

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR
CURSO DE DIREITO
ANNA CLARA TEIXEIRA CAMPOS

SISTEMA GARANTISTA ACUSATÓRIO E A (IN)CONVENIÊNCIA PROBATÓRIA *EX OFFÍCIO*

FORMIGA – MG

2018

ANNA CLARA TEIXEIRA CAMPOS

O SISTEMA GARANTISTA ACUSATÓRIO E A (IN)CONVENIÊNCIA PROBATÓRIA *EX OFFÍCIO*

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário de Formiga - UNIFOR, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Ricardo Augusto de Bessas

FORMIGA – MG
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca UNIFOR-MG

C198 Campos, Anna Clara Teixeira.
Sistema Garantista Acusatório e a (in)conveniência probatória ex
offício / Anna Clara Teixeira Campos. – 2018.
40 f.

Orientador: Ricardo Augusto de Bessas.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro
Universitário de Formiga - UNIFOR, Formiga, 2018.

1. Sistemas processuais. 2. Provas. 3. Produção ex officio. I. Título.

CDD 347

Catalogação elaborada na fonte pela bibliotecária
Regina Célia Reis Ribeiro – CRB 6-1362

Anna Clara Teixeira Campos

O SISTEMA GARANTISTA ACUSATÓRIO E A (IN)CONVENIÊNCIA PROBATÓRIA *EX OFFÍCIO*

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário de Formiga - UNIFOR, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Ricardo Augusto de Bessas

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Ricardo Augusto de Bessas

Orientador

Prof.

UNIFOR-MG

Prof.

UNIFOR-MG

Formiga, ____ de _____ de 2018.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, a toda minha família e as pessoas que por toda essa jornada se fizeram presentes em minha vida, pois foi pela força e fé de vocês que venci esta grande etapa.

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrar o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça.
Eduardo Juan Coutare.

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar a função probatória de ofício pelo juiz no âmbito do processo penal confrontando essa atuação com os princípios constitucionais garantistas adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para melhor abordagem do tema, necessário se faz o estudo dos sistemas processuais penais, merecendo ênfase o sistema acusatório. Nesse contexto, será apresentada a atividade probatória no palco judicial do contraditório e da ampla defesa, questionando-se a viabilidade do atuar de ofício pelo juiz e se essa atípica prerrogativa jurisdicional está em consonância com o ordenamento jurídico pátrio em razão do princípio da imparcialidade do julgador. Adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica tendo como fontes conteúdo de natureza normativa, jurisprudencial e doutrinária.

Palavras-chaves: Sistemas processuais. Provas. Produção *ex officio*.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the probative function of the court by the judge in the scope of the criminal process, confronting this action with the constitutional principles guaranteed by the Brazilian legal system. To better approach the subject, it is necessary to study criminal procedural systems, with emphasis on the accusatory system. In this context, the probative activity will be presented at the judicial stage of the adversary and the ample defense, questioning the feasibility of ex officio action by the judge and if this atypical jurisdictional prerogative is in line with the legal order of the country due to the principle of impartiality of the judgmental. Bibliographical research was adopted as a methodology having as its source content of normative, jurisprudential and doctrinal nature.

Keywords: Procedural systems. Evidences. Ex-office production.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	12
2.1 Sistema inquisitivo	13
2.2 Sistema misto	15
2.3 Sistema acusatório	17
3 TEORIA GERAL DA PROVA.....	21
3.1 Conceito de prova	22
3.2 Meios de prova.....	23
3.3 Ônus da prova.....	27
4. ATIVIDADE PROBATÓRIA <i>EX OFFICIO</i>	30
4.1 Princípio da verdade real	33
4.2 Princípio da imparcialidade do juiz.....	34
4.3 No direito comparado.....	35
5 CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal surgiu sob a égide de um sistema inquisitivo em que na figura de uma mesma pessoa se concentrava os poderes de acusar, defender e julgar. Com o passar do tempo, percebeu-se que esse atuar jurisdicional não era o ideal, uma vez que a necessária imparcialidade do julgador se restava comprometida em razão da sua direta participação na acusação ou na defesa do acusado.

Desde então o Direito evoluiu e garantias foram inseridas no Direito Processual Penal, como o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões, a vedação da autoincriminação forçada, a vedação de prova ilícita, e a necessidade de um julgador absolutamente imparcial a fim de que a Justiça não se restasse maculada por interesses pessoais afins ao acusado.

Nesse mesmo sentido caminhou o Direito Processual Penal pátrio. Num primeiro momento tem-se um sistema inquisitivo, marcado pelas ordenações Afonsinas, Manuelinhas e Felipinias. Mas tarde, o Direito Processual Penal pátrio caminhou na via das garantias individuais, tendo seu ápice o advento da Constituição Federal de 1988, apesar do regramento processual penal ter como base um Código de Processo Penal de 1941.

Essa evolução trouxe inovações ao processo penal, que em decorrência implantou um sistema repleto de garantias processuais destinados às partes.

Dessa forma, diante do princípio da imparcialidade do juiz e da busca da verdade real, o objetivo do presente estudo é fazer uma análise acerca da viabilidade jurídica da produção probatória *ex officio* pelo juiz, frente ao sistema processual penal, observando os princípios processuais fundamentais.

Nesse cenário controvertido faz-se o seguinte questionamento: o atual modelo acusatório adotado pelo Direito Processual Penal admite a intervenção jurisdicional de ofício na produção probatória?

Na busca da hipótese adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica com conteúdo doutrinário, normativo e jurisprudencial.

O presente estudo adotou como marco teórico o posicionamento defendido por Renato Brasileiro

Nesse panorama, o presente estudo foi dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro representado pela presente introdução.

O segundo capítulo se desenvolveu pela evolução histórica dos sistemas processuais penais, fazendo uma breve análise das características presentes em cada um deles. Ainda no segundo capítulo, foi avaliada a função do juiz no processo penal, os meios de prova utilizados em cada época e também a evolução processual de cada um deles, a fim de se verificar qual sistema foi o adotado pela legislação brasileira.

O terceiro capítulo abordou brevemente a teoria geral das provas, explicando o conceito de provas e os principais meios probatórios disponibilizados no ordenamento jurídico pátrio. Ainda neste mesmo capítulo, será avaliado o ônus da prova e a quem o mesmo é destinado.

No quarto capítulo analisou-se a atividade probatória *ex officio* pelo juiz, as posições doutrinárias acerca do assunto e as consequências desta atividade para o âmbito do processo penal, tendo como amparo os princípios da imparcialidade do juiz e o da busca da verdade real.

Por final, o quinto capítulo consiste na conclusão, oportunidade em que se expõe os fundamentos jurídicos que norteiam a aceitação ou não desse atípico atuar jurisdicional, substituindo às partes na instrução probatória, e se essa prerrogativa tem viabilidade diante na principiologia constitucional.

Ressalte-se que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, que é complexo e exige do intérprete moderação na sua análise, apenas visa contribuir para um novo pensar acadêmico que quase sempre entra em colisão ao defender um julgador equidistante ou não das partes.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Segundo Mauro Fonseca Andrade (2013), a palavra sistema é fundada da concepção de organização do conhecimento humano de áreas específicas, onde nelas são estudados e investigados determinados assuntos, resultando em grupos sistêmicos de conhecimento. A partir disso, é necessário que haja a divisão desse sistema já organizado, o que resulta a formação de subsistemas.

Como o âmbito jurídico é formado por várias espécies normativas, a organização e reunião de seus princípios e regras de forma individualizada, fará com que o sistema jurídico seja fragmentado em leis e matérias específicas que são relacionadas a determinados pontos do Direito, como exemplo, as leis de Direito Civil, que são direcionadas para assuntos que versam acerca da vida em sociedade.

No entanto, observa-se que o sistema processual penal de cada Estado varia conforme o contexto político-social em que se depara, cujas garantias individuais variam de acordo com a intensidade democrática adotada.

Por essas razões, se desenvolveu ao longo do tempo três modalidades de sistemas processuais penais: inquisitivo, misto e acusatório.

A doutrina tende a definir o sistema processual penal de cada Estado através de características que exaltam ou mitigam as garantias processuais.

Nesse mesmo sentido Aury Lopes Junior:

Os sistemas Processuais inquisitivos e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. Atualmente, o *Law and order* é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade endurecendo o Direito Penal e o processo (LOPES, 2008, p. 55).

Como exemplo, tem-se a Constituição Federal do Brasil de 1988 que optou por seguir os preceitos do sistema acusatório, pelo fato de que nela, existem inúmeras garantias processuais direcionadas a pessoa do acusado como o devido processo legal (art. 5º, LIV)¹, o princípio do juiz natural (art. 5º

1 Art. 5º, CF/88: [...] LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LIII)², a presunção da inocência (art. 5º, LVII)³, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV)⁴.

Como o direito é um ramo amplo, as regras e garantias vão seguir o modelo de processo penal adotado pelo Estado, que sofrem influências da época, principalmente, as de relevância política e social.

Dessa forma, no Brasil, os doutrinadores fazem uma tripartição dos sistemas que regem o processo penal: sistema inquisitivo, sistema acusatório e sistema misto.

2.1 Sistema inquisitivo

O termo inquisitivo refere-se à inquisição, caracterizado como um processo de julgamento adotado na Idade Média pelos tribunais eclesiásticos que cumpriam o papel de investigadores criminais. Esse sistema inquisitivo seguido pelo clero foi instituído pelo Papa Gregório IX⁵ onde julgavam os crimes contra a fé e exterminavam os infratores, que na época eram considerados hereges.

Em relação ao sistema processual inquisitivo Paulo Rangel explica:

Surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares. (RANGEL, 2008, p. 50)

Esse sistema fundamenta-se na questão de que o poder era mantido nas mãos de uma única autoridade, que tinha consigo todas as concepções e aspectos soberanos disponibilizados pelo Estado.

2 Art. 5º, CF/88: [...] LIII: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

3 Art. 5º, CF/88: [...] LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

4 Art. 5º, CF/88: [...] 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.

5 Organizou a Inquisição Pontifícia com o objetivo de reprimir as heresias, com a promulgação da bula "*Licet ad capiendos*" em 20 de abril de 1233, dirigida aos dominicanos, que passaram a liderar o trabalho de investigação, julgamento, condenação e absolvição dos hereges.

Nesta linha de raciocínio, Leonardo Augusto Maurinho (2009) ressalta que esse tipo de sistema processual baseou-se na ideia da defesa social concentrando o poder somente num órgão do Estado, qual seria o juiz.

Ademais, as funções de defesa, acusação e julgamento era feita somente pelo juiz responsável pela causa, o que acabava pondo em risco a imparcialidade. Também não se exigida o convencimento motivado.

No que tange à produção da prova no sistema inquisitivo, Gustavo Henrique Badaró (2003) explica que o próprio acusador, na maioria das vezes, agia de ofício buscando provas agindo como verdadeiro acusador, sempre na busca da condenação, neutralizando a possibilidade da ampla defesa.

Nesse cenário, a confissão se tornava prova máxima carregando *status* de rainha das provas, podendo-se utilizar, naquela época, qualquer mecanismo para conseguir extraí-la do acusado. Também, as delações feitas por cleros e nobres possuíam valor relevante, e por isso eram consideradas provas valiosas.

Aury Lopes Junior (2008) expressa que o fracasso do sistema inquisitivo foi acreditar que todas as funções de julgar, analisar provas, acusar, defender e investigar, podiam ser direcionadas somente a uma única pessoa.

Dessa forma, três importantes características marcaram o sistema inquisitivo: a) concentração de poder nas mãos de uma única pessoa; b) ausência de ampla defesa e do contraditório; c) atividade probatória de ofício pelo juiz, como regra, tendo a confissão valor máximo e absoluto.

Em análise, Aury Lopes Junior (2008) aponta que, o sistema inquisitório muda totalmente a identidade do processo, ou seja, transforma o processo que baseado na igualdade entre o acusado e acusador em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor, que abandona, por consequência, a imparcialidade.

Nota-se que no sistema inquisitivo não existia o contraditório, nem mesmo a estrutura dialética do processo, não dando oportunidade ao acusado de defesa e contradição dos fatos contra ele imputados, deixando de constituir a relação jurídica processual, uma vez que a atividade de provar era concentrada apenas no inquisitivo julgador.

Nesse mesmo sentido asseverou José Laurindo de Souza Netto:

O processo tipo inquisitório puro é a antítese do acusatório. Nele, não há o contraditório, e por isso mesmo, inexistem as regras de

igualdade e liberdade processual. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas (na origem), a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito, nenhuma garantia se confere ao acusado (NETTO, 2003, p. 25).

Ainda nas visões de José Laurindo de Souza Netto (2003), as provas possuíam um valor probatório diferente dos dias atuais. Neste período, nas provas testemunhais e documentais havia uma tarifação que devia ser observada, como exemplo, nos casos de homicídios, a autoria era comprovada pelo número de testemunhas do sexo masculino que presenciaram o crime.

Ressalte-se que o sistema inquisitivo foi perdendo força com a revogação das Ordenações Criminais de Luiz XIV⁶, no ano de 1791 e a formação do Ministério Público Francês criado em 1801, que deu início ao marco do sistema acusatório, embora, infelizmente, ainda haja resquícios de sua presença em regimes estatais totalitários.

2.2 Sistema misto

O sistema inquisitivo foi perdendo forças na época da Revolução Francesa, que devido aos movimentos iluministas, passou a valorizar o indivíduo na sua dignidade, surgindo assim os júris populares, dando início ao sistema processual misto. O primeiro ordenamento jurídico que utilizou esta forma de procedimento foi o Código de Napoleão no ano de 1808.

É possível verificar que o sistema misto é resultado dos mecanismos do modelo acusatório juntamente com o fracassado modelo inquisitivo puro.

Sustenta Benedito Roberto Garcia Pozzer (2001) que os sistemas inquisitivo e acusatório, trabalhados numa oportuna fusão, é o sistema ideal para o Estado, pois faria com que a função punitiva do Estado tivesse maior eficácia, evitando a impunidade por falha probatória e garantindo ao acusado suposta igualdade de condições processuais.

⁶ Luís XIV, apelidado de "o Grande" e "Rei Sol", foi o Rei da França e Navarra de 1643 até à sua morte. Seu reinado de 72 anos é um dos mais longos na história europeia. Foi um dos líderes da crescente centralização de poder na era do absolutismo europeu.

Por outro lado, debate doutrinário em relação ao sistema processual penal aplicado à legislação brasileira persiste, resultando na divisão de correntes, onde cada uma apoia ideias e argumentos distintos.

Em primeiro plano, a corrente minoritária aponta que embora a Constituição de 1988 tenha se adaptado a certas normas do sistema processual acusatório, o Direito pátrio trouxe consigo detritos do sistema processual inquisitivo nas leis infraconstitucionais, tendo como exemplo, a possibilidade de produção de provas *ex officio* pelo juiz.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2015), destaca que somente o fato de existir inquérito policial na fase pré-processual, já estaria se configurando no sistema processual misto. Apontamentos que para corrente majoritária não se mostram suficientes, uma vez que o processo deve ser examinado somente após iniciada a ação penal com o recebimento da inicial.

Por outro lado, nos ditames da corrente majoritária, defendida por Aury Lopes Junior e Eugênio Pacelli, o sistema processual pátrio é o acusatório.

O sistema processual misto, comparado com o sistema processual francês, propôs uma intermediação entre o sistema inquisitivo e o acusatório, acatando a eficiência inquisitiva da fase de investigação dos delitos e utilizando a defesa dos direitos humanos que é relacionada ao sistema processual acusatório. Fato este, que são resultantes da ideia de sistema bifásico.

Contudo, Hélio Tornaghi (1967) cita que o modelo de sistema misto é considerado como bifásico por apresentar características do sistema inquisitivo na medida em que nele possui uma fase pré-processual sigilosa e, e por apresentar, características do sistema acusatório, no que se refere à publicidade e a presença do contraditório e da ampla defesa.

Nos dizeres de Noberto Avena, o sistema processual misto:

Abrange duas fases processuais distintas: uma inquisitiva, destituída de contraditório, publicidade e defesa, na qual é realizada uma investigação preliminar e uma instrução preparatória; outra posterior a essa, correspondente ao momento em que se realizará o julgamento, assegurando-se ao acusado, nesta segunda fase, todas as garantias do processo acusatório. (AVENA, 2009, p.9).

Diante dessa discussão doutrinária, nota-se que a direção de uma corrente para outra, tem como fundamento tanto a Constituição Federal de

1988, como as leis infraconstitucionais, para concluir qual sistema processual é utilizado no Brasil.

Em meio às razões que contribuem para este problema consistente no sistema misto, tem-se o fato de que o Código de Processo Penal vigente foi promulgado no ano de 1941, época totalmente diversa do que é vivido nos dias de hoje. Em relação a esse fato, Gilson Bonato destaca:

[...] há que se assinalar que toda a legislação processual penal brasileira ainda em vigor foi fruto da influência dos regimes fascista e nazista, tendo o Código de Processo Penal, datado de 1941, forte influência do Código Italiano, lembrando que foi concebido na era getulista. As legislações posteriores não passaram de emendas ao Código [...]. Entretanto, a Constituição de 1988 trouxe consigo um novo quadro para o direito processual penal, evidenciando a adoção de um modelo acusatório (BONATO, 2003, p. 101).

Embora lei infraconstitucional regulamente as normas processuais penais, estas não podem seguir em confronto com as leis constitucionais, que seguem um modelo democrático, enraizado no sistema acusatório, restando somente realizar uma filtragem constitucional dos dispositivos do Código de Processo Penal pátrio, a fim de excluir resquícios do sistema inquisitivo da fase judicial, embora admitida sua atuação na fase criminal investigatória.

2.3 Sistema acusatório

Ensina Aury Lopes Junior (2008), que o sistema acusatório possui duas fases na história. A primeira fase é construída na democracia antiga que vigorava na Roma e Grécia, e se caracterizava como forma de direção do processo condenatório e absolutório. Já a segunda fase é gerada na era medieval, por volta do século XVII, onde o sistema acusatório se renova e passa a ter novos conceitos.

Outro fato gerador do sistema processual em questão foi a Revolução Francesa, que ocorreu no ano de 1789, sob o escudo do Iluminismo, que conforme suas teorias, idealizações e valorização da humanidade, fez com que houvesse a renúncia do sistema inquisitivo e retomando, lentamente, o sistema garantista que inaugurava a divisão das funções de julgar, defender e acusar.

Marcellus Polastri Lima (2009) apoia a existência de um modelo acusatório puro, pois na antiguidade o sistema de acusação era exercido pelo

povo, repelindo a denúncia anônima, prestigiando o contraditório e a ampla defesa, não permitindo a produção de provas por meios ilícitos e a punindo com rigor situação de denúncia.

Neste período, o procedimento baseado no sistema acusatório dava início com a denúncia popular feita junto à autoridade policial, que em seguida fazia o controle da admissibilidade da acusação, regida por certos requisitos. Caso o fato fosse admissível, a autoridade marcava data para a primeira audiência e dava publicidade aos fatos, dando a possibilidade de qualquer cidadão afirmar a ocorrência do crime, como também defender o acusado.

A autonomia das funções de defesa, acusação e julgamento fragmentado em pessoas distintas foi o ponto principal desse sistema.

Aury Lopes Junior destaca as características de um sistema acusatório puro:

a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividade a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar (LOPES, 2008, p. 57)

No sistema processual acusatório, a função de julgar é de responsabilidade do Estado, representado pelo juiz, que deverá agir com neutralidade e imparcialidade, abstendo de poderes investigatórios, função esta destinada para a defesa e acusação. Isto porque a imparcialidade passa a ser característica necessária e exigível a fim de buscar a isonomia processual.

Gilberto Thums (2006, p. 251), adverte que “a separação absoluta entre acusador e julgador é o principal elemento constitutivo do modelo teórico acusatório, devendo ser considerado o pressuposto estrutural e lógico do sistema”.

Diante deste compasso, é possível perceber que o magistrado não possui nenhuma conexão com os argumentos processuais e nem com as provas produzidas e levadas em juízo, podendo assim realizar uma análise objetiva em relação às provas, como também não lhe é permitido realizar o

juízo antecipado da lide, sem antes conceder às partes processuais a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

A fim de evitar que erros processuais existam, o Estado criou um órgão acusador, que detém autonomia e independência em relação aos demais órgãos estatais, designado atualmente como Ministério Público, que após a Constituição da República de 1988, foi dotado da função privativa de promover a ação penal pública e de fiscalizar o cumprimento da lei.

O Ministério Público dá ênfase ao sistema acusatório brasileiro porque permite o distanciamento entre a função de julgar e acusar.

Na visão de Alexandre de Moraes:

A Constituição atual situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência e ampliando-lhe as funções, sempre em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade (MORAES, 2003, p. 493)

O advogado também é peça chave do sistema processual acusatório, tendo também, o papel de administrar a aplicação da justiça, conforme art. 133 da CF/88 que dispõe: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Seguindo esta sistemática a súmula n. 523 do STF expressa que a ausência do advogado gera nulidade de todos os atos processuais praticados em juízo.

O modelo acusatório observa a função defensora como imprescindível para que o processo penal seja realizado corretamente conforme a lei, observando garantias processuais do acusado, a paridade de armas processuais e um julgamento realizado por um terceiro imparcial e desinteressado com o resultado.

Geraldo Prado (2001) dispõe que a oralidade consiste na predominância da palavra falada, a imparcialidade da relação do juiz com as partes e com os meios de prova, a identidade física do órgão judicial em todo transcorrer do processo, a concentração da causa no tempo. Já a publicidade de acordo com José Guarnieri (1952), faz com o processo se torne público e acessível tanto para as partes, como também à população, pois a apuração do crime interessa toda sociedade.

A legislação penal brasileira, juntamente com a Constituição da República de 1988, adotou o sistema processual acusatório, disponibilizando inúmeras garantias e direitos fundamentais, como a ampla defesa e o contraditório, expressos no artigo 5º, LV, da CF/88⁷, com o objetivo de retirar todas as marcas do sistema inquisitivo que tanto prejudicaram o processo por violar direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Embora o Código de Processo Penal de 1941 tenha acolhido o sistema acusatório como molde normativo, estabelecendo o contraditório e separando as funções processuais, é possível perceber a presença de resquícios do sistema inquisitivo, na medida em que manteve o inquérito policial como instrumento investigativo mitigador das garantias do contraditório, da ampla defesa e do contraditório, concentrando no delegado de polícia atribuições que limitam o exercício das atividades típicas do sistema acusatório.

7 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”.

3 TEORIA GERAL DA PROVA

A teoria geral da prova requer o estudo de um longo processo histórico dos sistemas processuais penais de sua avaliação, bem como a origem das primeiras provas colhidas com violação das garantias individuais e processuais.

Inicialmente, de acordo com Maércio Falcão Duarte (2008), com o passar dos anos, o homem primitivo foi se adequando as evoluções do processo penal, aprendendo a conviver a cada dia mais com o chamado *societates criminis*, onde o Direito Penal possui o objetivo maior de proteger a coletividade e promover uma sociedade mais pacífica.

Nos séculos passados, esta espécie de proteção penal não existia, uma vez que, a sociedade nestes tempos, era envolvida e regulada por convicções religiosas, fenômenos naturais, autotutela e forças divinas.

Apesar de estas civilizações crerem em diversificadas fontes normativas, a noção de prova foi sendo construída aos poucos. No período ancestral, a prova predominante era conhecida como mística.

Um dos meios de provas mais utilizados por essas sociedades antigas eram as ordálias, onde o acusado se submetia a práticas de atos violentos e dolorosos, que se após tais atos não houvesse nenhum tipo de ferimento ou se os mesmos fossem cicatrizados rapidamente, o sujeito era considerado inocente com o fundamento de que Deus o teria protegido.

Este meio probatório foi extinto e substituído no final da Idade Média pela confissão mediante tortura.

Conforme Ricardo Melchior de Barros Rangel (2000), os primeiros indícios da prática de torturas para obtenção de provas foram encontrados em Atenas, onde no processo penal grego, os acusados eram obrigados a buscar provas a favor de sua defesa. Para os gregos, a tortura era considerada o meio mais seguro de obtenção de provas, que também se aplicava às testemunhas que se recusavam a depor, bem como aos suspeitos de classes inferiores.

Logo após, de acordo com Guilherme de Sousa Nucci (2015), a população hebraica passou a utilizar o interrogatório como meio de obtenção de provas e de defesa ao acusado, acreditando que a confissão da culpa pelo réu era contrária às normas processuais, tendo a prova testemunhal mais valor perante a confissão.

Com a evolução do Estado, a estruturação social, administrativa e jurídica se desenvolveu. Dessa forma, ao longo do tempo se criou mecanismos para comprovar a autoria de crimes e punir os infratores.

3.1 Conceito de prova

Para Fernando Capez (2012) a prova é originada do termo latim *probatio*, o qual por sua vez é derivado do verbo *probare*, que possui o significado de demonstrar, levar em juízo, reconhecer todo e qualquer elemento que possa levar ao conhecimento de um fato ou de alguém.

Nesse mesmo sentido, Júlio Fabbrini Mirabete (2007) relata que se pode dizer que a prova é a fusão das causas geradoras da certeza, compreendendo em seus objetivos, conceituações e aspectos.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, é correto afirmar que a constituição da prova é reconhecer os fatos, coisas e circunstâncias úteis e relevantes, capazes de interferir na convicção do julgador acerca do ocorrido, ou seja, é a pretensão da acusação e a defesa do acusado.

Ressalta-se que o conceito de prova não deve ser limitado pelo convencimento do juiz, pois elas também são elementos processuais pertencentes às partes litigantes, que devem se fazer delas para que seu pedido seja dado como procedente. Para isso, as partes devem utilizar todos os meios de provas possíveis e legais previsto no ordenamento jurídico.

Outro aspecto relevante que necessita ser abordado é a distinção de provas e elementos informativos estabelecida no Código de Processo Penal pátrio, ora prevista no artigo 155, *caput*:

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.

Dessa forma, a prova só pode ser utilizada para auxiliar na convicção do juiz, elaborada no curso da ação penal, sob a presença das partes, do contraditório e da ampla defesa. Por outro lado, os elementos de informação, embora necessários, são aqueles concebidos na fase investigatória, ficando ausentes as garantias processuais, bem como a ausência das partes.

Nesse sentido, o juiz pode formar sua convicção por meio de provas antecipadas, cautelares e não repetíveis, mesmo que estas tenham sido colhidas durante a fase investigatória.

Provas antecipadas, conforme discorre Renato Brasileiro (2014), são aquelas produzidas antes de iniciada a fase processual em razão de urgência e importância, com observância do contraditório conduzido por um órgão jurisdicional.

Ainda nos ensinamentos de Renato Brasileiro (2014), as provas cautelares, em regra, dependem de autorização judicial e são produzidas quando há risco de perda da prova em razão do transcurso de tempo ou interferência indevida do homem, podendo ser colhidas tanto na fase investigatória, quanto na fase judicial.

Em se tratando das provas não repetíveis, Renato Brasileiro (2014) também aponta que em regra não depende de autorização judicial, compreendendo em provas que uma vez produzidas jamais poderão ser colhidas novamente, pois elas se perdem na primeira vez que for utilizada.

Em suma, pode-se afirmar que a prova é o instrumento mais importante do processo, podendo ser considerada como o alicerce que assegura toda a prestação jurisdicional.

3.2 Meios de prova

Primeiramente, Fernando Capez (2012, p.394) descreve meio de prova sendo “tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”.

A jurisprudência e a doutrina concordam de maneira unânime que o rol de provas elencado no Código de Processo Penal é meramente exemplificativo, sendo possível a produção de qualquer outro meio de prova, desde que não seja ilícita.

Desta forma, ensina Júlio Fabbrini Mirabete:

Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou

social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. (MIRABETE, 2006, p. 252)

Nessa mesma perspectiva, Vicente Greco Filho (2012) ressalta que outros meios de provas são admitidos, desde que tais não desobedeçam aos moldes do processo moderno e respeitem os valores da racionalidade e da pessoa humana.

Porém, embora possam ser utilizados vários meios probatórios, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, uma vez que a própria redação do CPP em seu artigo 155 estabelece que, quanto ao estado das pessoas, serão impostas restrições as provas situadas pela legislação cível.

Dessa forma, a partir desta linha conceitual, serão analisados alguns meios de prova pertinentes ao processo penal.

O primeiro meio de prova a ser discutido é o exame de corpo de delito, que se caracteriza como um conjunto material de vestígios deixados pela infração penal. Este exame é realizado por uma pessoa que possui capacidade técnica e tem como objetivo comprovar a materialidade do crime.

Importante salientar que em alguns casos o exame de corpo de delito se torna impossível de ser realizado, pois certos vestígios se perdem com o passar do tempo ou não são possíveis de serem obtidos. Assim, quando se trata de tal indispensabilidade do exame, a prova testemunhal pode supri-lo.

Outro meio de prova previsto no processo penal é o interrogatório judicial, que pode ser conceituado como o ato processual em que o juiz ouve a narração fática do acusado a respeito de sua pessoa e também sobre a imputação que a ele foi feita.

Vicente de Grego Filho (2014) aponta que o interrogatório judicial do acusado deve ser sempre realizado, salvo nos casos em que este preferir ficar inerte, sob pena de nulidade.

No tocante a natureza jurídica desta atividade probatória, a legislação brasileira considera o interrogatório judicial como meio de defesa do acusado, afirmando ser o momento ideal para que apresente ao magistrado sua versão dos fatos (autodefesa).

Importante informar que no caso de interrogatório de acusado surdo, mudo ou surdo-mudo que consegue se comunicar, o interrogatório deve

prosseguir com os meios de comunicação necessários para melhor atender as necessidades do acusado como, por exemplo, a presença de intérpretes.

Por outro lado, em relação ao meio de prova testemunhal Fernando Capez (2012) descreve que em sentido lato, qualquer prova pode ser tratada como testemunha, devido ao objetivo único das provas de mostrar a veracidade dos fatos. Já em sentido estrito, é qualquer pessoa equidistante das partes, que possui conhecimento do fato criminoso capaz de depor em juízo.

Ademais, a prova testemunhal possui as características de judicialidade (pessoa que presta seu depoimento perante o juiz), oralidade (acontecimentos narrados pela testemunha), objetividade (a testemunha deve ser objetiva quanto aos fatos, sem mencionar opinião particular) e individualidade (as testemunhas devem ser ouvidas separadamente umas das outras).

De acordo com a legislação pátria, qualquer pessoa pode ser testemunha, como forma de contribuição com a administração da justiça no intuito de demonstrar a veracidade do caso, exceto as pessoas que estão descritas no art. 202 do CPP⁸, ficando impedidas ou facultadas a testemunhar.

Outro meio de prova abordado é o reconhecimento de pessoas e coisas, pelo qual alguém reconhece uma coisa ou pessoa que já tinha conhecimento, em ato processual realizado perante a autoridade judiciária.

No procedimento de reconhecimento, a pessoa será colocada frente a coisa ou a pessoa que deve ser reconhecida e sempre que possível, estas provas serão expostas acompanhadas de outras semelhantes. Em seguida a pessoa deve apontar o elemento de sua impressão.

Os atos do reconhecimento serão lavrados e circunstanciados, que deve ser assinado pela pessoa e mais duas testemunhas.

No que diz respeito à acareação como meio de prova, Júlio Fabbrini Mirabete (2006) descreve que consiste em colocar frente a frente, pessoas que cujas alegações se contradizem, podendo estas ser acusados, testemunhas ou ofendidos.

O art. 229 do Código de Processo Penal abaixo descrito especifica quais pessoas podem se submeter ao procedimento de acareação:

⁸ Art. 202 do CPP: "Toda pessoa poderá ser testemunha"

A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Para realizar a acareação é necessário que as pessoas acareadas tenham prestado esclarecimentos em juízo a respeito dos mesmos fatos e haver contradição nos depoimentos prestados por elas que realmente seja importante para o andamento do processo.

A prova documental também está prevista como meio de prova no processo penal e umas das mais utilizados durante o curso processual. Da mesma maneira, o art. 232 do CPP conceitua documento da seguinte forma: “Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original”.

Conforme redação do ar. 231 do Código de Processo Penal, salvo expressa previsão legal, os documentos poderão ser apresentados pelas partes em qualquer fase processual, desde que não haja indeferimento do magistrado, quando se tratar de documento tumultuário ou protelatório.

Outro meio probatório é a interceptação telefônica, que está disciplinada na Lei n. 9.296 de julho de 1996, regulamentando o artigo 5º, XII da Constituição Federal que assim dispõe:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Levando em consideração o conceito determinado pela Lei 9.629 de 24 de julho de 1996, interceptação telefônica é o ato de captar a ligação telefônica alheia a fim de obter o conteúdo da comunicação, sem o consentimento dos interlocutores.

Frise-se que a abordagem nesse tópico foi genérica e teve como finalidade demonstrar os mais variados meios de provas admitidos pelo ordenamento jurídico pátrio processual penal a fim de contribuir com a discussão que segue.

3.3 Ônus da prova

A prova é um direito constitucional que sobrevém do princípio do devido processo legal, que por sua vez se encontra disposto no art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988.

O termo ônus sobrevém da palavra latina *onus* e significa fardo ou carga. Para Fernando Capez (2012, p. 268) “o ônus da prova é, pois, o encargo que tem os litigantes de provar, pelos meios amissíveis, a verdade dos fatos”.

Desse modo, correto se faz sustentar a ideia de que a parte processual que oferece as alegações deve possuir capacidade de prová-las.

A disciplina jurídica do ônus da prova é considerada pela doutrina majoritária como sendo um problema processual, no instante de quem irá provar as alegações discutidas na ação penal e quais serão as consequências caso a parte não utilize corretamente ou de forma insuficiente o ônus *probandi*.

Desta forma Renato Brasileiro de Lima destaca que:

Transportando-se o conceito de ônus para o âmbito da prova, pode-se dizer que ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito (LIMA, 2014, p. 569)

De acordo com Fernando Capez (2012), o ônus da prova não pode ser considerado como uma obrigação processual, devendo ser conceituada como um posicionamento jurídico mais favorável direcionado a parte que a detém, sendo assim, considerada como um atributo facultativo.

Aury Lopes Junior (2008) aborda que não cabe ao réu provar as alegações feitas pelo autor da ação penal, inclusive, os eventos que lhe favorecem como a inexistência de dolo e causas extintivas de punibilidade, uma vez que no processo penal não há possibilidade de inversão do ônus da prova, de maneira que a parte autora se abstenha de provar as acusações, transferindo toda a obrigação para o réu que, no entanto, fica responsável por provar sua inocência.

Diante disso é possível perceber a presença do princípio da presunção de inocência, vez que na ação penal pública a parte acusatória tem o dever de provar o alegado, o que caracteriza a inafastabilidade do sistema processual penal acusatório, de acordo com as disposições do artigo 156 do CPP. Mas, isso não quer dizer que somente o a acusação possui o dever de provar todos os elementos presentes no caso em discussão.

Renato Brasileiro de Lima aborda a questão da seguinte forma:

Se o ônus da prova da acusação recai sobre o fato típico, autoria ou participação, nexos causal e elemento subjetivo, incumbindo à defesa a prova acerca da presença de uma causa excludente da ilicitude, da culpabilidade ou de uma causa extintiva da punibilidade, questiona-se acerca do grau de convencimento que acusação e defesa devem produzir na convicção do magistrado (LIMA, 2014, p. 573).

Contudo, é ônus do acusado demonstrar provas de excludentes de ilicitude, culpabilidade e punibilidade. A defesa não precisa produzir provas plenas de suas alegações, bastando trazer para o juiz um estado de dúvida quanto às afirmações da acusação, tendo como objetivo sua absolvição.

Quanto a isso, pode-se dizer que é mera incoerência transferir o ônus da prova para o acusado, visto que a condição de inocência do réu é presumida, devendo estar presente em todo o sistema probatório, sob o amparo do princípio processual penal do *in dubio pro reo*⁹.

Embora este posicionamento seja minoritário no âmbito da doutrina, Guilherme de Souza Nucci apoia que:

Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. Por isso, caso o réu assuma a autoria do fato típico, mas invoque a ocorrência de excludente de ilicitude ou culpabilidade, permanece o ônus probatório da acusação em demonstrar ao magistrado a fragilidade da excludente e, portanto, a consistência da prática do crime. (NUCCI, 2015, p. 264)

Como se vê, o ônus da prova no que diz respeito à autoria, a tipicidade e a materialidade dos fatos é encargo da acusação, podendo, a defesa ficar inerte no processo se assim desejar. Entretanto, caso a defesa alegue questões de seu interesse, como causa extintiva de punibilidade (morte do

⁹ “Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo” (LIMA, 2014, p. 51).

acusado, por exemplo) ou excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, caberá ao acusado fazer prova da situação alegada.

Dessa forma, pode-se concluir que o ônus da prova cabe a quem alega.

Neste cenário surge a questão problema: verifica-se que ônus da prova está bem distribuído entre acusação e defesa, ou seja, caberá a parte interessada comprovar os fatos por ela alegados, ficando o juiz equidistante. Todavia, poderá o juiz substituir às partes e determinar a produção de prova de ofício?

O tema é intrigante e merecerá a devida abordagem no capítulo que segue.

4. ATIVIDADE PROBATÓRIA *EX OFFICIO*

O conceito de verdade é unívoco e os limites de seu alcance às vezes ultrapassam das partes processuais e se direciona a figura do julgador.

Conforme já demonstrado, a redação do artigo 156 do CPP faz com que seja necessário o estudo da atividade probatória de ofício em dois momentos, quais são: a atividade *ex officio* pela figura do magistrado antes de iniciada a ação penal e no curso do processo.

Nota-se que a antiga redação do referido artigo previa somente a possibilidade do magistrado agir de ofício depois de já iniciado o processo penal. A permissão da atividade probatória *ex officio* pelo juiz na fase investigatória foi incluída pela Lei 11.690/08¹⁰, determinando que a produção antecipada de provas, poderia acontecer desde que tivessem caráter urgente e relevante, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme já salientado no capítulo 2, adotou-se o sistema processual acusatório, que em consequência houve a separação das funções de defesa, acusação e julgamento, onde o processo também passou a observar com rigor as garantias processuais das partes, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima esclarece:

Esse sistema de divisão de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: visa impedir a concentração de poder, evitando que seu uso se degenere em abuso. Com essa separação de funções, aliada à oralidade e publicidade, características históricas do sistema acusatório, e com partes em igualdade de condições, objetiva-se a preservação da imparcialidade do magistrado, afastando-o da fase investigatória, a qual deve ter como protagonistas tão somente a autoridade policial e o Ministério Público (LIMA, 2014, p. 576/577).

Não é correto dizer que o juiz está impedido de agir na fase investigatória, pois esta atuação só acontece mediante provocação das partes, todavia, o que não pode ser permitido é a atuação de ofício na fase de investigação, pelo simples fato de que o magistrado poderá se envolver psicologicamente com a causa colocando em risco a necessária imparcialidade processual.

10 Alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.

Sobre a imparcialidade, Aury Lopes Junior (2008) aduz que decorre de uma atitude de atuação e não se caracteriza como uma qualidade pessoal do juiz, mas sim do sistema acusatório. Devido a isto, o julgador deve se manter distante da atividade probatória, pois quando age de ofício está colocando em prática certos requisitos determinantes do sistema inquisitivo.

A discussão da constitucionalidade da atuação de ofício do juiz na fase investigatória é atual e muito presente. Com o advento da Lei 9.034/95 (antiga Lei das Organizações Criminosas) seu artigo 3º previa em alguns casos de quebra de sigilo de dados, onde a diligência seria feita pessoalmente pelo juiz, mantendo um rigoroso segredo de justiça.

Percebe-se que o dispositivo mencionado conferia ao magistrado atuar de ofício sem o auxílio da polícia judiciária e do Ministério Público, o que gerou a imagem do juiz inquisidor.

A respeito do texto normativo do citado artigo 3º, o STF foi instado a analisá-lo, concluindo sobre a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, uma vez que este violava o princípio da imparcialidade e do devido processo legal.

Neste mesmo sentido, Aury Lopes Junior assevera:

Ao atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – opera-se o *primato dell'ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoidi*. Isso significa que mentalmente (e mesmo inconscientemente) o juiz opera a partir do primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque, como ele pode ir atrás da prova (e vai), decide primeiro (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos. (LOPES, 2008, p. 291)

Ressalte-se que a doutrina e a jurisprudência admitem que no curso do processo penal, o juiz determine a produção de provas a fim de dirimir dúvida em relação aos fatos, seja em busca da verdade real ou por razão do princípio do livre convencimento motivado¹¹.

Quanto a isso, grande parte da doutrina de processo penal, por exemplo, Paulo Rangel (2008), afirma que a dúvida quanto a condenação do acusado é motivo suficiente para absolvê-lo, em virtude do princípio do *in dubio pro réu*,

11 Art. 155 do CPP - 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.

devendo o magistrado prolatar sua decisão somente em relação às provas demonstradas durante o processo.

Essa atuação deve observar as garantias processuais como o contraditório e a ampla defesa, devendo o juiz praticar a instrução probatória somente em favor do acusado, vez que é considerado a parte mais “fraca” da lide processual, frente às prerrogativas inerentes ao Ministério Público.

Ademais, sabe-se que o Ministério Público é quem detém o ônus substancial da prova, vez que cabe a ele demonstrar todos os elementos de fato a fim de ratificar a pretensão punitiva, cabendo ao réu à função de impugnar e negar ou justificar os fatos contra ele imputados.

Ainda nessa linha de raciocínio Aury Lopes Junior (2008), aborda que esta iniciativa probatória do juiz é classificada como neoinquirição, vez que as permissões normativas desta atividade *ex officio* pelo sistema acusatório, caracterizam um sistema inquisitivo reformado e atual.

Apesar de o magistrado ter a permissão da iniciativa probatória, o mesmo deve assegurar que as partes tenham o direito de contraprovar o novo dado produzido no processo. Além disso, ele também deve garantir que as partes possam gozar do direito a prova, ou caso não seja possível, garantir que elas se manifestem acerca das provas demonstradas na ação.

No mesmo sentido, Gustavo Henrique Badaró afirma:

Os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Por outro lado, se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova. Juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial. E equivocado confundir neutralidade ou passividade com imparcialidade. Um juiz ativo não é pardal, mas apenas um juiz atento aos fins sociais do processo, e que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível. (BADARÓ, 2002, p.122)

Não é correto dizer que a atuação de ofício do juiz no exercício da atividade probatória, contraria as normas do sistema acusatório brasileiro, pois, por mais que a ausência de um juiz inquisidor é característica fundamental do sistema processual em questão, a iniciativa probatória do julgador na fase processual não o torna elemento do sistema processual inquisitivo.

Além do artigo 156 do CPP, existem outros dispositivos legais que espelham a atividade probatória *ex officio* pelo juiz, por exemplo, o artigo 212 do respectivo código que autoriza:

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

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

Mesmo que haja dispositivos prevendo a ação *ex officio* do julgador, esta atuação deve ser mitigada e realizada com a máxima cautela, vez que este poder pode ser usado para prejudicar o acusado no processo, que por vez é considerado a parte mais vulnerável na litigância penal frente ao aparato institucional que dispõe o Ministério Público para promover a acusação.

4.1 Princípio da verdade real

Entende-se que no processo penal vigorava o princípio da verdade material, conhecido também como princípio da verdade substancial ou real. Este por sua vez, era aplicado de maneira incorreta e abusiva por parte do Estado, que tinha o intuito de obtenção da verdade material a qualquer preço, usada como justificativa para a prática de excessos e violações de garantias fundamentais.

Em relação a esse princípio, Tourinho Filho esclarece:

Na verdade, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, que realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça. (FILHO, 2002, p. 44)

Renato Brasileiro de Lima (2014) ressalta que atualmente essa dicotomia entre a verdade material e formal (aquela que é apresentada nos autos) não mais existe.

Diante do exposto, necessário frisar que no campo do processo penal é impossível alcançar a verdade absoluta pelas provas, havendo no máximo

uma aproximação da certeza dos fatos. Portanto, é preciso ir à busca da melhor exatidão possível quanto ao caso concreto.

Dessa forma, o melhor entendimento é que no processo penal brasileiro não se visa à verdade formal ou material, mais sim a verdade que se consegue alcançar observando direitos e garantias processuais.

4.2 Princípio da imparcialidade do juiz

Conforme Gomes Filho (2001) a imparcialidade é característica inerente ao juiz e garantia das partes, que proíbe o exercício arbitrário das próprias razões e obriga que o magistrado seja equidistante das partes do processo, para que o julgamento da lide seja justo, isento e imparcial.

A base do princípio da imparcialidade esta enraizada no texto constitucional, que dispõe a igualdade entre todos. Essa igualdade garante que as partes tenham igual tratamento sem que qualquer uma delas seja favorecida pelo julgador.

Em concordância, Luigi Ferrajoli (2002) esclarece que se a legitimação do juízo se baseia na verdade fática, cuja sentença depende de interpretação das leis, é obvio que haja independência do juiz quanto a sua imparcialidade, garantindo assim a igualdade processual.

O sistema acusatório adotado pelo sistema constitucional brasileiro tem ampla afinidade com a imparcialidade do julgador, vez que as normas constitucionais visam retirar o juiz da persecução penal, dando ao Ministério Público exclusividade na ação penal pública, o que resulta na divisão das funções dos sujeitos processuais.

Contudo, para que a imparcialidade do julgador esteja presente, é preciso que o mesmo esteja distante de influências e coações externas. Caso algum fato tenha afetado sua imparcialidade e esta tenha sido percebida por uma das partes do processo, a esta cabe arguir suspeição ou impedimento, que se confirmados ensejará o afastamento da pessoa física do julgador, ficando o julgamento a cargo de seu substituto legal.

4.3 No direito comparado

A legislação portuguesa de nº 43, de 26 de setembro de 1986, conhecida como Lei de Autorização Legislativa em Matéria de Processo Penal, autorizou o governo português a aprovar um novo projeto de Código de Processo Penal, que na ocasião previa o chamado princípio da investigação judicial, onde o magistrado detinha a atividade instrutória durante a investigação criminal.

A respeito da previsão legal do princípio citado, René Ariel expressa:

O princípio da investigação judicial, recomendado pela Lei autorizativa, foi efetivamente consagrado no Capítulo III – Da produção da Prova – artigo 340º (Princípios gerais) do Código de Processo Penal Português, com as seguintes características: O Tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessária à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. Se o tribunal considerar necessário a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da *acta*. (SOUZA, 2007)

Embora a legislação acima mencionada tenha adotado como sistema processual penal, o acusatório, nada impede que o juiz tenha poderes probatórios na fase de investigação, fato este previsto pelo princípio da investigação judicial, que também pode ser chamado de princípio da verdade material.

Essa possibilidade prevista no ordenamento jurídico português, nada mais é do que o sistema acusatório com a previsão da atividade probatória *ex officio* pelo juiz, frente a um princípio constitucional.

Conforme Artur César de Souza (GONÇALVES, 2002 *apud* SOUZA, 2007), pelo fato da previsão legal do princípio em questão, o dever de investigar e esclarecer os fatos se direciona ao órgão jurisdicional, retirando do poder das partes (acusado e acusação) qualquer atividade instrutória.

No que tange as formalidades do processo penal alemão, o juiz possui a obrigação de buscar a verdade material, podendo se desfazer de atuações probatórias realizadas pelas partes, para formar sua convicção acerca dos fatos que foram levados em juízo.

Consoante à comparação de direitos, o processo penal francês também prevê o poder instrutório ao juiz, elencado no artigo 729 do Código de Processo

Penal Francês, o qual possibilita a produção de provas de ofício pelo juiz de forma suplementar.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal espanhol reitera que o processo penal deve sempre agir em prol da busca da verdade material, fato que justifica o exercício da atividade probatória *ex officio* pelo juiz.

Com base na análise do direito comparado, já na Europa desde os séculos XIX, adota-se a instrução probatória de ofício pelo magistrado, como uma finalidade processual, bem como uma tradição legislativa.

Por outro lado, a maioria dos doutrinadores brasileiros, analisando todas as espécies e formas de aplicação da atividade probatória *ex officio* pelo juiz, concretiza que o correto seria seguir os moldes normativos postulados pelo sistema anglo-saxão, o qual aponta que é impossível de alcançar a verdade absoluta dos fatos, devendo o juiz se satisfazer com as provas produzidas em juízo pela defesa e a acusação.

Deste modo, Luigi Ferrajoli explica que existem outros fatores que influenciam na impossibilidade da busca da verdade absoluta, quais são:

[...] por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos. (FERRAJOLI, 2002, p. 46)

Com o objetivo de assegurar direitos fundamentais e processuais, a política *common law* adota o sistema acusatório esboçado nos países anglo-saxão, conforme dito acima.

Conforme explica Artur Cezar de Souza (2007), no continente Europeu, as determinações do modelo anglo-saxão também são aplicadas, desconsiderando a busca da verdade real como fundamento do processo penal, mas embora tenha optado por este molde processual, possui a previsão legal, no artigo 507 do Código de Processo Penal, a possibilidade de instrução probatória pelo órgão jurisdicional.

Portanto, nota-se que a instrução probatória é diversamente aplicada conforme o sistema político e processual escolhida pelo país e suas legislações, que em alguns deles consideram a atividade probatória de ofício pelo juiz como busca da verdade real e outros optam por desconsiderar tal exercício afirmando que o mesmo desrespeita garantias fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado e baseando-se no sistema processual vigente, na legislação brasileira, que prevê garantias processuais como, a ampla defesa, o contraditório, dentre outras garantias, o presente trabalho teve como objetivo analisar a viabilidade da atividade probatória *ex officio* pelo magistrado na ação penal.

Para alcançar o êxito, como ponto inicial foi realizado um estudo histórico dos sistemas processuais antigamente aplicados, os quais podem ser definidos como um conjunto de normas e princípios constitucionais que regem a aplicação do Direito Penal conforme o caso concreto.

Embora os posicionamentos doutrinários sejam de grande importância para o estudo do presente trabalho, não restam dúvidas de que o sistema vigente no processo penal é o sistema acusatório, positivado pela Constituição Federal de 1988.

A partir de então o sistema acusatório compreende na separação das funções de julgar, defender e acusar, podendo assim concluir a inviabilidade da concessão da iniciativa probatória ao magistrado, vez que ele deixaria de analisar as provas, como realmente deve ser feito, para de ofício colhê-las, colocando em risco a sua imparcialidade com as partes processuais.

Dessa forma, fica evidente a violação do princípio da imparcialidade do juiz, na medida em que este toma frente da investigação e da busca da verdade dos fatos, se comprometendo psicologicamente com o caso concreto, podendo agir a favor ou contra o acusado. Outrossim, não há possibilidade de conceder ao juiz a atividade probatória de ofício, sem que ele fique equidistante das partes.

Conclui-se também que o princípio da busca da verdade real não é capaz de autorizar a concessão dos poderes instrutórios ao magistrado, visto que tal princípio deve ser interpretado juntamente com as demais regras e garantias processuais penais.

Ademais, o princípio da busca da verdade material ou da verdade real, como também é conhecido, só poderia ser exercido pelo julgador em casos extremos, quando for utilizado em favor do acusado, que frente às prerrogativas do Ministério Público, se torna o polo mais “fraco” da demanda.

Importante destacar que a prova tem o principal objetivo de demonstrar os acontecimentos fáticos e auxiliar na convicção do juiz, para que ele possa proferir a sentença com a mais absoluta certeza. Mas, muitas vezes as provas produzidas pelas partes não são suficientes para convencer o juiz acerca da autoria do crime, resultando na presença de dúvidas quanto ao fato.

Neste sentido, levando em consideração aos preceitos do sistema processual vigente juntamente com as suas garantias processuais, é evidente a incoerência da atividade probatória *ex officio* pelo juiz ao tentar suprir a inércia da parte acusatória, que não cumpriu com seus deveres, qual seja, de produzir provas necessárias para a condenação do acusado, fato este que compromete a paridade de armas entre o acusado e a acusação.

Portanto, ao responder o questionamento originário deste trabalho, conclui-se que a atribuição dos poderes probatórios ao juiz, deve ser limitada e ser exercida com a máxima cautela, fazendo com que a imagem de um juiz inquisidor seja sempre afastada do processo penal, podendo o magistrado agir de ofício nos casos em que tal atividade seja benéfica ao réu, visualizando a insuficiência processual do mesmo, garantindo assim a ampla defesa, o contraditório, e acima de tudo, a sua imparcialidade processual.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. F. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2 v. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2013.

BADARÓ, G. H. R. I. **Ônus da prova no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em agosto de 2017.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTINHO, J. N. de M. **O papel do novo juiz no processo penal: crítica à teoria geral do processo penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUCLERC, E. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade construída através do processo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

FEITOZA, D. **Direito processual penal: teoria, críticas e práxis**. 5 ed. Niterói: Impetrus, 2008.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zome, Fauzi Hassan Choukr, Jurez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, V. G. **Manual de processo penal**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, R. B. **Manual de processo penal**. 2 ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

LOPES, A. J. **Introdução crítica do processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 1 v. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NETTO, J. L. S. N. **Processo penal: Sistemas e Princípios**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 v. 9ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2015.

POZZER, B. R. G. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

PRADO, G. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, P. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TÁVORA, N.; ANTONNI, R. **Curso de direito processual penal**. 3 ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

_____; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

THUMS, G. **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, H. **Compêndio de processo penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.