusatório é o sistema processual penal que tem a separação das funções de acusação, defesa e julgamento, sendo que neste tipo de sistema processual o juiz não mais inicia, de ofício, a acusação, uma vez que há um órgão responsável pelo oferecimento da denúncia.

Esse órgão responsável pela acusação é o Ministério Público, no Brasil, sendo que a origem do Ministério Público no Brasil está na França, no final do século XIV, quando surgiram os procuradores do rei, que tinham a função de promover a acusação penal.

Assim, com a titularidade para a propositura da ação penal pública transferida para o Ministério Público, verifica-se que no sistema acusatório há uma nítida separação das funções de acusação e julgamento, com vistas à manutenção da imparcialidade do juiz no processo penal ao exercer a jurisdição, aplicar a lei ao caso concreto.

O sistema acusatório, conforme Rangel:

Antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é o órgão de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo a nossa posição (cf. item 1.7 supra), todo ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade [...] ¹⁵ (grifo nosso).

A publicidade é a regra no sistema processual acusatório, sendo o sigilo a exceção, uma vez que assim há o objetivo de evitar arbitrariedades e assegurar ao acusado a ciência da imputação penal que lhe é formulada, ou seja, o acusado sabe por que exatamente está sendo processado e como será processado.

A publicidade garante também ao acusado a efetivação do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, sabendo por que está sendo processado, ele será capaz de defender-se da maneira pela qual achar mais conveniente. O réu é sujeito de direitos, tendo respeitados todos os seus direitos e, com isso, há a preservação da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, que deve estar presente em todas as situações, inclusive durante o processo penal.

¹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. cap. 2. p. 50.

No sistema acusatório, o procedimento de análise das provas adotado é o do livre convencimento motivado, ou seja, o juiz prola sua sentença de acordo com as provas produzidas no processo pelas partes. Como o juiz deve se manter imparcial, são as partes que têm a iniciativa probatória. A fundamentação da sentença deve se basear nas provas produzidas no processo, sob pena da sentença ser considerada nula.

As provas no sistema acusatório devem ser produzidas com a observância de todos os direitos e garantias do acusado, tendo em vista que este é um sujeito de direitos e não um mero objeto do processo, tal qual era no sistema inquisitivo.

Os traços diferenciadores entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo são evidentes, pois enquanto o primeiro prima pelo respeito aos direitos humanos, pela presunção da inocência, pois o acusado é considerado inocente até que se prove o contrário, o segundo é caracterizado pelo arbítrio, pelas irregularidades, pela aplicação da lei sem a observância dos direitos do acusado e sem que este saiba pelo que está sendo processado.

Em relação ao modo pelo qual o contraditório é visto nos sistema inquisitivo e no sistema acusatório, observa-se que as situações são bem diferentes. Enquanto no primeiro o acusado não precisa de defensor, pois se é inocente não precisa de alguém que lhe defenda, no sistema acusatório lhe é garantida a defesa, mesmo havendo a sua presunção de inocência do acusado, com o objetivo de preservar os seus direitos e garantias.

No que concerne às diferenças entre o sistema inquisitivo e acusatório, de acordo com Oliveira:

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o acusatório seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos.¹⁶ (grifo nosso).

3.3 Sistema Misto ou acusatório formal

O sistema misto tem sua origem na Revolução Francesa, em 1789, na qual os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade e as idéias iluministas estavam em plena ebulição e iam de encontro ao sistema inquisitivo que, até então, vigorava na Europa. Com a edição do Código de

¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. cap. 1. p. 4.

Instrução Criminal em 1808 foi introduzido na França o sistema processual misto, sistema que foi seguido por outras legislações da Europa Ocidental.

O sistema misto, também conhecido com acusatório formal, como o próprio nome diz, é uma junção dos sistemas processuais inquisitivo e acusatório, possuindo três fases: a investigação preliminar, realizada pela polícia judiciária, a instrução preparatória, realizada pelo juiz instrutor, e a fase judicial.

Na fase da instrução preparatória, também conhecida em alguns países como Juizado de instrução, bem como na fase da investigação preliminar, o sistema inquisitivo vigora, tendo em vista que o procedimento é levado a efeito pelo juiz, que investiga, faz a coleta de provas, se alicerçando de todas as informações necessárias a fim de posteriormente realizar a acusação ao tribunal competente.

Ressalte-se que, como na fase da instrução preparatória vigora o sistema inquisitivo, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é tratado como mero objeto de direitos, não havendo o contraditório e a ampla defesa.

Após a fase da instrução preparatória e com o recebimento da acusação, dá-se o início da terceira fase, a fase judicial, na qual estão presentes as características do sistema acusatório, uma vez que o acusado é sujeito de direitos e como tal é tratado, tendo direito ao contraditório, ao estado de presunção de inocência, sendo considerado inocente até que se prove o contrário por meio do devido processo legal.

3.4 O Sistema Processual Penal adotado no Brasil: o sistema acusatório

Em relação aos sistemas processuais penais, verifica-se que eles são escolhidos de acordo com o momento político de cada Estado, sendo adotado o modelo de sistema processual penal que mais esteja em sintonia com os ideais e anseios da sociedade da época, bem como a cultura da sociedade, levando em consideração as legislações processuais penais adotadas nos outros países.

No Brasil, após um longo período da vigência do Código de Processo Criminal do Império de 1832, foi editado o Código de Processo Penal de 1941, consubstanciado no Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941, o qual trouxe importantes mudanças em

relação ao modo pelo qual os acusados deveriam ser processados, optando por instituir um sistema processual acusatório no ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil, desde a edição do Código de Processo Penal de 1941, possui o sistema processual penal acusatório, com a primazia do respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado, e com os dispositivos do CPP, em sua grande maioria, em harmonia com os princípios do Estado Democrático de Direito promulgado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fruto dos anseios libertários de uma sociedade que vivia oprimida, que pugnava pelo respeito aos direitos humanos e pela liberdade, como regra, e a prisão como exceção.

Segundo Filho:

No Direito pátrio, o sistema adotado é o acusatório. A acusação, nos crimes de ação pública está a cargo do Ministério Público. Excepcionalmente, nos delitos de ação privada, comete-se à própria vítima o *jus perseguendi in judicio*. Pode também a vítima, nos crimes de ação pública, exercer a acusação, se, porventura, o órgão do Ministério Público não intentar a ação penal no prazo previsto em lei.¹⁷ (grifo nosso).

No processo penal brasileiro vigora o sistema acusatório, com todas as características já estudadas, ou seja, a existência do contraditório e da ampla defesa no processo penal, o princípio da presunção da inocência, a publicidade dos julgamentos e o sistema de provas que vige é o sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado deve decidir, fundamentadamente, de acordo produzido pelas partes no processo, sendo que a sua iniciativa, de ofício, deve se limitar ao máximo, uma vez que o órgão incumbido da acusação é o Ministério Público.

Conforme Oliveira:

Portanto, limitada a iniciativa probatória do juiz brasileiro ao esclarecimento de dúvidas surgidas a partir das provas produzidas pelas partes no processo – e não na fase de investigação – e ressalvada a possibilidade de produção ex officio daquela (prova) para a demonstração da inocência do acusado, pode-se qualificar o processo penal brasileiro como um modelo de natureza acusatória, tanto em relação às funções de investigação quanto às funções de acusação e, por fim, quanto àquelas de julgamento.¹⁸ (grifo nosso).

¹⁷ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1. cap.2. p. 94.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. cap.1. p. 9.

A titularidade para a propositura da ação penal pública dentro do sistema acusatório brasileiro, de acordo com o art. 129, I, CRFB/88, é privativa do Ministério Público, sendo este o *dominus litis*¹⁹ a quem incumbe à análise das informações contidas nos autos do inquérito policial ou nas peças de informação colhidas durante a fase pré-processual e o requerimento de diligências para que, havendo indícios de autoria e prova da materialidade de uma infração penal, forme sua opinião sobre o delito e promova a competente ação penal.

O Direito pátrio possui em sua legislação, em especial na CRFB/1988, algumas características essenciais do sistema acusatório, que devem ser observados em todos os momentos de aplicação da lei penal e processual penal, sob pena de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

De acordo com Capez:

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII) (Criminologia, cit., p.31-8). É o sistema vigente entre nós.²⁰ (grifo nosso).

O sistema acusatório, que, conforme o art. 129, I, CRFB/88, é o adotado no Brasil, pois as funções de acusar, defender e julgar são exercidas por pessoas diferentes, tem, de acordo com Távora e Alencar, como características essenciais:

Separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o livre convencimento motivado²¹.

Portanto, estando superada a dúvida sobre qual sistema processual penal é adotado no Brasil e depois de estudadas as características de tal sistema, ou seja, do sistema acusatório, é importante destacar que dentro do referido sistema processual existem importantes princípios que servem de orientação para a elaboração das normas processuais penais e para a aplicação da lei

¹⁹ Dono da lide; o autor da ação.

²⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. cap.3. p. 45.

²¹ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A.R.C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. cap.1. p. 38.

penal aos casos concretos, devendo o juiz observar tais princípios quando da prolação de sua sentença, sob pena de infringir a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dentre os princípios processuais penais plasmados na CRFB/1988 e que se encontram no sistema acusatório, merecem destaque os princípios do devido processo legal, da motivação das decisões, do contraditório e da ampla defesa, da publicidade, do promotor natural ou promotor legal, da presunção da inocência ou estado de inocência, da imparcialidade do juiz e o princípio da verdade real.

O princípio do devido processo legal está insculpido no art. 5º, LIV²², CRFB/88, e, segundo ele, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, verificando-se, desse modo, que tal princípio é a matriz do qual se originam os demais princípios, é o que fornece as diretrizes a serem observadas no sistema acusatório.

Segundo Cláudio e João Batista Tovo:

O devido processo legal seria, assim, a síntese de todos os princípios que se referem ao direito natural de defesa em juízo, síntese de princípios e não propriamente um princípio isolado, o que acontece também com o chamado princípio dialético, que nada mais é que a síntese da ampla defesa e contraditório²³.

O princípio da motivação das decisões está plasmado no art. 93, IX²⁴, CRFB/88, de acordo com o qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²² Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 27 de outubro de 2011, às 15:36h.

²³ TOVO, Paulo Cláudio e TOVO, João Batista Marques. **Princípios de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. cap.3. p. 107.

²⁴ Art. 93

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 27 de outubro de 2011, às 15:41h.

O contraditório e ampla defesa são os princípios, previstos no art. 5º, LV²⁵, CRFB/88, são os princípios que mais evidenciam o sistema acusatório, na medida em que somente está caracterizado o sistema acusatório quando são preservados os direitos do acusado, o que só pode ocorrer se este puder exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

De acordo com Cláudio e João Batista Tovo:

No Direito brasileiro, nenhum veredicto condenatório poderá embasar-se ou sequer apoiar-se em provas que não hajam passado pelo crivo do contraditório e da mais ampla defesa, enquanto direitos fundamentais da pessoa humana, hoje mais claramente proclamados pela Lei Maior [...].²⁶

Em relação ao princípio da publicidade, verifica-se que este é outro importantíssimo princípio dentro do sistema acusatório. No sistema acusatório brasileiro, a regra é a publicidade, o sigilo a exceção, conforme se infere do art. 93, IX, CRFB/88.

O sigilo, regra geral, não tem espaço com o sistema acusatório, pois neste há a observância dos direitos do acusado e somente pode haver o efetivo respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado na medida em que este tenha acesso a todo o teor da acusação que lhe é imputada.

Segundo Filho:

Como característico do processo do tipo acusatório, a publicidade campeava na Índia, entre os atenienses, entre os romanos, à época republicana, entre os germânicos. Era a publicidade popular. Posteriormente, a publicidade foi sofrendo limitações e, na Idade Média, por influência do Direito Processual Penal canônico, foi totalmente abolida. O processo passou a ser secreto. Só o julgador, que também acusava, e o secretário é que tinham o conhecimento do que se passava no processo. Não se permitia sequer defensor, sob a alegação de que, se o acusado era inocente, não precisava de defensor, e, se culpado, era indigno de defesa. Muitas vezes o réu desconhecia a existência de processo contra ele... Era o chamado processo do tipo inquisitivo, antítese do processo acusatório²⁷.

²⁵ Art. 5º

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; ; Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em: 27 de outubro de 2011 às 15:45h.

²⁶ TOVO, Paulo Cláudio e TOVO, João Batista Marques. **Princípios de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. cap.3. p. 53.

²⁷ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1. cap. I p. 45-46.

O princípio do promotor natural visa à preservação da imparcialidade do julgador, pois uma vez que o Estado avocou para si o poder-dever de solucionar os conflitos no âmbito penal, quando retirou dos particulares a possibilidade de vingança privada, sendo que esta até pode caracterizar crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no art. 345²⁸ do Código Penal de 1940, deve promover a acusação penal por meio de pessoas ou órgãos imparciais, independentes, que primem pela legalidade, impessoalidade e moralidade na aplicação da lei penal, como é o caso do Ministério Público.

O princípio do promotor natural, conforme Rangel:

É garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) de ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado Promotor de encomenda para esse ou aquele caso²⁹.

O princípio da presunção de inocência, também denominado estado de inocência, situação jurídica de inocência ou princípio da não-culpabilidade, estampado no art. 5º, LVII³⁰, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; CRFB/88, reflete, de pronto, uma das principais características do sistema processual penal adotado no Brasil.

Ora, somente num Estado que adota o sistema acusatório como sistema processual penal é que existe o princípio da presunção de inocência, pois o acusado, para quaisquer efeitos, é considerado inocente, cabendo ao agente ou órgão acusador o ônus de provar o contrário, derrubar esta presunção *júris tantum*³¹ que existe acerca da inocência do acusado.

Consoante Távora e Alencar:

²⁸ Art., 345 Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena – detenção de 15 dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente a violência.

Parágrafo único - se não há emprego de violência, somente se procede mediante a queixa.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em: 27 de outubro de 2011 às 16:05h.

²⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processo Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2008. cap. 1. p. 36.

³⁰ Art. 5º

[...]

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

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em: 27 de outubro de 2011 às 16:15h.

³¹ Relativa.

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste diapasão, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.³² (grifo nosso).

Portanto, após a análise dos princípios mais marcantes do sistema processual penal adotado no Brasil e de suas características, verifica-se que a doutrina amplamente majoritária, se não a unanimidade, afirma que o sistema acusatório é o sistema processual penal adotado no Brasil, tendo em vista que as funções de acusação, defesa e julgamento não estão concentradas nas mãos de um único órgão e que a titularidade para a propositura da ação penal pública, que é a regra no processo penal, conforme o art. 100 do Código Penal Brasileiro de 1940, é atribuída ao Ministério Público, nos termos do art. 129, I, CRFB/88.

Em relação ao sistema processual penal adotado no Brasil não se apresentam maiores discussões. É o sistema acusatório. A controvérsia que existe na doutrina é saber se o sistema processual penal adotado no Brasil é um sistema acusatório puro ou não.

A existência de um sistema processual penal acusatório puro pressupõe a ausência das características de outros sistemas processuais, em especial do sistema inquisitivo, fazendo com que não haja dúvidas sobre qual tipo de sistema processual é adotado. Havendo qualquer ponto de dúvida é que dá ensejo a esta discussão doutrinária.

Para os que defendem que o sistema acusatório adotado no Brasil não é um sistema acusatório puro, um dos argumentos utilizados é de que o inquérito, por ser inquisitivo e, geralmente, embasar a denúncia ou queixa-crime nos crimes de ação penal pública ou privada, respectivamente, desrespeita os direitos do acusado, que não teve a oportunidade de se defender nos autos da fase pré-processual.

Segundo Rangel:

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 no inquérito policial são verdadeiros. [...]. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim

³² TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A.R.C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. cap.1. p. 48.

pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não o é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito.³³(grifo nosso).

Há ainda outros argumentos para os que sustentam que o sistema processual penal brasileiro não é um sistema acusatório puro em razão das atribuições que são conferidas ao juiz no processo penal.

De acordo com Filho:

Contudo, diga-se de passagem, o nosso processo penal não é um processo penal acusatório ortodoxo. Há uma gama de atos conferidos ao Juiz que em rigor deveriam competir às partes: requisitar inquérito, ser destinatário da representação, decretar, de ofício, prisão preventiva, conceder *habeas corpus*, sem provocação da parte, determinar a prova que bem quiser e entender, ouvir testemunhas além daquelas indicadas pelas partes, quebrando, assim, o princípio acusatório...³⁴(grifo nosso).

Na mesma linha de pensamento do ilustre Tourinho Filho e sustentando que o sistema processual penal acusatório não é um sistema puro em sua essência, como deveria ser, há outros doutrinadores que contribuem para essa discussão doutrinária.

Conforme Távora e Alencar:

É de se ressaltar, contudo, que não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um expectador estático na persecução, tendo , ainda, que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder *habeas corpus* de ofício e decretar prisão preventiva.³⁵ (grifo nosso)

Assim, tanto em relação à atuação do juiz no processo penal durante a fase do inquérito, como às providências que podem ser adotadas, de ofício, pelo magistrado no processo penal brasileiro, os doutrinadores fundamentam a ausência da forma pura do sistema acusatório brasileiro.

Segundo Oliveira:

Por certo que não se trata de um modelo *adversary*, ou de partes, tal como é o modelo estadunidense, em que o juiz afasta-se completamente de quaisquer funções probatórias, limitando-se ao controle de legalidade na instrução judicial. Mas,

³³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. cap.2. p. 53-54.

³⁴ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1. cap.2. p. 95.

³⁵ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A.R.C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. cap.1. p. 38.

sobretudo a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos porque abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional.³⁶ (grifo nosso)

Desse modo, verifica-se que, dentre alguns dos poucos doutrinadores que se aventuram a perquirir se o sistema acusatório brasileiro é um sistema puro ou não, a maioria, se não todos, entende que não se trata de um sistema acusatório puro.

3.4.1 A Imparcialidade do juiz

A imparcialidade do julgador é uma das mais importantes características do sistema acusatório e, conseqüentemente, do processo penal, uma vez que tendo o Estado chamado para si o poder-dever de solucionar as lides penais deve ser garantido ao acusado que o seu julgamento seja levado a efeito por um juiz justo, imparcial, eqüidistante das partes, sem qualquer mácula ou comprometimento no exercício da jurisdição.

Conforme Távora e Alencar:

A imparcialidade é entendida como característica necessária do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção. O juiz interessado deve ser afastado, e os permissivos legais para tanto encontram-se no artigo 254 do CPP (hipóteses de suspeição) e no art. 252 (hipóteses de impedimento).³⁷ (grifo nosso)

A fim de assegurar a imparcialidade do juiz, a CRFB/1988 estabelece vedações aos magistrados, de acordo com o art. 95, parágrafo único³⁸, veda a existência de juízos ou tribunais

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. cap.1. p. 9.

³⁷ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A.R.C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2. ed., 2009. cap. 1. p. 50.

³⁸ Art. 95 - Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em: 27 de outubro de 2011 às 19:34h.

de exceção, de acordo com o art. 5º, XXXVII³⁹, e concede aos magistrados algumas garantias, previstas no art. 95: inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios.

Um juiz somente pode ser imparcial, politicamente, se estiver acobertado da garantia da inamovibilidade para prolatar suas decisões sem medo de qualquer tipo de represália, como ser removido de sua lotação para um lugar distante de seus familiares ou então onde a qualidade de vida se revele extremamente difícil. Deve proferir sua sentença, sem medo de desagradar qualquer autoridade, desde que esteja de acordo com a lei, e ter a certeza de que não sofrerá qualquer retaliação.

Igualmente, a vitaliciedade garante ao magistrado que ele não perderá o cargo, após dois anos de exercício, conforme o inciso I do art. 95, CRFB/88, e isso faz com que o magistrado se sinta seguro e possa ser imparcial, sem pensar em qualquer conseqüência que poderá advir de sua sentença.

Por fim, a garantia da irredutibilidade dos subsídios assegura que ao juiz que este não terá redução de seus subsídios em razão de ter proferido uma sentença imparcial, mas que desagradou alguma autoridade ou não foi ao encontro dos interesses de pessoas influentes.

De acordo com Rangel:

Juiz imparcial pressupõe juiz independente e independência pressupõe garantias constitucionais que visem dar segurança ao juiz de que, no exercício de suas funções, não sofrerá coações políticas ou funcionais, constrangimentos que possam ameaçá-lo da perda do cargo. A imparcialidade do juiz, portanto, tem por 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.⁴⁰ (grifo nosso)

Após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegurar essas garantias aos magistrados, se, ainda assim, houver algum motivo que não garanta a total imparcialidade do juiz, como nos casos de impedimento e suspeição deve o juiz ser afastado do processo, sob pena de nulidade.

Consoante Cláudio e João Batista Tovo:

³⁹ Art. 5º - XXXVII - não haverá júzo ou tribunal de exceção; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 27 de outubro de 2011 às 19:37h.

⁴⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. cap.1. p.20.

Tão essencial ao devido processo legal é a imparcialidade que o Código considera nulidade insanável ‘ a suspeição ou suborno’ do juiz, restando ineficaz toda a atividade por ele desenvolvida, consoante o art. 564, inciso I. Os casos de impedimento e suspeição do juiz estão regulados no Código, arts. 252 a 256, e a exceção de suspeição, nos arts. 95 e seguintes⁴¹.

3.4.2 O princípio da verdade real

Quando se fala em processo penal é clássica a afirmação de que neste tipo de processo vige o princípio da verdade real, pois no processo penal, no qual estão em jogo, via de regra, direitos indisponíveis, o trabalho do magistrado deve pautar-se na busca de como os fatos criminosos ocorreram, a fim de proporcionar a aplicação da lei penal ao caso concreto da forma que mais corresponda à dinâmica dos fatos e atenda aos princípios do sistema acusatório e à Constituição Federal. É comum também a distinção doutrinária que se faz entre o princípio da verdade formal, que vige no processo civil, no qual estão em jogo direitos, via de regra, disponíveis, de cunho patrimonial, e o princípio da verdade real, presente no processo penal, sendo que tais princípios são de extrema importância na atuação do juiz em cada tipo de processo. No processo civil, o princípio da verdade formal se satisfaz com as provas carreadas aos autos do processo pelas partes, sendo que o juiz decide a lide civil, após o devido processo legal, conforme as provas que lhe são apresentadas pelas partes, não perquirindo se estas correspondem ou não à realidade dos fatos, pois o que não está nos autos não está no mundo. De acordo com Araújo:

O argumento fulcral da noticiada dicotomia seria que, no processo civil, o fato incontroverso – seja pela concordância da parte à narrativa de seu opositor, seja por presunção legal adveniente da não impugnação dos fatos narrados -, quando envolvente de direito disponível, não cobra maiores perquirições do julgados acerca do tema probando, o que, via de consequência, caracterizaria o acolhimento da verdade formal⁴² (grifo nosso)

No processo penal, ao contrário, o princípio da verdade real é o norte que orienta o magistrado, em todos os momentos, visto que no juízo penal busca-se sempre a verdade dos

⁴¹ TOVO, Paulo Cláudio e TOVO, João Batista Marques Tovo. **Princípios de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. cap. 3. p. 66.

⁴² ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade Processual Penal Limitações à Prova**. 1 ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2006. cap.7. p. 79.

fatos, ou a reconstrução da realidade o máximo possível, uma vez que estão em jogo direitos indisponíveis. Conforme Capez:

No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos. Para tanto, o art. 156, II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, faculta ao juiz, de ofício, determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Esse princípio é próprio do processo penal, já que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes, embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas (vide art. 130 do CPC).⁴³ (grifo nosso)

O grande problema em relação ao princípio da verdade real é que o juiz, quando da produção das provas e da reconstrução dos fatos, pode lançar-se de forma irrestrita na busca da verdade real, acumulando as funções de investigação e julgamento, que são características preponderantemente do sistema inquisitivo.

De acordo com Oliveira:

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal⁴⁴.

Assim, verifica-se que é consenso entre os doutrinadores que o juiz no processo penal deve pautar-se pela busca da verdade. No entanto, há que ressaltar que existem dois tipos de verdade: a verdade fática e a verdade jurídica.

A verdade fática corresponde ao que realmente aconteceu no mundo fático, a como ocorreu o desenrolar dos fatos no mundo real, humano. Diz respeito aos acontecimentos do mundo exterior sem ficções, ilações e presunções, às percepções sensoriais, à efetiva conformidade dos fatos com as ações ocorridas no mundo físico.

A verdade jurídica corresponde à verdade que é produzida durante o processo penal, de acordo com as provas carreadas aos autos, com a aplicação de todas as normas de direito

⁴³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. cap.3. p. 28.

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. cap.9. p. 294.

pertinentes e que têm como objetivo a descoberta de como os fatos aconteceram no mundo real a fim de propiciar ao julgador a aplicação da lei penal para a solução do litígio.

A verdade real, ou fática, tão almejada no processo penal, revela-se muitas vezes inalcançável, tendo em vista o decurso do tempo, o desaparecimento de vestígios, a ausência de testemunhas, a realização de uma perícia ineficiente ou até mesmo as diferentes versões que podem ser dadas pelas testemunhas, vítimas ou autores de uma infração penal, cada um com uma percepção sensorial diferente de como aconteceram os fatos.

Não raras vezes os depoimentos das testemunhas de um crime são tomados meses e até anos após o fato delituoso, fazendo com que pouco ou nada contribuam na busca do que realmente aconteceu acerca do fato criminoso.

Não é fato incomum também no processo penal brasileiro a vítima, se sentindo constrangida ou com medo de represálias por parte do autor do crime ou até mesmo familiares dele, mudar, em juízo, o seu depoimento prestado durante o inquérito policial ou, mesmo tendo reconhecido com absoluta certeza o autor do crime, se manifestar dizendo que não se lembra bem da fisionomia do criminoso ou indicar características genéricas dizendo, por exemplo, que o rapaz que praticou o crime de roubo era homem, negro, que usava bermudas folgadas, um boné e aparentava ter uns 20 anos, fazendo com que o magistrado faça um esforço ainda maior, quase sobre-humano, na tentativa de reconstrução do fato criminoso, em busca da verdade real.

Parte da doutrina costuma denominar o princípio da verdade real, a verdade jurídica, como verdade processual, considerando que toda verdade que existe nos autos de um processo não pode ser considerada verdade real, uma vez que não reproduz, com absoluta correspondência, o que aconteceu no mundo fático, limitando-se, no processo, a reconstituir, o mais próximo possível da realidade, o que aconteceu em relação ao fato criminoso.

Conforme Rangel:

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios de provas) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória.⁴⁵ (grifo do autor)

⁴⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. cap. 1. p. 7.

Alguns doutrinadores sustentam que o princípio da verdade processual existe não só no direito processual penal, mas também no direito processual civil, tendo em vista que o direito é um uno, havendo a sua divisão em ramos apenas para facilitar o estudo e proporcionar o exercício da jurisdição de uma forma mais eficiente e justa, por meio da distribuição de competências entre os diversos juízos.

Consoante Oliveira:

Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica. De fato, embora utilizando critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza.⁴⁶ (grifo nosso)

Após a produção de todas as provas possíveis pelas partes, sob o pálio do contraditório e de todos os demais princípios constitucionais, o juiz está diante da verdade, sob a ótica processual, e, portanto, apto a proferir a sua decisão, condenatória ou absolutória.

Às vezes as provas que foram carreadas aos autos do processo levam o juiz a uma conclusão de que a verdade encontrada não possui um significado lógico, conforme a razão humana, de como ocorreu a dinâmica dos fatos, fazendo com que se instale a dúvida no julgador ao se indagar se os fatos narrados na acusação são ou não verdadeiros, se correspondem ao que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, se a verdade é real ou não.

De acordo com Lopes Jr.:

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva (como se verá a continuação), senão porque constitui um gravíssimo erro falar em 'real', quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui, é um dado de realidade.⁴⁷ (grifo nosso)

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. cap. 9. p. 294.

⁴⁷ Lopes Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. vol.1. cap.12. p. 524.

No entanto, o juiz deve decidir, de forma imparcial e de acordo com a verdade encontrada, tendo em vista que o autor da infração penal teve oportunidade de se defender, mostrando a sua verdade sobre os fatos, e a vítima contribuiu com a sua verdade para que o juiz chegasse a este ato processual, com o escopo de pacificação social, tão esperado no processo penal: a sentença.

Segundo Rangel:

Já se disse alhures que o direito não pode ser realizado a qualquer preço. Há que se descobrir a possível verdade dentro de um devido processo legal. O juiz não pode afastar-se das provas carreadas para os autos, mesmo que não condigam com a verdade processual primária (que, por não estar nos autos, ele não conhece), pois a solução do caso penal deve ser alcançada através da verdade judiciária com os limites impostos pela ordem jurídica⁴⁸.

3.5 Os produtores de prova na fase pré-processual do sistema acusatório

Antes de iniciar o estudo dos responsáveis pela produção de provas na fase anterior à ação penal no sistema acusatório, na fase pré-processual, é necessário verificar o conceito de prova, o seu objetivo, destinatários e a sua função na fase pré-processual.

A prova pode ser conceituada como o conjunto de atos praticados pelas partes ou pelo juiz com o objetivo comprovar as alegações deduzidas, circunstâncias ou fatos, no exercício da defesa, acusação ou para dirimir dúvida relevante que seja necessária para o deslinde da causa e comprovação da autoria e materialidade da infração penal. A parte referente às provas é de fundamental importância para processo penal, uma vez que são a partir delas que o juiz vai colher elementos para que possa prolatar sua sentença, mesmo que na produção de tais provas sejam utilizados meios manifestamente ilegais, como ocorre no sistema inquisitivo.

Ora, não se pode condenar o réu com base em meras suposições, ficções e presunções, pois o que é dito tem que ser provado no processo. O que é dito e não é provado é como se não existisse no Direito, mesmo que exista no mundo fático, possuindo as provas, portanto, um papel de destaque dentro de qualquer sistema processual. Segundo Capez:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual

⁴⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. cap.1. p. 8.

se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.⁴⁹ (grifo nosso)

Em qualquer sistema processual penal, em qualquer país, a prova tem um objetivo claro, preciso, ostensivo, que é tentar reconstruir, dentro do processo, como os fatos aconteceram no mundo real, uma retrospectiva do crime, a fim de descobrir a verdade acerca do fato delituoso.

A reconstrução dos fatos criminosos deve ser realizada pelas provas e levada aos seus destinatários, sendo o seu destinatário direto o juiz, uma vez que as provas têm por finalidade, precipuamente, a formação do seu convencimento, a fim de que possa, no sistema acusatório, proferir a sua sentença com base no livre convencimento motivado, fundamentando as decisões com base nas provas produzidas pelas partes.

Conforme com Lopes Jr.:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – de provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade cognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida, integram o que poderia chamar de modos de construção de convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.⁵⁰ (grifo do autor)

No entanto, é importante ressaltar que as partes são as destinatárias indiretas da prova, tendo em vista que também têm interesse no processo, com o objetivo de poderem aceitar ou não a decisão prolatada pelo juiz como sendo uma decisão justa e, dependendo do caso, possam exercer o duplo grau de jurisdição, levando em consideração as provas que serviram de base para a fundamentação da sentença.

Estando devidamente esclarecidos o conceito de prova, objetivo e os seus destinatários, será analisada qual a sua função na fase pré-processual e, por fim, quem são os seus produtores nesta fase.

⁴⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. cap.17. p. 290.

⁵⁰ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. vol.1. cap.12. p. 490.

A fase pré-processual, como o próprio nome diz, é a fase anterior ao início do processo, portanto, anterior ao recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo juiz, pois o processo somente tem início quando o juiz analisa uma denúncia ou queixa-crime que lhe foi oferecida e ordena um despacho positivo, consistente na citação do réu.

De acordo com Oliveira:

A fase de investigação, portanto, em regra, promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação.⁵¹ (grifo nosso)

No sistema acusatório brasileiro, como o inquérito policial, segundo os arts. 4º e 5º do CPP/1941, é o procedimento administrativo adotado nos crimes de ação penal pública, que é a regra, conforme o art. 100 do Código Penal Brasileiro de 1940, com o objetivo de apurar a autoria e materialidade das infrações penais, pode-se dizer que a fase pré-processual corresponde, regra geral, ao inquérito policial.

As provas produzidas na fase pré-processual têm como função fornecer ao Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, e ao ofendido, nos crimes de ação penal privada, os elementos necessários para o *jus perseguendi in judicio*⁵², ou seja, para a propositura da ação penal, sendo que a ausência de tais elementos acarreta a rejeição da inicial acusatória, nos termos do art. 395⁵³ do CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008.

Segundo Capez:

O inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto, tem valor probatório, embora

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. cap.4. p. 43.

⁵² Direito de perseguir em juízo.

⁵³ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. (Revogado). (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm > Acesso em: 27 de outubro de 2011 às 20:14h.

relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito⁵⁴.

Em relação a quem incumbe a responsabilidade de produzir provas no inquérito policial, verifica-se que são três os agentes (ou órgãos) que podem vir a produzir provas no curso deste procedimento administrativo pré-processual: o delegado de polícia, o Ministério Público e o juiz.

De acordo com o art. 4º do CPP/1941, a polícia judiciária tem por finalidade apuração das infrações penais e de sua autoria, sendo que a polícia judiciária é formada pela Polícia Civil, no âmbito Estadual, e pela Polícia Federal, no âmbito federal.

No que concerne às funções do delegado de polícia na fase do inquérito policial, não há maiores discussões, tendo em vista que compete a ele adotar todas as providências no sentido de investigar a autoria e materialidade do fato delituoso e, para isso, produz as provas que serão enviadas ao titular da ação penal pública ou ação penal privada, sendo importante destacar que na produção de provas que importem em restrição aos direitos fundamentais do acusado deve haver intervenção judicial, por serem medida de exceção no nosso Estado Democrático de Direito.

Em relação à atuação do Ministério Público na fase pré-processual, é observado que, como ele é o titular privativo da ação penal pública, deve atuar no inquérito policial produzindo provas e requerendo as diligências necessárias para que possa ter elementos de autoria e materialidade à sua disposição para que proponha a ação penal.

No entanto, como o Código de Processo Penal de 1941, no art. 4º, definiu que é função específica da polícia judiciária a apuração da materialidade e autoria das infrações penais, o Ministério Público atua de forma complementar, apenas superando eventual lacuna na investigação policial ou requisitando diligências para uma melhor formação de sua *opinio delicti*⁵⁵.

Conforme Lopes Jr.:

Em definitivo, não pairam dúvidas de que o Ministério Público poderá requisitar a instauração do inquérito e/ou acompanhar a sua realização. Mas sua presença é secundária, acessória e contingente, pois o órgão encarregado de dirigir o inquérito policial é a polícia judiciária⁵⁶.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. cap.10. p. 79.

⁵⁵ Parecer sobre o delito.

⁵⁶ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. vol.1. cap.8. p. 246.

A grande controvérsia que existe em relação à produção de provas na fase pré-processual do sistema acusatório diz respeito à atuação do juiz, pois a sua função nessa fase fica muitas vezes incerta, podendo, dependendo de como for a sua atuação, figurar como juiz garantidor ou como juiz instrutor.

No sistema acusatório, se a atuação do juiz deve ser imparcial durante o curso do processo, quando há a possibilidade de ampla defesa e contraditório por parte do acusado, deve ser muito mais imparcial ainda na fase pré-processual, uma vez que nesta fase não há o direito de defesa.

O juiz, na fase pré-processual do sistema acusatório, deve limitar-se a atender as requisições solicitadas pelo delegado de polícia ou Ministério Público, atuando como verdadeiro juiz garantidor dos direitos e garantias individuais do acusado, pois não se pode permitir que o juiz usurpe a função do Ministério Público na colheita de provas para a propositura da ação penal, nem queira restaurar em nosso ordenamento jurídico a figura do juiz inquisidor, que outrora existia em todo mundo e era responsável pelo cometimento das mais cruéis arbitrariedades.

Como no Brasil vigora o sistema acusatório, não há razão também para o juiz querer equiparar-se ao juiz instrutor dos países que adotam o sistema processual penal misto, produzindo provas na fase pré-processual, devendo tão-somente cumprir seu mister de exercer a jurisdição de uma forma imparcial, deferindo ou indeferindo as diligências que lhe forem requeridas, sob pena de usurpar as funções do Ministério Público e infringir CRFB/1988.

De acordo com Lopes Jr.:

Por fim, outro grave problema da investigação judicial está no fato de converter a investigação preliminar em uma fase geradora de provas, algo absolutamente inaceitável frente ao seu caráter inquisitivo. A maior credibilidade que normalmente geram os atos do juiz instrutor pode levar a que a prova não seja produzida no processo, mas meramente ratificada. O resultado final é a monstruosidade jurídica de valorar na sentença elementos recolhidos em um procedimento preliminar em que predominam o segredo e a ausência do contraditório e defesa. Não se pode olvidar que a investigação preliminar serve para aclarar o fato em grau de probabilidade, e está dirigida a justificar o processo ou o não-processo, jamais para amparar um juízo condenatório⁵⁷ (grifo nosso)

⁵⁷ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. vol.1. cap.8. p. 246.

Ressalte-se que, mesmo nos países que adotam o sistema processual penal misto, o juiz da instrução não é o mesmo que julga a ação penal por ele proposta, uma vez que há a presunção de sua parcialidade, diferentemente do que acontece no Brasil, pois o juiz que produz provas, de ofício, na fase pré-processual será o mesmo que julgará a ação penal que for ajuizada, o que, na verdade, seria uma tentativa mal feita de equiparar o sistema processual penal acusatório ao sistema processual penal misto.

De acordo com Lopes Jr.:

Antes de apontar as vantagens e inconvenientes desse sistema, cumpre destacar o grave problema que representa essa figura do juiz-investigador para a imparcialidade. Atualmente, na maior parte dos países em que é adotado esse sistema existe uma presunção absoluta de parcialidade do instrutor, de modo que o juiz que instrui jamais poderá julgar a causa. Os diversos prejudgamentos que ele efetua no curso da investigação levam à prevenção como causa de exclusão de sua competência para julgar o processo no futuro.⁵⁸ (grifo nosso)

⁵⁸ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. vol.1. cap.8. p. 246.

4 A LEI 11.690/2008 E O ART. 156, I, CPP: ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS

A Lei nº 11.690/2008, de 9 de junho de 2008, que altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências, publicada em 10 de junho de 2008 e com entrada em vigor 60 (sessenta) dias após a sua publicação, introduziu importantes modificações no processo penal brasileiro em relação à matéria probatória, exprimindo a vontade do legislador em atualizar a legislação processual penal de 1941, presente no Código de Processo Penal, Decreto- Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e fazer com que a produção de provas possa ser realizada considerando o sistema processual penal acusatório adotado no Brasil.

A legislação processual penal presente no CPP/1941, que foi editada numa época em que as legislações do mundo, sobretudo da Itália e da Alemanha, eram marcadas pelas arbitrariedades e ainda pelo sistema inquisitivo, mesmo tendo dado significativos passos na mudança do sistema processual inquisitivo para o sistema processual acusatório, ainda conservava o seu caráter inquisitivo.

O aspecto inquisitivo do CPP/1941 pôde ser visto mais fortemente durante a ditadura militar, no período de 1964 a 1985, época em que o que importava ao Estado era a manutenção da lei e da ordem e, sob esse pretexto, os direitos fundamentais das pessoas foram restringidos ou eliminados, principalmente os dos considerados inimigos do Estado, que foram torturados, exilados e muitas vezes mortos sem que tivessem qualquer direito de defesa, o que, inegavelmente, caracteriza o sistema inquisitivo, que teve seu auge durante a Idade Média, mas que, em pleno século XX estava presente, com uma nova roupagem.

Assim, a Lei nº 11.690/2008, a fim de reafirmar o sistema acusatório adotado no Brasil, conforme o art. 129, I, CRFB/1988, veio trazer alterações substanciais no Código de Processo Penal de 1941 no que tange às provas, tendo em vista que o acusado deve ser tratado como sujeito de direitos e não como um mero objeto do processo.

Conforme El Tasse:

A Lei 11.690/08, mais que as mudanças pontuais que estabelece na matéria probatória do processo penal brasileiro, fixa a mensagem da vontade do legislador infraconstitucional de finalmente atender às reivindicações da Carta de 1988 e estruturar o sistema brasileiro com fundamento no modelo acusatório e não, no inquisitivo, do fascista Código de Processo Penal de 1941⁵⁹.

Uma das inovações legislativas efetuada pela Lei nº 11.690/2008 que mais causa controvérsia na doutrina diz respeito ao art. 156, I, CPP/1941, que diz respeito à produção da prova.

O revogado artigo 156, CPP/1941, estabelecia que a prova da alegação incumbia a quem a fizesse, ou seja, em regra, ao Ministério Público, mas o juiz poderia, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O art. 156, I, CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, dispõe que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Ressalte-se que o inciso II do art. 156 faculta ao juiz de ofício determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Desse modo, deve-se frisar que não há alteração substancial entre o revogado artigo 156 do Código de Processo Penal de 1941 e o art. 156, II, do Código de Processo Penal de 1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, ou seja, durante o curso do processo, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, não há qualquer novidade no sentido do juiz poder determinar, de ofício, a produção de provas necessárias para o julgamento da ação penal.

A grande novidade, constitucional ou não, é o art. 156, I, do Código de Processo Penal de 1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, que faculta ao juiz, de ofício, ordenar a produção de provas consideradas urgentes e relevantes mesmo antes de iniciada a ação penal, ou

⁵⁹ TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O Novo Sistema de Provas no Processo Penal Comentários à Lei nº 11.690/08**. Curitiba: Juruá, 2008. cap.1. p. 21.

seja, na fase pré-processual, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

O novo art. 156, I, CPP/1941, consagrou ao julgador a possibilidade de intervir não só na ação penal, mas também antes de iniciada esta, com a finalidade de dirimir dúvida sobre ponto relevante, isso tudo visando à colheita de um maior e melhor acervo probatório e, assim, melhor fundamentar sua sentença.

Com a edição do art. 156, I, CPP/1941, duas correntes doutrinárias se manifestaram sobre a sua constitucionalidade, uma sustentando a inconstitucionalidade e outra defendendo a constitucionalidade.

A doutrina majoritária defende a inconstitucionalidade desse artigo, dentre outros motivos, pela ocorrência da violação do princípio da imparcialidade do juiz e pela usurpação das funções do Ministério Público pelo juiz, o que afrontaria o art. 129, I, CRFB/88.

No entanto, a doutrina minoritária defende que o art. 156, I, CPP/1941, não ofende a Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988, dentre outras razões, sob o argumento de que o princípio que rege o processo penal é o princípio da verdade real e, por isso, o magistrado não pode ficar preso somente aos trabalhos desenvolvidos pelas partes na formação das provas.

4.1 A Doutrina defensora da inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP

O art. 156, I, CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, levantou dúvidas sobre a sua adequação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e não demorou muito para que a doutrina se manifestasse no sentido de sua inconstitucionalidade.

Ao facultar ao juiz a produção antecipada de provas na fase pré-processual, de ofício, um dos argumentos utilizados pela doutrina que sustenta a inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP/1941, é de que a imparcialidade do julgador estaria comprometida, tendo em vista que não pode o magistrado, de ofício, produzir a prova no curso do inquérito policial e depois simplesmente esquecê-la, no curso do processo, como se nada tivesse acontecido e que nenhuma influência aquela prova tenha causado no seu ânimo.

De acordo com Rangel:

Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser

não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente imparcial. A reforma, nesse caso, adota o princípio inquisitivo, colocando o juiz no centro da colheita da prova em total afronta à Constituição Federal, que adota o sistema acusatório (art. 129, I, CR)⁶⁰ (grifo do autor)

Ademais, a atuação do juiz no sistema acusatório deve se dar de maneira imparcial, pois, segundo a doutrina, como juiz garantidor das liberdades, ele deve manter-se o mais distante possível da produção probatória, atuando somente quando requisitada a sua intervenção e mantendo a imparcialidade desejada pela CRFB/1988.

Conforme Lopes Jr.:

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. É também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal.⁶¹
(grifo do autor)

Argumenta a doutrina que a atuação, de ofício, pelo juiz na fase pré-processual, faz com que a sua imparcialidade seja afetada de maneira questionável, uma vez que esta imparcialidade não diz respeito às hipóteses de impedimento, suspeição e incompatibilidade, previstas no CPP de 1941, que decorrem de interferências externas, mas sim de uma interferência interna, que resulta da atuação concreta do juiz do causa, fazendo com que a violação da imparcialidade seja muito mais grave ainda e, portanto, afronte o sistema acusatório.

Segundo Oliveira:

[...] O juiz, a rigor, nem sequer deveria ter contato com a investigação, realizada que é em fase anterior à ação penal, quando não provocada, até então, a jurisdição. Somente quando em disputa, ou em risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que o Judiciário deveria – e deve – manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial da legalidade dos atos administrativos. Por isso, inadmissível e inconstitucional, por violação ao sistema acusatório, a ‘novidade’ trazida com a Lei 11.690/08, que, dando nova redação ao art. 156 do CPP, prevê a

⁶⁰ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. cap.7. p. 461.

⁶¹ LOPES Jr., Aury Lopes. Direito **Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. vol.1. cap.8. p. 247.

possibilidade de o juiz determinar, de ofício, diligências probatórias no curso da investigação criminal (art. 156, I, CPP) [...] ⁶²(grifo nosso)

Outro argumento utilizado pela doutrina para a caracterização da inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP, é a violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, CRFB/1988, uma vez que na fase pré-processual vigora o sistema inquisitivo e o acusado não tem a oportunidade de exercer o seu direito de defesa e, desse modo, a prova produzida no inquérito, de ofício, pelo juiz não estaria em consonância com a CRFB/1988, por não garantir ao acusado o direito de contraditória-la.

Consoante Filho:

Se o inquérito é eminentemente não contraditório, se o inquérito policial, por sua própria natureza, é sigiloso, podemos, então, afirmar que ser ele uma investigação inquisitiva por excelência. Durante o inquérito, o indiciado não passa de simples objeto de investigação. Nele não se admite o contraditório. A autoridade o dirige secretamente [...] ⁶³.

Assim, a prova colhida inquérito policial e não reproduzida em juízo estaria maculada de inconstitucionalidade, uma vez que não poderia servir de base para a condenação do acusado por não ter passado pelo crivo do contraditório.

Em relação à impossibilidade do juiz proferir decreto condenatório com base exclusivamente em provas colhidas durante o inquérito, tal questão, que causava controvérsia na doutrina e jurisprudência pátrias, vem agora expressa no art. 155⁶⁴, CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008.

O art. 155, CPP/1941, dispõe que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. cap. 4. p. 49.

⁶³ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1. cap.7. p.211.

⁶⁴ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008); Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 de outubro de 2011, às 21:06h.

Desse modo, fica clara a natureza da prova colhida na fase do inquérito pelo juiz e que sustentaria a inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP/1941: são as provas cautelares repetíveis. As provas produzidas pelo juiz na fase pré-processual devem ser ratificadas em juízo e se tal ratificação não ocorrer, estará configurada a inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP/1941, salvo se as provas produzidas no inquérito policial enquadrarem-se nas exceções do art. 155, CPP/1941.

Conforme com Paulo Rangel:

A expressão 'exclusivamente' não pode autorizar o intérprete a pensar que, se há provas no IP e há provas no curso do processo o juiz possa fundamentar sua sentença com base nas duas fases (policial e judicial). A sentença deve ser motivada com base nas provas EXISTENTES no processo judicial. Não pode e não deve o juiz se referir, em sua fundamentação, as informações contidas no IP, salvo as informações cautelares, não repetíveis e antecipadas. (grifo do autor)⁶⁵

Por fim, o argumento central utilizado pela doutrina para sustentar a inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP/1941, é a violação do disposto no art. 129, I, CRFB/1988, que atribui a titularidade privativa do Ministério Público para a propositura da ação penal pública, que é a regra no processo penal brasileiro, conforme o art. 100 do Código Penal de 1940.

A infringência do art. 129, I, CRFB/1988, que traz uma das principais características do sistema acusatório, ou seja, a separação entre o órgão acusador e julgador, é o sustentáculo utilizado pela doutrina para defender a inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP/1941, uma vez que ao produzir, de ofício, provas na fase pré-processual, o juiz estaria usurpando a função de acusação atribuída ao Ministério.

Nesse ponto, não haveria qualquer sombra de dúvidas sobre a inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP/1941, tendo em vista que o que estaria sendo infringido diretamente seria um dispositivo da CRFB/1988, um artigo positivado na CRFB, ou seja, o art. 129, I, CRFB/1988, e não um princípio não previsto na CRFB ou qualquer outro dispositivo legal infraconstitucional, o que, inegavelmente, caracterizaria a inconstitucionalidade da novidade legislativa.

Conforme Novelino:

⁶⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. cap.3 p. 76.

A preservação da supremacia constitucional exige a invalidação dos atos normativos produzidos em desconformidade com a Lei Suprema. Para isso, faz-se necessário determinar quais são as normas constitucionais que servem como referência para o controle de constitucionalidade. A norma de referência deve ser formalmente constitucional. Como vimos no item anterior, normas que sejam apenas materialmente constitucionais não podem servir como referência, haja vista que a supremacia formal, única relevante juridicamente para fins de controle de constitucionalidade, decorre de sua rigidez⁶⁶.

Ora, ao facultar a produção antecipada de provas, de ofício, ao juiz, o novo art. 156,I, CPP/1941, elimina a separação entre as funções de acusação e julgamento, pois o juiz que colhe a prova será o mesmo que vai julgar a ação, o que não está em sintonia com o sistema acusatório.

Segundo Mendonça:

[...] Por outro lado, claramente inconstitucional a autorização conferida ao juiz ao juiz para determinar, de ofício, a produção antecipada da provas antes do início da ação penal. Realmente, nesta situação ainda não há sequer ação penal instaurada nem mesmo acusação formal veiculada. Portanto, não pode o magistrado violar a sua inércia, atuando como verdadeiro juiz inquisidor.⁶⁷ (grifo nosso)

Como o Ministério Público é o titular da ação penal pública, a regra no processo penal, ele deve preparar a sua prova, ou seja, na sua função de acusação é ele quem deve requisitar as diligências pré-processuais que entender cabíveis para o oferecimento da denúncia.

De acordo com Gomes:

[...] Neste caso, porém, parece que a inovação rompe mesmo com o modelo acusatório, o processo de partes, na qual cada um tem suas atribuições bem delineadas. Dentre elas, seguramente, não se elenca a possibilidade do juiz determinar a produção de atos probatórios. Sobretudo quando pode fazê-lo ex officio e já na fase administrativa. Necessidade, adequação e proporcionalidade (sempre ela), devem orientar o juiz em toda e qualquer decisão e, além da forte carga de discricionariedade, indesejável no processo penal, não servem de paliativo para tamanha franquia, claramente desapoiada pela Constituição.⁶⁸ (grifo nosso)

Após a análise dos argumentos utilizados por alguns dos que defendem a inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP/1941, que representam o pensamento da doutrina

⁶⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 212.

⁶⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada – artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008, p. 164.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. cap.2. p. 280.

majoritária, é imprescindível que se analise quais são os argumentos utilizados pela doutrina que defende que o referido artigo está conforme a CRFB/1988, é constitucional.

4.2 A Doutrina defensora da constitucionalidade do art. 156, I, CPP

O novo art. 156, I, CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, conta com o apoio de parte da doutrina, minoritária, que defende a sua conformidade com a CRFB/1988, a sua constitucionalidade.

A doutrina que sustenta a constitucionalidade do art. 156, I, CPP/1941, reconhece a sua posição minoritária dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Conforme Silva:

A ampla maioria da doutrina e da jurisprudência abomina o fato do juiz sair de sua sala e buscar a produção de provas de ofício. Isso porque afirma-se que a ação penal não mais será conduzida de forma imparcial. A simples escolha de qual prova deverá ser produzida de ofício e qual deixou de ser produzida já seria uma forte indicação de predisposição para condenar ou absolver. Discordamos da maioria.⁶⁹(grifo nosso).

Um dos argumentos utilizados pela doutrina minoritária é que o art. 156, I, CPP/1941, traduz o princípio norteador do processo penal, o princípio da verdade real.

Assim, o juiz não deve ficar condicionado somente aos trabalhos realizados pelas partes, pois a verdade real, que vige no processo penal, é muito mais importante, e desejável, razão pela qual o juiz deve agir, de ofício, na busca da verdade real, para que possa aplicar a lei ao caso concreto, exercer a jurisdição, da melhor forma possível.

Conforme Silva:

O juiz criminal é pago pelo Estado para fazer justiça nos casos concretos aplicando a lei e a Constituição. Para bem aplicá-las, deve conhecer o ordenamento jurídico. E para aplicá-las no caso concreto, deve ter à sua disposição todos os elementos fáticos existentes e relacionados com a conduta investigada. Somente desta forma, cumprirá seu dever jurisdicional de forma plena. Sua missão de fazer justiça não pode ser limitada pela suposição de quebra de imparcialidade e vício no julgamento

⁶⁹ SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. cap. 2. p. 65.

a ser futuramente prolatado. Não pode o juiz ficar atrelado somente aos trabalhos desenvolvidos pelas partes na formação das provas.⁷⁰(grifo nosso).

A doutrina se manifesta no sentido de que o juiz que age de ofício não ofende a imparcialidade e tampouco a CRFB/1988, uma vez que está apenas cumprindo sua função, seu dever, na busca da verdade real.

De acordo com Souza:

E essa providência não macula a preferência constitucional pelo modelo acusatório (CRFB, art. 129, I), ao contrário, cumpre o relevante papel de resguardar a busca da verdade real possível, como pretendido pelo legislador ao introduzir o sistema da livre convicção em nosso ordenamento [...]⁷¹.

O novo artigo 156, I, CPP/1941, de acordo com essa parcela da doutrina, não traz de volta ao ordenamento jurídico pátrio a figura do juiz inquisidor, uma vez que o juiz que age, de ofício, na busca da verdade real não pode ser assim considerado, pois está apenas cumprindo o seu dever constitucional, e, portanto, está em harmonia com a CRFB/1988 a novidade introduzida pela Lei nº 11.690/2008.

Conforme Silva:

Não se pode confundir juiz inquisidor com juiz cumpridor de sua função. O inquisidor busca as provas que lhe convém para ratificar um pré-julgamento já estabelecido em sua mente. O juiz cumpridor de sua função busca toda e qualquer prova não produzida pelas partes para robustecer sua decisão com o máximo da verdade possível⁷².

⁷⁰ SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. cap. 2. p. 65.

⁷¹ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009. cap.2. p. 102.

⁷² SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. cap. 2. p. 66.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, na forma de monografia, cujo título é o sistema acusatório e a possibilidade de produção de provas pelo juiz na fase pré-processual, conforme o art. 156, I, Código de Processo Penal aspectos legais e constitucionais, aborda a evolução histórica dos sistemas processuais penais, os sistemas processuais penais, a Lei nº 11.690/2008, bem como o art. 156, I, CPP/1941, considerando os seus aspectos legais e constitucionais.

Na evolução histórica dos sistemas processuais penais constata-se que no período da Antiguidade à Idade Média, devido ao rudimentar estágio de desenvolvimento humano e cultural, os homens, até por instinto, resolviam os conflitos penais pelo uso da força, ou seja, a pena pela prática de um crime era aplicada pelo mais forte em prejuízo do mais fraco e, ainda que o mais forte praticasse uma conduta em desacordo com a tribo, clã ou sociedade a qual pertencia, poderia até não sofrer qualquer punição, uma vez que sua força física impedia que os outros, mais fracos, o submetessem ao cumprimento de uma sanção.

Desse modo, é inegável que a justiça ou a idéia de justiça presente na consciência das civilizações, tendo em vista que as legislações escritas ainda se encontravam em nascimento, não era corretamente aplicada, o que aos poucos fez nascer entre as tribos e clãs um sentimento de insatisfação com a forma pela qual os conflitos penais eram resolvidos.

A evolução das sociedades, na Grécia e em Roma fez com que aos poucos surgissem garantias no processo penal aos acusados de um crime, pois na Grécia havia a imparcialidade dos juízes no julgamento dos crimes, sendo que eles agiam somente quando solicitada a sua intervenção.

Em Roma, observa-se que, dependendo da era em que se encontravam os acusados, estes possuíam mais ou menos direitos. Na República, havia a possibilidade de quase todos os cidadãos, oferecerem acusação, sendo esta julgada por um tribunal popular, enquadrando-se tal procedimento no sistema processual penal acusatório.

No entanto, o direito de acusação conferido a quase todos em Roma extrapolou os limites do aceitável e, no Império Romano, o Estado Romano avocou para si o poder de promover a acusação e, assim, também exorbitou os limites da imparcial administração da justiça, tendo em vista que os juízes ampliaram os seus poderes, concentrando as funções de acusação e julgamento, aproximando-se do sistema processual penal inquisitivo, dando apoio ao Direito Canônico.

O processo penal no Direito Canônico sofre, com não poderia deixar de ser, fortes influências religiosas, pois os que atentavam contra as leis de Deus eram considerados não só criminosos, mas também inimigos das leis divinas e, desse modo, as penas que lhes eram aplicadas deviam ser necessárias para eliminar todo o mal, humano e o que ultrapassava os limites terrenos.

No Direito Canônico verifica-se que o sistema processual penal adotado é o sistema inquisitivo, no qual o acusado é tratado como um mero objeto do processo, sendo-lhe por vezes aplicadas penas mais severas do que aquelas aplicadas na Antiguidade, não obstante as civilizações terem evoluído, social e culturalmente, e a escrita já contar com um nível de desenvolvimento considerável.

Na Idade Moderna, verifica-se que, com o surgimento das idéias iluministas e humanistas na Europa, o processo penal passa a ser aplicado nas civilizações, quase sempre, com vistas ao respeito dos direitos do acusado, sujeito processual e não mais um simples objeto do processo.

No Brasil, em razão da aplicação da legislação de Portugal em seu território, devido à falta de legislação brasileira, observa-se que, até o ano de 1832, o Brasil aplicava nos procedimentos penais o sistema processual penal inquisitivo.

Com a edição do Código de Processo Criminal do Império, de 1832, o processo penal e, conseqüentemente, o sistema processual penal adotado evolui, passando a ser caracterizado pela adoção do sistema acusatório.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 verifica-se que o processo penal e o modo pelo qual o acusado é tratado no processo criminal são a expressão de uma característica da CRFB/1988, a observância do fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, CRFB//1988.

No que concerne aos sistemas processuais penais, conclui-se que o sistema inquisitivo, marcado primordialmente pela concentração das funções de acusação e julgamento em um só

órgão ou pessoa, pelo sigilo do processo e a ausência do contraditório e ampla defesa por parte do acusado, esteve presente, via de regra, nas civilizações mais antigas, não obstante vigore em poucos países da época atual, uma vez que naquelas ainda não havia um desenvolvimento cultural que permitisse aos acusados questionar por que eram tratados daquele modo durante o processo, fazendo que muitas vezes acreditassem que as penas a eles impostas eram a única forma de salvar a sua alma.

Em relação ao sistema processual penal misto, observa-se que ele surge com os ideais iluministas e humanistas, sobretudo no século XVIII, com a Revolução Francesa, representando tal sistema um avanço na humanização do processo penal.

O sistema acusatório é o sistema ideal das civilizações modernas, das democracias, tendo em vista que a aplicação de uma sanção penal com a observância dos direitos do acusado e dos princípios que primam pelo respeito dos direitos humanos é o fim desejado pelas nações democráticas do mundo atual.

No Brasil, em que pese poucos argumentos em sentido contrário, não restam dúvidas de que o sistema processual penal adotado é o sistema acusatório.

Com efeito, o art. 129, I, CRFB/1988, confere ao Ministério Público a iniciativa privativa para a propositura da ação penal pública e, sendo assim, uma das características principais do sistema acusatório pode ser verificada: a separação das funções de acusação e julgamento.

A preocupação do legislador com a observância dos princípios da ampla defesa e contraditório, da publicidade do processo e da presunção de inocência corroboram a adoção do sistema acusatório pelo Brasil.

Ademais, sendo o sistema do livre convencimento motivado o método de apreciação de provas aplicado no Brasil, observa-se que, somente num Estado em que a preocupação com os direitos humanos e, por consequência, dos direitos do acusado é algo essencial, é o sistema acusatório que vige, pois somente com a motivação das decisões dos magistrados é que os acusados terão, de fato, a publicidade do processo, sabendo por quais motivos foram condenados e, assim, possam exercer o seu direito ao duplo grau de jurisdição, sendo tais características marcantes no sistema acusatório.

Analisando o sistema acusatório, é verificado que a imparcialidade do juiz é uma característica de extrema relevância, já que não pode o acusado ser julgado por quem possui interesse na causa, é suspeito ou está impedido de prosseguir o julgamento, posto que a

parcialidade do juiz é algo que não está, de maneira alguma, em sintonia com o sistema acusatório.

O princípio da verdade real que vige, sem dúvidas, no processo penal, não deve ser utilizado como justificativa para o cometimento de ilegalidades e violações aos direitos dos acusados, uma vez que a verdade real é um mito, é impossível obter a exata reconstrução dos fatos, seja em razão do decurso do tempo, seja em razão dos outros elementos probatórios, tais como a ausência de testemunhas, de realização de perícias, entre outros.

A verdade real, portanto, deve ser entendida como o princípio da verdade processual, da tentativa de reconstrução do passado ou da reconstrução mais próxima possível da realidade, sem descuidar, em nenhum momento, do respeito aos direitos do acusado, como preceitua o sistema acusatório.

No que tange aos produtores de provas na fase pré-processual do sistema acusatório, uma conclusão é certa: não compete ao juiz.

Como no sistema acusatório há a separação das funções de acusação e julgamento, a produção de provas na fase pré-processual deve ficar a cargo do órgão da acusação, que no Brasil é, a regra, o Ministério Público, visando à preservação da imparcialidade do julgador e do direito do acusado de ser julgado por um órgão imparcial, que tem interesse apenas na aplicação da lei ao caso concreto, seja qual for o seu resultado final, a condenação ou a absolvição do acusado. Esse órgão imparcial é o juiz.

Assim, a investigação na fase pré-processual do sistema acusatório brasileiro é realizada, por disposição legal expressa nos arts. 4º e 5º do CPP/1941, pela polícia judiciária, por meio do procedimento administrativo do inquérito policial.

No inquérito policial o Ministério Público atua, com intensa atividade, visto que as provas produzidas nessa fase pré-processual tem por fim a promoção da ação penal pública, caso existam indícios de autoria e prova da materialidade. Entretanto, conclui-se que o Ministério Público deve atuar em parceria com a polícia judiciária, requerendo ao juiz as provas que entender cabíveis, cabendo a este apenas deferir ou indeferir-las, mas nunca usurpar as funções do órgão acusador e ordenar a produção de provas sem que seja solicitada.

No que concerne aos aspectos legais e constitucionais do art. 156, I, CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, há uma controvérsia em relação à sua adequação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A doutrina minoritária defende que o art. 156, I, CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, é constitucional, uma vez que a possibilidade de produção de provas, de ofício, conferida ao juiz na fase pré-processual representa apenas a possibilidade atribuída ao juiz do processo penal moderno, que não deve ficar preso somente ao trabalho desenvolvido pelas partes, tendo em vista que deve pautar seu trabalho pela busca da verdade real, que vige no processo penal.

A doutrina amplamente majoritária sustenta, em síntese, que o art. 156, I, CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, não está em conformidade com a CRFB/1988, uma vez que a principal característica do sistema acusatório, que é o adotado no Brasil, conforme o art. 129, I, CRFB/1988, está sendo infringida: a separação das funções de acusação e julgamento.

A doutrina argumenta que o juiz que colhe, de ofício, a prova na fase pré-processual tem sua imparcialidade comprometida, tendo em vista que será ele quem vai julgar a ação penal eventualmente proposta e, com isso, acumula as funções de acusação e julgamento.

A corrente defensora da inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP/1941, é a que melhor está em harmonia com os princípios constitucionais do processo penal e com o sistema acusatório adotado no Brasil.

Com efeito, no sistema acusatório, no qual o acusado deve ser tratado como sujeito de direitos e não como um mero objeto do processo, entre os seus direitos está o de ser julgado por um órgão imparcial, que visa somente à aplicação da lei penal ao caso concreto, ou seja, ao exercício da jurisdição, seja qual for o resultado final do processo penal, a condenação ou absolvição do acusado.

Ao atribuir a possibilidade do juiz produzir provas, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, o legislador expressou sua intenção de retroceder no tempo, de querer com que vigore no Brasil o sistema inquisitivo.

A produção de provas na fase pré-processual não é atribuição de um juiz do sistema acusatório, que deve se manter imparcial não só durante o processo, mas também na fase pré-processual, sempre objetivando a separação das funções de acusação e julgamento e à sua imparcialidade.

Ressalte-se que, nos países que adotam o sistema processual penal misto, o juiz da instrução não é o mesmo juiz do julgamento, pois há uma presunção absoluta de sua parcialidade. Ora, se no sistema processual penal misto, há a presunção de parcialidade do juiz que atua na

produção de provas na fase da instrução, pré-processual, com muito mais razão no sistema acusatório o legislador deve atuar com vistas à retirada da função da produção de provas na fase pré-processual das mãos do juiz, ainda mais sendo tal produção de ofício, pois isso é o esperado num Estado Democrático de Direito que adota o sistema acusatório como sistema processual penal.

Sendo assim, conclui-se que o legislador, ao modificar a redação do art. 156, I, CPP/1941, por meio da Lei nº 11.690/2008, na intenção de atualizar a legislação processual penal de 1941, não observou o devido cuidado no que diz respeito aos direitos do acusado na fase pré-processual do sistema acusatório, tendo em vista que um juiz que produz provas, de ofício, na fase pré-processual do sistema acusatório, pode ter sua parcialidade seriamente comprometida em relação à ação penal que for proposta, uma vez que se produziu a prova anteriormente é porque tinha interesse naquela prova e, portanto, se tem algum interesse que não seja apenas o do exercício da jurisdição de maneira imparcial, muito provavelmente é o interesse na condenação do acusado.

Se, porventura, o juiz tiver interesse na absolvição do acusado, ou o que é o certo, no imparcial exercício da jurisdição, não precisa agir de ofício na fase pré-processual, uma vez que Na dúvida, pelo réu. Havendo dúvidas no processo em relação à autoria e à materialidade, a solução a ser adotada é a absolvição do acusado, com base no princípio do in dubio pro reo⁷³, tendo o juiz agido de maneira imparcial nesta hipótese.

Portanto, a posição doutrinária que mais está em sintonia com o sistema acusatório adotado pelo Brasil, de acordo com o art. 129, I, CRFB, é a que sustenta a inconstitucionalidade do art. 156, I, CPP/1941, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade Processual Penal**: Limitações à Prova. 1.ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2006. 169p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28/10/2011, 15:18h.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União. Publicado em 31/12/1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em: 28/10/2011, 15:20h.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1.941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Publicado em 13/10/1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm Acesso em: 28/10/2011, 15:19h.

BRASIL. **Lei nº. 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Publicada em 10/09/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm Acesso em: 28/10/2011, 16:10h.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 767p.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. 657p. vol.1.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 397p.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em: http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf Acesso em 27/10/2011, 21:42h.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 679P.vol.1.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada – artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008. 377p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. 822p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 953p.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 190p.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009. 287p.

TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O Novo Sistema de Provas no Processo Penal: Comentários à Lei nº. 11.690/08**. Curitiba: Juruá, 2008. 75p.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A.R.C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. 926p.

TOVO, Paulo Cláudio e TOVO, João Batista Marques Tovo. **Princípios de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. 155p. 75